

Artículos

*Sobre el régimen de los recursos naturales y el ambiente, y las técnicas tradicionales del derecho administrativo**

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *Este estudio pasa revista de las técnicas jurídicas tradicionales del derecho administrativo empleadas para controlar las actividades desarrolladas por los particulares que puedan afectar los recursos naturales y el ambiente, entre ellas, la planificación, las concesiones o contratos y los actos administrativos autorizatorios y de registro.*

Palabras Clave: *Recursos Naturales. Planificación. Autorizaciones. Permisos. Registros.*

Abstract: *This Paper is a review of the administrative law traditional legal techniques applied in order to assure the control of private activities that could affect natural resources and the environment, like planning, concessions and contracts and administrative acts of authorization and registry.*

Key words: *Natural Resources. Planning. Concessions. Authorization. Permits.*

SUMARIO

- I. LA TÉCNICA DE LA PUBLICIZACIÓN O RESERVA AL ESTADO DE DETERMINADOS BIENES O ACTIVIDADES
- II. LA TÉCNICA DE LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL Y DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO
 1. *El régimen administrativo de la ordenación territorial.*
 2. *La vinculación entre ordenación del territorio y el régimen de los recursos naturales.*
 3. *Las técnicas de la planificación, la aprobación administrativa, la autorización administrativa, el silencio administrativo y la nulidad absoluta de los actos administrativos*
- III. LAS TÉCNICA DE LA CONCESIÓN Y DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES
 1. *El régimen de la minería y las técnicas administrativas de la concesión y de la autorización.*
 2. *El régimen de la industria petrolera reservada al Estado y las técnicas asociativas mediante contratos públicos.*
- IV. LAS TÉCNICAS DE LAS AUTORIZACIONES, LICENCIAS, PERMISOS Y REGISTROS PARA LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES

* Texto preparado para el *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, a celebrarse con ocasión del *XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, organizado por Colegio de Abogados de Arequipa, la Asociación Peruana de Derecho Administrativo y el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, en la ciudad de Arequipa, Perú, del 28 de octubre al 1º de noviembre de 2013.

- V. LA TÉCNICA DE LA AUTO-TUTELA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA MEDIANTE EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE RESCISIÓN DE CONCESIONES Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Y DE REVOCACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS, POR RAZONES DE MÉRITO
1. *Sobre la rescisión de contratos y concesiones administrativas.* 2. *Sobre la revocación de los actos administrativos por razones de interés general.*
- VI. LA TÉCNICA ADMINISTRATIVA DE ASEGURAR LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL RÉGIMEN DE LOS RECURSOS NATURALES Y DEL AMBIENTE, EN PARTICULAR DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS

El régimen ambiental y de los recursos naturales sigue siendo, aún cuando cada vez con mayor interés e importancia, uno de los aspectos fundamentales de las regulaciones de derecho administrativo, al punto de haber dado origen en muchos casos, a ramas especiales del mismo, como son el derecho ambiental, el derecho minero, el derecho de los hidrocarburos, el derecho de aguas, el derecho forestal, o el derecho urbanístico, que se han desarrollado en muchos países conforme a la importancia que histórica y efectivamente han tenido en los mismos han tenido determinados recursos.

Desde los años cuarenta, por ejemplo, en el programa regular de estudios de la carrera universitaria de derecho en Venezuela, en paralelo con la entonces naciente asignatura del derecho administrativo general, existió una asignatura específica denominada “derecho minero” precisamente por la importancia que ya tenía la minería y la explotación de los hidrocarburos en el desarrollo del país. Ese desarrollo independiente inicial de esa disciplina, frente a la aún embrionaria teoría del derecho administrativo, había estado motivado, entre otros factores, más por el interés jurídico que entonces prevalecía de proteger a los administrados en la explotación de los recursos mineros, que por el interés de regular la gestión del Estado en la conducción de dicha explotación su explotación. Era un derecho minero con un enfoque más *ius privatista* que *ius publicista*. Por ello, el cambio de orientación en su enseñanza, años después, y por supuesto, en el contenido de la regulación legal de la actividad, fue lo que conformó dicho derecho minero, claramente, en una parte del derecho administrativo, como actualmente existe. Es decir, con el desarrollo posterior de los estudios y de la teoría del propio derecho administrativo, particularmente a partir de los años sesenta del siglo pasado, el derecho minero comenzó a desaparecer como asignatura separada de aquél, y pasó directamente a integrarse al derecho administrativo como una rama especial.

Lo mismo sucedió en muchos otros aspectos del régimen de los recursos naturales y del ambiente, en muchos otros países, como ocurrió por ejemplo con el derecho urbanístico o con el derecho de aguas. En general, inicialmente se trató de materias que estaban reguladas exclusivamente en el Código Civil, vinculadas al régimen de los bienes y de la propiedad privada, y que, por tanto, se estudiaban en general bajo el ángulo del derecho civil de los bienes. La publicización progresiva de estas materias, y de su régimen legal, fue también lo que originó su integración al derecho administrativo y, en muchos casos, a la conformación, por ejemplo, del derecho administrativo especial urbanístico o de las aguas.

Todas estas materias encontraron entonces en el derecho administrativo el equilibrio que siempre debe guiar sus regulaciones, entre el régimen de los derechos de los administrados y el régimen de las potestades públicas; equilibrio que tiene especial interés en materia de recursos naturales y el ambiente por la importancia que estos tienen para el desarrollo económico, social y cultural de cada país.

En la actualidad, por tanto, el régimen de los recursos naturales y el ambiente, y todos los regímenes jurídicos que derivan de la regulación y explotación de la minería, la pesquería, los hidrocarburos, los recursos forestales, los recursos hídricos, y de la protección de áreas naturales específicas, por ejemplo, constituyen en el mundo contemporáneo, una parte fundamental del derecho administrativo.

En su régimen, por tanto, y ese es el común denominador que existe entre todas esas materias, se han venido aplicando y desarrollando progresivamente todas las técnicas generales del derecho administrativo como *primero*, la técnica de la publicización de la actividad, cuando el Estado se la reserva; *segundo*, la técnica de la planificación de las actividades que se pueden desarrollar en relación con dichos recursos; *tercero*, la técnica de la concesión administrativa como técnica de asignación de derechos de explotación de los mismos, y de la contratación administrativa para asociar a los particulares en empresas mixtas; *cuarto*, la técnica de la intervención administrativa previa mediante autorizaciones, permisos, licencias, y registros administrativas para el desarrollo de las actividades en relación con dichos recursos por los sujetos de derecho; *quinto*, la técnica de la auto-tutela del interés general mediante la revocación de actos administrativos o la rescisión de contratos y concesiones; y por último, *sexto*, la técnica administrativa de asegurar la participación de los administrados en la gestión de los asuntos públicos.

Y es sobre estas técnicas generales y comunes del derecho administrativo, las cuales en una forma u otra se han desarrollado en todos nuestros países, sobre las que quisiera elaborar en este Congreso, haciendo énfasis en los aspectos de mayor interés o conflicto en las relaciones entre los administrados y el Estado que las mismas conllevan, en particular en materia de limitación a las actividades de los administrados y de sometimiento de la Administración a la legalidad. Para ello, por supuesto, y como ineludiblemente debo hacer referencia a algún derecho positivo, lo haré respecto del que más o menos conozco que es el de mi país, Venezuela, sobre todo al que se desarrolló antes de la destrucción institucional de los últimos años¹.

I. LA TÉCNICA DE LA PUBLICIZACIÓN O RESERVA AL ESTADO DE DETERMINADOS BIENES O ACTIVIDADES

La primera técnica de derecho administrativo que incide en el régimen del ambiente y de los recursos naturales es la de la publicización o reserva al Estado de determinados bienes o de determinadas actividades, que afectan la apropiabilidad de bienes o la libertad económica de los administrados.

En cuanto al primer caso, la reserva al Estado de determinados bienes implica el cambio del estatus jurídico de los mismos, que de bienes susceptibles de apropiabilidad por los particulares, pasan a ser bienes de la exclusiva propiedad del Estado. No se trata, en estos casos, de limitaciones legales a la propiedad pues las mismas presuponen la existencia del derecho y lo limitan; se trata en realidad, de la imposibilidad misma de la propiedad.

En efecto, si bien las Constituciones consagran el derecho de propiedad, es claro que en todos los ordenamientos jurídicos no todos los bienes son susceptibles de apropiabilidad. Hay ciertos bienes que el Estado se ha reservado, considerándolos como del dominio público, que pueden ser objeto de propiedad. Esta es una situación que con mucha frecuencia se presenta específicamente en materia de recursos naturales renovables.

¹ Véase. Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy In Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010.

En estos casos es el legislador el llamado a determinar el ámbito de los bienes susceptibles de ser apropiados, y determinar cuáles no lo son por ser declarados o considerados como del dominio público. La calificación, por supuesto ni es absoluta, ni eterna, ni inmutable, de manera que además de los bienes que se consideran del dominio público “por su afectación” al uso público (el mar, los caminos públicos), hay otros que lo son por voluntad del legislador, conforme a una determinada política pública. Tradicionalmente, en nuestros ordenamientos, había sido en el Código Civil que se habían delineado estos conceptos y se había deslindado la clasificación básica de ambos tipos de dominio, precisándose que el ámbito de la propiedad privada no llega hasta los bienes que habían sido declarados por el legislador como bienes del dominio público.

Pero es evidente que dicho deslinde jurídico del Código Civil entre bienes susceptibles de propiedad privada y bienes que no lo son (dominio público), no puede ser una demarcación cerrada y eterna, que no podría admitir modificaciones. Al contrario, como las leyes se derogan y modifican por otras leyes, y en la Constitución, donde está el límite de la acción del legislador, en general no se consagra el carácter absoluto e inmutable de la propiedad, el legislador siempre puede en un momento determinado, excluir ciertos bienes del ámbito de la propiedad privada, declarándolos del dominio público, sin que ello pueda considerarse que implica, en forma alguna, una violación del derecho de propiedad. En esos casos, como lo resolvió la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela en una sentencia del 12 de agosto de 1968, “para que proceda la indemnización en derecho público, es necesario que se compruebe: a) la singularidad del daño; b) que lo afectado sea un verdadero derecho; y c) que el daño sea mensurable económicamente,”² lo que nunca se da en casos de la declaratoria general de bienes como del dominio público. En estos casos, el legislador ni expropia unos derechos determinados ni los confisca; sólo establece que un género de bienes no pueden ser susceptibles de propiedad privada, es decir, que ésta no puede existir, y que la que existía, se extingue, por imposibilidad en el objeto.

En Venezuela, por ejemplo, en materia de recursos naturales, además de las genéricas normas del Código Civil que se referían a los lagos y a ciertas aguas como del dominio público, y a algunas leyes que tácitamente consideraban por ejemplo a los recursos mineros del subsuelo como del dominio público, la Constitución de 1999 ha complementado en forma importante dicho régimen al haber expresamente declarado como tales bienes del dominio público, primero, a los yacimientos mineros y de hidrocarburos (Art. 12), siguiendo lo que ya se había dispuesto en la Ley de Minas de 1999 (art. 2), y en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos de 1999 (art. 1); segundo, a las “las costas marinas” (art. 12); lo cual se complementó a partir de la Ley de Conservación y Saneamiento de Playas de 2000 (art. 2); y tercero, las aguas, al establecer el artículo 304 de la Constitución que “Todas las aguas son del dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo...” lo cual se ratificó en la Ley de Aguas de 2005.³ Estos bienes públicos del dominio público, se han regulado además en la Ley Orgánica de Bienes Públicos de 2008,⁴ la cual siguiendo fundamentalmente lo dispuesto en la Constitución, considera que son tales:

² Véase en *Gaceta Forense* N° 61, 1968, pp. 105 a 108.

³ Véase *Gaceta Oficial* N° 38.595 de 02-01-2007. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La declaratoria de todas las aguas como del dominio público en el Derecho Venezolano” en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Montevideo, Nos. 3-4, año XXIII, Montevideo 1975, pp. 157-169; *Ley de Aguas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008.

⁴ Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.952 de 26-06-2012.

“1.- Los bienes destinados al uso público, como plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros.

2.- Los bienes que en razón de su configuración natural, construcción o adaptación especial, o bien por su importancia histórica, científica o artística sean necesarios para un servicio público o para dar satisfacción a una necesidad pública y que no puedan ser fácilmente reemplazados en esa función.

3. Los espacios lacustre y fluvial, mar territorial, áreas marinas interiores, históricas y vitales y las comprendidas dentro de las líneas de base recta que ha adoptado o adopte la República; las costas marinas; el suelo y subsuelo de éstos; el espacio aéreo continental, insular y marítimo y los recursos que en ellos se encuentran, incluidos los genéticos, los de las especies migratorias, sus productos derivados y los componentes intangibles que por causas naturales allí se hallen.

4.- Los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental.

5.- Todos aquellos bienes a los que por ley se confiera tal cualidad.”

Lo importante a destacar sobre los bienes del dominio público, es que la técnica de publicización que ello implica, excluye la posibilidad de derecho alguno de los administrados de tener el uso exclusivo de dichos bienes o de explotar los recursos naturales existentes en ellos, lo cual sólo pueden hacer mediante una concesión administrativa, o mediante permisos o licencias, de acuerdo con el grado de intervención administrativa, todas técnicas administrativas del derecho administrativa mediante las cuales el Estado concede u otorga el derecho de explotación a un administrado.

En cuanto a las concesiones, por ejemplo, en la Constitución venezolana de 1999 se mencionan las de explotación de recursos naturales, al disponerse que en los casos de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación con exclusividad o sin ella, “el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público” (art. 113).

En cuanto al segundo caso, se trata de la reserva al Estado de terminadas actividades económicas, lo que también implica el cambio de su estatus jurídico de las mismos, que de actividades susceptibles de ser realizadas por los administrados conforme a su libertad económica, pasan a ser actividades reservadas al Estado y excluidas del libre desarrollo por los particulares.

En este caso, tampoco se trata de limitaciones a la libertad económica de los administrados, las cuales una vez establecidas legalmente tienen en común que presuponen su existencia, y en tanto que ello es así, se limita su ejercicio o se lo restringe, en un caso específico. En los casos de actividades reservadas al Estado, no constituyen limitaciones a la libertad económica, pues esta no se presupone, sino que se excluye.

En la Constitución venezolana de 1961, en una norma que luego se recogió en la Constitución de 1999 (art. 302), y siguiendo la orientación de la Constitución de 1947, se estableció expresamente la posibilidad que tiene el Estado de “reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional” (Art. 97), abriéndose así la posibilidad, no ya de que el Estado pueda desarrollar actividades empresariales, sino que las pueda realizar en forma exclusiva, reservada, excluyendo a los particulares del ámbito de las mismas.

En estos casos, la reserva de actividades económicas por parte del Estado conlleva básicamente una prohibición impuesta a los particulares de realizar actividades propias del sector reservado, lo que afecta tanto a aquellos particulares o empresas que venían realizando actividades en el sector, como a cualquier particular o empresa, que pretendiera, en el futuro, realizar dichas actividades. Después de la reserva, los particulares o empresas que operaban en el sector no podrían continuar realizando sus actividades, y hacia el futuro, ningún otro particular podría realizar nuevas actividades en el sector. La libertad económica, en el mismo, con la reserva, queda excluida y es imposible ejercerla.

Como consecuencia de ello, el acto de reserva, *per se*, no conlleva derecho alguno de los particulares afectados a indemnización por parte del Estado. Aquellos, simplemente, cesan en sus actividades, y un deber de indemnización sólo surgiría *si* el Estado decide apropiarse de las instalaciones o de las empresas de los particulares que operaban en el área reservada, es decir, decide nacionalizar esas empresas.

Esto se dedujo por ejemplo de las normas de la Ley que reserva al Estado la industria del Gas Natural, dictada en Venezuela el 26 de agosto de 1970⁵, en la cual se reservó al Estado la “industria del gas proveniente de yacimientos de hidrocarburos” (Art. 1°), estableciéndose la obligación de antiguos concesionarios de “entregar al Estado, en la oportunidad, medida y condiciones que determine el Ejecutivo Nacional, el gas que se produzca en sus operaciones” (Art. 3°). Por ello, el Estado se obligó a pagar a los concesionarios “los gastos de recolección, compresión y entrega del gas” (Art. 7°). En ese caso la reserva, *per se*, no dio ningún derecho a indemnización a favor de los antiguos concesionarios, pero el Estado sí estaba obligado a pagar los costos de la recolección, compresión y entrega del gas, previéndose en la Ley una compensación “en el caso de que el Estado decida asumir las operaciones de recolección, compresión y tratamiento en plantas que actualmente realizan los concesionarios”, fijándose incluso su monto equivalente “a la parte no depreciada del costo de las instalaciones y equipos que requiere para esas operaciones o el valor de rescate de los mismos si éste fuere menor que aquél” (Art. 8°). De acuerdo a esto, la indemnización sólo procedía si el Estado decidía apropiarse de las instalaciones, y por esa apropiación indemnizaba al concesionario; la reserva, en sí misma, en cambio, como prohibición impuesta a los concesionarios de seguir aprovechándose del gas natural, no dio derecho alguno a indemnización.

Esto mismo ocurrió en materia de la industria petrolera en 1975 respecto de la cual se produjo la nacionalización de la misma,⁶ al imponerse la a las antiguas empresas concesionarias transferirle a éste la propiedad de los bienes de las mismas, mediando indemnización.

En estos casos, la reserva tiene como consecuencia dos efectos fundamentales: en primer lugar, establecer a favor del Estado un monopolio de derecho; y en segundo lugar, establecer, como consecuencia, una prohibición para los particulares de realizar actividades en el sector reservado, en virtud de la exclusión de la libertad económica que implica. Por esta sola reserva, no tiene el Estado obligación alguna de indemnizar a los particulares excluidos. Pero si además de la reserva, ésta se acompaña con la exigencia y obligación impuesta a los particulares y empresas afectadas, de transferir forzosamente al Estado las instalaciones, con que operaban, se está en presencia de la figura de la nacionalización, que sí da derecho a indemnización.

⁵ Véase en *Gaceta Oficial* N° 29.594, de 26-08-1971.

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios en torno a la nacionalización petrolera” en *Revista Resumen*, N° 55, Vol. V. Caracas, 1974, pp. 22-24.

En el ordenamiento jurídico venezolano, por tanto, la figura de la reserva junto con la expropiación, da origen a la institución de la nacionalización, la cual se realizó entre otras respecto de las industrias del hierro y del petróleo⁷, mediante el Decreto-Ley que reserva al Estado la industria de la explotación de mineral de hierro⁸ y en la Ley Orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos, de 29 de agosto de 1975 (Ley de nacionalización petrolera)⁹, con la cual, junto con la reserva al Estado de las mismas, el Estado asumió las industrias con empresas públicas constituidas mediante la expropiación de los bienes de las antiguas concesionarias.

El efecto de la nacionalización de la industria petrolera, que por supuesto no afectó la propiedad del subsuelo que siempre ha sido del dominio público, fue que la actividad económica de la misma se excluyó del ámbito de la propiedad privada, quedando reducida la posibilidad de los administrados de participar en las actividades de la industria a la aplicación de la técnica de la contratación administrativa, mediante convenios de operación o de asociación. Para ello, el artículo 5° de la Ley Orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos (1975), estableció que:

“Artículo 5°. El Estado ejercerá las actividades señaladas en el artículo 1° de la presente Ley directamente por el Ejecutivo Nacional o por medio de entes de su propiedad, pudiendo celebrar los convenios operativos necesarios para la mejor realización de sus funciones, sin que en ningún caso estas gestiones afecten la esencia misma de las actividades atribuidas.

En casos especiales y cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional o los referidos entes podrán, en el ejercicio de cualquiera de las señaladas actividades, celebrar convenios de asociación con entes privados, con una participación tal que garantice el control por parte del Estado y con una duración determinada. Para la celebración de tales convenios se requerirá la previa autorización de las Cámaras en sesión conjunta, dentro de las condiciones que fijen, una vez que hayan sido debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes”.

Se estableció así una reserva al Estado de carácter exclusivo, pues el derecho a ejercer la actividad no podía otorgarse a los particulares mediante concesiones, aún cuando no totalmente excluyente, al permitirse la participación de los particulares o del sector privado en la industria, mediante las dos modalidades contractuales señaladas: los convenios operativos y los convenios de asociación que se podían establecer con empresas privadas. Los primeros no afectaban en forma alguna la reserva que se había hecho al Estado de la industria, y podían suscribirse todos los que las empresas petroleras nacionalizadas considerasen necesarios para la mejor realización de sus actividades.

Los convenios de asociación, en cambio, permitían al Estado asociarse con particulares para realizar las actividades reservadas, lo que implicaba un régimen jurídico excepcional de asociación o participación del sector privado en las actividades reservadas a través de empresas mixtas sometidas al control estatal, lo que exigía la intervención previa del órgano legislativo para que pudieran suscribirse.

⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías y Enrique Viloria V., *Sumario de las nacionalizaciones (hierro y petróleo)* Ediciones Conjuntas, Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal, 1985.

⁸ Véase Decreto-Ley N° 580, de 26-11-74, en *Gaceta Oficial* N° 30.577, de 16-12-1974.

⁹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 1.769, Extr. de 29-8-1975. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Introducción al Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela”, en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. III, 1972-1979, Tomo I, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1981, pp. 23-44.

En todo caso, era sólo a través de los referidos convenios de asociación que en la Ley de Nacionalización se permitió la participación del capital privado en la industria petrolera nacionalizada, es decir, en la industria y comercio de los hidrocarburos. Para ello, en 1995, las Cámaras Legislativas autorizaron mediante Acuerdo, la “celebración de los Convenios de Asociación para la exploración a riesgo de nuevas áreas y la producción de hidrocarburos bajo el esquema de ganancias compartidas¹⁰”, habiéndose procedido a la suscripción de los mismos, mediante la constitución de empresas mixtas, con capital mayoritario de los inversionistas privados pero sometidas a control del Estado¹¹.

Esa modalidad de participación del sector privado en la industria petrolera comenzó a cambiar con la sanción en 2001 de la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos,¹² que derogó la Ley de nacionalización Petrolera de 1975 y con ella la figura de los Convenios Operativos y de Asociación, los cuales posteriormente fueron terminados anticipadamente a partir de 2006, habiendo producido la estatización de la industria petrolera¹³ y la subsecuente constitución de empresas mixtas con capital mayoritario del Estado. Dicho proceso de terminación anticipada de los Convenios Operativos y de extinción de los Convenios de Asociación se produjo mediante las siguientes leyes: la Ley de Regularización de la Participación Privada en las Actividades Primarias Previstas¹⁴, el Decreto Ley 5.200, contentivo de la “Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas¹⁵”, y Ley sobre los Efectos del Proceso de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco; así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas (en lo adelante “Ley de Efectos de la Migración”)¹⁶.

II. LA TÉCNICA DE LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL Y DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *El régimen administrativo de la ordenación territorial*

Una segunda técnica administrativa de derecho administrativo en relación con los recursos naturales y el ambiente, distinta a la reserva, que precisamente se desarrolla cuando no hay reserva al Estado de la actividad, es la de la planificación, y en específico, de la planifi-

¹⁰ Véase *Gaceta Oficial* N° 35.754 de 17-07-1995.

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El régimen nacional de los hidrocarburos aplicable al proceso de la apertura petrolera en el marco de la reserva al Estado de la Industria Petrolera”, en FUNEDA, *La apertura petrolera, I Jornadas de Derecho de Oriente*, Caracas, 1997, pp. 145-172

¹² *Gaceta Oficial* N° 37323 de 13-11-2001. Reformada parcialmente en 2006, *Gaceta Oficial* N° 38.493 de 04-08-2006

¹³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La estatización de los convenios de asociación que permitían la participación del capital privado en las actividades primarias de hidrocarburos suscritos antes de 2002, mediante su terminación anticipada y unilateral y la confiscación de los bienes afectos a los mismos”, en Víctor Hernández Mendible (Coordinador), *Nacionalización, Libertad de Empresa y Asociaciones Mixtas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 123-188; “The ‘Statization’ of the Pre 2001 Primary Hydrocarbons Joint Venbture Exploitations: Their Unilateral termination and the Assets’ Confiscation of Some of the Former Private parties” en *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, www.gasandoil.com/ogel/ ISSN: 1875-418X, Issue Vol 6, Issue 2, (OGEL/TDM Special Issue on Venezuela: The battle of Contract Sanctity vs. Resource Sovereignty, ed. By Elizabeth Eljuri), April 2008.

¹⁴ *Gaceta Oficial* N° 38.419 del 18-04-2006

¹⁵ *Gaceta Oficial* 38623 de 16-2-2007

¹⁶ *Gaceta Oficial* N° 38.785 de 08-10-2007

cación territorial; técnica que adquirió carta de naturaleza en el derecho administrativo a partir del desarrollo progresivo del régimen de regulación, protección, explotación y conservación de los recursos naturales y del ambiente, de la consiguiente limitación de las actividades de los particulares respecto de los mismos, y de la acción de control de la ocupación del territorio tanto por acciones públicas como por actividades privadas.

Esto originó un importante desarrollo legislativo, un ejemplo del cual fue la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de Venezuela de 1983¹⁷, en la cual se definió la ordenación del territorio como “la regulación y promoción de la localización de los asentamientos humanos, de las actividades económicas y sociales de la población, así como el desarrollo físico espacial, con el fin de lograr una armonía entre el mayor bienestar de la población, la optimización de la explotación y uso de los recursos naturales y la protección y valorización del medio ambiente, como objetivos fundamentales del desarrollo integral”.

Esta noción, omnicomprendiva, abarcaba, por ejemplo, las acciones tendientes a definir los mejores usos de los espacios de acuerdo a sus capacidades, condiciones específicas y limitaciones ecológicas; a establecer los criterios de orientación de los procesos de urbanización, industrialización, desconcentración económica y de asentamientos humanos; a indicar la mejor distribución de la riqueza en beneficio de los sectores y regiones de menores ingresos y a las localidades menos favorecidas; a lograr un desarrollo regional armónico que permita corregir y superar el desequilibrio entre las grandes ciudades y el resto del país, y entre unas regiones y otras; a lograr un desarrollo agrícola y el ordenamiento rural integrados, para mejorar las condiciones de habitabilidad del medio rural y para la creación de la infraestructura necesaria para el fomento de la actividad del sector agropecuario; a ordenar el proceso de urbanización y la desconcentración urbana, mediante la creación de las condiciones económicas, sociales y culturales necesarias que permitan controlar el flujo migratorio a las ciudades; a determinar criterios de desconcentración y localización industrial con el objeto de lograr un desarrollo económico más equilibrado y un racional aprovechamiento de los recursos naturales; a definir los corredores viales y las grandes redes de transporte; a procurar la protección del ambiente, y la conservación y racional aprovechamiento de las aguas, los suelos, el subsuelo, los recursos forestales y demás recursos naturales renovables y no renovables en función de la ordenación del territorio; a velar por la descentralización y desconcentración administrativa regional, a los efectos de lograr una más adecuada participación de las regiones y de los Estados y Municipios en las tareas del desarrollo Nacional; a fomentar de iniciativas públicas y privadas que estimulen la participación ciudadana en los problemas relacionados con la ordenación del territorio y la regionalización.

De esta precisión tan universal de lo que implica y conlleva la ordenación de la ocupación del territorio, como política estatal, resulta evidente que la misma derivó de la incorporación progresiva de la perspectiva espacial en las técnicas tradicionales de planificación económica y social a escala nacional.

¹⁷ *Gaceta Oficial* N° 3.238 de 11-08-1983. Véanse los comentarios a dicha Ley en Allan R. Brewer-Carías, “Introducción al régimen jurídico de la ordenación del territorio”, en *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984. Dicha Ley se derogó por la Ley Orgánica de Gestión territorial y urbana publicada inicialmente en *Gaceta Oficial* N° 38.263 de 01-09-2005, fue luego reimpressa por error material (omisión de los artículos 60 y 61) en la *Gaceta Oficial* N° 38.264 del 02-09-2005. Dicha Ley también derogó la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987, publicada en *Gaceta Oficial* N° 33.868 de 16-12-1987. Véanse los comentarios a dicha Ley en Allan R. Brewer-Carías, “Introducción general al régimen legal de la ordenación urbanística”, en *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988.

Tal como lo precisó Claudius Petit, quien fuera Ministro de Urbanismo y Reconstrucción de Francia en la década de los cincuenta del Siglo pasado, en pleno proceso de reconstrucción después de la Segunda Guerra Mundial, al indicar que esa política buscaba, “en el ámbito geográfico de Francia, la mejor repartición de los hombres en función de los recursos naturales y de las actividades económicas¹⁸”. Ello no era otra cosa que lo dicho por uno de los urbanistas más destacados de comienzos del Siglo pasado, Le Corbusier, cuando definió la ordenación del territorio como “la organización, en el suelo, de los establecimientos humanos de manera de satisfacer mejor las aspiraciones humanas¹⁹”. De estas aproximaciones, resultan como líneas centrales de esta política estatal, no sólo la necesaria *repartición* equilibrada de los recursos humanos y de los recursos económicos en el *espacio* para satisfacer las *aspiraciones humanas*, sino la necesidad de *organizar* ese espacio para lograr adecuadamente dicha repartición en función de los *recursos naturales renovables* existentes en el territorio.

De allí la clásica definición J. M. Auby y Rober Ducos-Ader, de la ordenación del territorio como la política “que tiene por objeto organizar y repartir en el cuadro geográfico de un país, las diversas actividades humanas, en función de una normalización de las necesidades del individuo y de la colectividad²⁰”.

Estas nociones generales y clásicas de la ordenación del territorio, en definitiva, identifican desde mitades del siglo pasado una política pública que los Estados han venido asumiendo a los efectos de ordenar toda medida que puede ser adoptada tanto en el sector público como en el sector privado que pueda tener influencia directa o indirectamente en la utilización del espacio. Se trata, por supuesto, de una política estatal de largo plazo, vinculada con la estrategia de desarrollo económico y social de la Nación; razón por la cual la planificación territorial siempre se vio como un instrumento de planificación general del desarrollo económico y social a largo plazo, de manera que sirva de marco de referencia espacial a los planes de desarrollo económico y social de un país y a los planes sectoriales adoptados por el Estado, considerando las potencialidades y restricciones del territorio nacional.

Planteada en estos términos la noción de ordenación del territorio, es evidente que esta política, como se dijo, no se limita a tratar problemas específicamente urbanos y del urbanismo, aun cuando, sin duda, fueron los urbanistas y los arquitectos los que por primera vez se plantearon el problema de la ordenación del territorio; ya que tiene relación además, por ejemplo, con la determinación del sistema de ciudades, y los problemas de localización industrial, de ordenación rural, de reforma agraria y de conservación y protección del ambiente.

Y en muchos casos, para poder rectificar las estructuras territoriales derivadas de un crecimiento económico más o menos espontáneo o de una explosión demográfica a veces incontrolada, para darles una configuración más adecuada al interés común.

Debe recordarse que estas motivaciones, por supuesto, se plantearon con carácter dramático en Europa a comienzos de los años cincuenta, por la necesidad de reconstruir los países en forma acelerada después de la hecatombe de la guerra, lo que provocó que se llevaran a la práctica soluciones que luego se propagaron en otros países en los cuales se han producido exigencias similares, pero por causa del crecimiento desordenado y la explosión demográfica, definiéndose políticas públicas, por ejemplo, tendientes a frenar la concentra-

¹⁸ Citado por André de Laubedère, *Droit public économique*, París 1979, p. 322.

¹⁹ Citado por Conseil d'Europe, *Aménagement du territoire (Problème européen)*, Rapport de l'Assemblée Consultative, 1968, p. 28.

²⁰ Véase *Droit Administratif*, París 1973, p. 686.

ción asfixiante alrededor de los polos de las ciudades capitales, a equilibrar el crecimiento urbano, repartiéndolo en un mayor número de ciudades, a provocar una mejor utilización del espacio y de los recursos naturales renovables, y a intentar alcanzar, de un modo general, un desarrollo equilibrado sobre el conjunto del territorio utilizando el espacio de manera óptima a las necesidades de la población²¹. El problema, por supuesto, en otro contexto también se ha planteado en América Latina, provocado por la explosión demográfica, el fenómeno de urbanización, la concentración económica, el centralismo político-administrativo, la crisis del medio rural, y el deterioro de los recursos naturales.

De allí, los esfuerzos realizados por ejemplo con la sanción de leyes como la mencionada Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de Venezuela de 1983, en la cual se definió a la ordenación del territorio como “la política de Estado, dirigida a la promoción y regulación de la ocupación y uso del territorio nacional, a la localización y organización de la red de centros poblados de base urbana y rural, las actividades económicas y sociales de la población y la cobertura del equipamiento de infraestructuras de servicios, en armonía con el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales y la prevención de riesgos naturales, en función de la protección y valoración del ambiente, a fin de lograr los objetivos del desarrollo sustentable, crear las condiciones favorables a la recepción del gasto público y la orientación de la inversión privada como parte integral de la planificación económica y social de la Nación” (art. 2).

Esta definición, siguió en líneas generales la que formulamos en 1980, cuando se comenzó a plantear en Venezuela la necesidad de una legislación que regulara el proceso de ordenación territorial, cuando indicábamos, con base en antecedentes previos²², que la ley

²¹ Cfr. André de Laubedère, *op. cit.*, pp. 322 y ss.

²² Deben recordarse, por ejemplo, que las definiciones públicas sobre la materia comenzaron a nivel técnico con los trabajos de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República entre 1970 y 1972, cuando se definieron los sectores de actividad pública entre los cuales estaba lo que se calificaron del área de la ordenación del territorio (Véase *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, Caracas 1972, Tomo I, p. 290.). A nivel de decisiones formales el proceso comenzó en 1974 en los considerandos del Decreto N° 168 de 11-06-74 destinado a crear una Comisión para la definición del programa gubernamental de viviendas (*Gaceta Oficial* N° 30.424 de 11-06-1974). Aun cuando el objetivo de este Decreto era otro, en sus considerandos se definieron, por primera vez, a nivel formal, los objetivos de una política de ordenación del territorio. El Decreto señalaba que la mencionada Comisión debía formular el programa de vivienda en el marco de una política integral de desarrollo espacial que debía corresponderse con los siguientes aspectos: 1. Una mejor distribución de la riqueza que beneficie prioritariamente a los sectores de menores ingresos y a las localidades menos favorecidas; 2. Un desarrollo regional armónico que permita corregir y superar el desequilibrio entre las grandes ciudades y el resto del país; 3. Un impulso eficaz y coordinado al desarrollo del sector agrícola, que mejore las condiciones de habitabilidad del agro venezolano y cree las infraestructuras adecuadas para el fomento de las actividades del sector; 4. El uso más racional de los factores productivos y fundamentales del factor humano, con miras a estimular el empleo, y 5. La desconcentración urbana, mediante la creación de las condiciones económicas, sociales y culturales necesarias que permitan detener el flujo migratorio a las ciudades. Estos considerandos del Decreto N° 168, constituyeron el primer acto oficial y público mediante el cual, quizás sin quererse, se definió lo que podía ser, en nuestro país, los objetivos de una política de ordenación de un territorio. Antes, sin embargo, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica que autorizó al Presidente de la República para dictar medidas Extraordinarias en materia económica y financiera de 31-05-74, se había anunciado la presentación al Congreso de una Ley de Ordenación del Territorio, la cual tendría “por objeto establecer los patrones para una óptima utilización del espacio físico mediante la racionalización del uso del territorio nacional y su vinculación a las exigencias del elemento humano que lo disfruta”.

debía tener “por objeto establecer, dentro de la política de desarrollo integral de la Nación, los principios rectores de la ordenación de su territorio, a los efectos de lograr una equilibrada ocupación del mismo, la atenuación de los desequilibrios regionales, y la adecuada localización en el territorio nacional, de los asentamientos humanos y de las actividades económicas, en función de la protección del ambiente y de los intereses colectivos e individuales del hombre²³”.

2. *La vinculación entre ordenación del territorio y el régimen de los recursos naturales*

Uno de los aspectos que deben destacarse como de mayor influencia en la cristalización del régimen de la ordenación del territorio en Venezuela, fue su vinculación con el tema de la protección ambiental, al punto de que en Venezuela, el artículo 128 de la Constitución impone al Estado la obligación de desarrollar una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana.

Esta vinculación, sin duda tuvo su origen en el sector público, en el texto de la devolución al Congreso, el 2 de septiembre de 1974, por el Presidente de la República, de la Ley sobre Conservación, Protección y Mejoramiento del Ambiente que había sido sancionada el 1° de agosto de ese año, a los efectos de su reconsideración por el órgano legislativo. En esta comunicación, por primera vez se incorporó, dentro del lenguaje político oficial, la idea de ordenación al territorio, y podría incluso decirse que la razón fundamental por la cual se devolvió la Ley de Conservación, Protección y Mejoramiento del Ambiente al Congreso, fue porque esa Ley se había redactado en forma aislada frente al problema de la ordenación del territorio, considerándose, al contrario, que la política de conservación, mejoramiento y protección del ambiente debía estar encuadrada en una política más general, de ordenación del territorio, la cual debía comprender, no sólo los problemas relativos a la conservación del ambiente, sino problemas tales como la regionalización, la urbanización, la localización industrial, el sistema de ciudades.

En efecto, según la opinión del Presidente de la República la Ley sólo atacaba un aspecto del problema general que debía regular y, decía en la comunicación, luego de una serie de consideraciones, que lo obligaban a “sostener que el problema de la conservación, protección y mejoramiento del ambiente, al que atiende de manera preferente la ley, es sólo un aspecto de una problemática más amplia y compleja en la cual es imposible inadvertir cuestiones como desconcentración industrial, aprovechamiento racional de los recursos naturales, planificación de la población y de los asentamientos humanos; utilización de las fuentes energéticas para garantizar la armonía entre las necesidades del hombre y del medio; ordenación territorial; proceso de regionalización del país, y, en general, desarrollo de una educación y de una cultura que propenda al mejoramiento de la calidad de la vida de los venezolanos de hoy a de las generaciones futuras”. Agregaba el Presidente de la República que la Ley sancionada por el Congreso, era “incompleta, pues deja de regular otros factores (además de la conservación, protección y mejoramiento del ambiente) que inciden sobre el problema y constituyen cuestiones de necesaria consideración”. En otras partes de esta comunicación señalaba: “En este orden de ideas, la planificación del desarrollo debe efectuarse dentro del

²³ Véase, Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de economía mixta. Libertad económica. Planificación y ordenación del territorio*, (mimeo), Caracas 1980, p. 154.

marco espacial que implemente la ordenación del territorio y nos permita establecer jerarquías y funciones al sistema de ciudades...”²⁴.

Como consecuencia de dicha devolución legislativa, se sancionó la Ley Orgánica del Ambiente de junio de 1976²⁵, en la cual se recogieron los principios que el Presidente de la República había expuesto en su comunicación del año 1974, en la cual se vinculó toda la problemática del ambiente con las más amplias de la ordenación del territorio, pero incorporando estas a aquella. Inclusive, a los efectos de la Ley, dice el artículo 3º: “La conservación, defensa y mejoramiento del ambiente comprenderá: 1) *La ordenación territorial* y la planificación de los procesos de urbanización, industrialización y poblamiento y desconcentración económica en función de los valores del ambiente” y luego, en el artículo 7º al hablar del Plan Nacional de Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente, dice que deberá contener, “1) *La ordenación del territorio* nacional”; es decir, de nuevo menciona, en primer lugar, la problemática de la ordenación del territorio.

Posteriormente, en virtud de lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Central de diciembre de 1976²⁶, en abril de 1977 comenzó a funcionar el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, con lo cual se precisaron aún más, en el sector público, los elementos básicos de la política de ordenación del territorio, en relación la planificación *física y espacial* a escala nacional, regional y urbanístico; la política del *uso de la tierra* y las autorizaciones para el uso y desarrollo de las tierras por parte de los organismos públicos nacionales, y la elaboración y establecimiento de normas que orienten el proceso de utilización de la tierra. Además, se atribuyó a dicho Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, competencia para adecuar y coordinar las actividades de la Administración Pública, en cuanto tengan relación con el ambiente y los recursos naturales renovables y, en particular, las relativas a los procesos de urbanización, industrialización, desconcentración económica, desarrollo agrícola y ordenación del territorio, en coordinación con los Ministerios responsables de estas áreas. Además, se debe destacar que en 1979, al crearse los Gabinetes Sectoriales previstos en el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Central, se creó el Gabinete Sectorial de Ordenación del Territorio y de la Gestión del Desarrollo Físico²⁷.

3. *Las técnicas de la planificación, la aprobación administrativa, la autorización administrativa, el silencio administrativo y la nulidad absoluta de los actos administrativos*

Pero lo importante de esta política de ordenación del territorio para el derecho administrativo es que la misma dio origen, en los sistemas económicos de economía de mercado a un sistema de planificación que en contraste con la planificación indicativa en materia económi-

²⁴ Véase en *El Nacional*, Caracas 3-9-1974.

²⁵ *Gaceta Oficial*, N° 31.004 de 16-6-1976.

²⁶ *Gaceta Oficial* N° 1.932, Extr. de 28-12-1976. El esquema conceptual básico de la reforma de esta ley, particularmente en los sectores de actividad pública englobados en el concepto de ordenación del territorio, los formulados en “Algunas ideas para la implementación de la reforma administrativa en los sectores de desarrollo físico y ordenación del territorio” (1974), en Allan R. Brewer-Carías, *Derecho y administración de las aguas y de otros recursos naturales renovables*, Caracas, 1976, pp. 155 a 174.

²⁷ Decreto N° 133 del 31-05-79, en *Gaceta Oficial* N° 31739 de 21-5-79.

ca y social²⁸, debe ser una planificación imperativa, como lo es toda la que tiene relación con el uso y ocupación del territorio, y con los recursos naturales renovables. Esto es particularmente importante en lo que se establezca en los planes sobre los usos de las áreas del territorio nacional, su litoral y los espacios marinos de su influencia; la localización de actividades industriales, agropecuarias, mineras y de servicios; el sistema de ciudades; los espacios sujetos a un régimen especial de conservación, defensa y mejoramiento del ambiente; las áreas sujetas a limitaciones derivadas de las exigencias de seguridad y defensa; el régimen de explotación de los recursos naturales; la localización de las obras de infraestructura relativas a energía, comunicaciones terrestres, marítimas y aéreas; aprovechamiento de recursos hidráulicos; y los corredores viales y de transporte.

Como lo estableció la Ley Orgánica de Ordenación del territorio de Venezuela en 1983, la ejecución de los planes de ordenación del territorio puede llevarse a cabo por los organismos públicos directamente o mediante entidades creadas al efecto, y por los particulares, actuando éstos bajo la dirección y control de aquéllos (art. 41), correspondiendo a todos de los organismos públicos dentro de la esfera de sus respectivas competencias deben velar por la efectividad y cumplimiento de las previsiones contenidas en los planes de ordenación del territorio (art. 40). Para ello, la ley orgánica expresamente estableció el carácter imperativo de los planes de ordenación del territorio, disponiendo que “los organismos de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, las demás entidades o instituciones estatales que conforman la Administración Descentralizada, y los particulares y demás entidades de carácter privado, están obligados al cumplimiento de las disposiciones contenidas en los planes de ordenación territorial” (art. 42).

A los efectos de asegurar la ejecución de los planes de ordenación del territorio tanto por el sector público como por el sector privado, se recurrió en la Ley venezolana de 1983 a dos técnicas tradicionales del derecho administrativo, como fueron los actos administrativos de aprobación y los actos administrativos de autorización.

En cuanto a las Aprobaciones Administrativas previstas para las actuaciones del sector público, la Ley Orgánica venezolana de 1983 dispuso que todas las decisiones que adoptasen los organismos de la Administración Pública Nacional, Central o Descentralizada que tuvieran incidencia espacial e implicasen acciones de importancia nacional de ocupación del territorio²⁹ debían ser aprobados por el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, a los efectos de su conformidad con los lineamientos y previsiones del Plan Nacional de Ordenación del Territorio (art. 49). En particular, la ley enumeró como sujetas obligatoriamente a aprobación administrativa, las decisiones sobre localización y traslado de industrias; afectación de zonas para la reforma agraria; localización de grandes aprovechamientos de recursos naturales; localización de nuevas ciudades; trazado de los grandes corredores de vías de comunicación; y localización de puertos y aeropuertos.

La Ley Orgánica, además, dado el carácter obligatorio de la aprobación administrativa para la realización de actividades que afecten el territorio por parte de las propias autoridades administrativas, y para evitar dilaciones indebidas en el procedimiento administrativo, adoptó

²⁸ Véase, Allan R. Brewer-Carías “La planificación del desarrollo económico y social en Venezuela,” en *Estudios de Derecho Económico*, Vol. IV, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, pp. 7-46.

²⁹ Para las actividades que tuviesen incidencia territorial regional o municipal, conforme a la misma ley, la aprobación debía ser otorgada por los Gobernadores de Estado y por los Municipios.

la técnica del silencio administrativo positivo al disponer que si la solicitud de aprobación administrativa no se decidía por el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables mediante un acto administrativo de otorgamiento o negativa en un lapso de 60 días continuos, “contados a partir del último requerimiento de información, vencido el cual sin que hubiese habido pronunciamiento expreso, la decisión se considerará aprobada” (art. 49).

En cuanto a las actividades de los particulares y entidades privadas que impliquen ocupación del territorio, la Ley Orgánica venezolana de 1983 adoptó la técnica de la autorización administrativa, al disponer que la ejecución de dichas actividades debía ser autorizada previamente por las autoridades encargadas del control de la ejecución de los planes, a nivel nacional, estatal o municipal, dentro de sus respectivas competencias (art. 53). La ley previó además, la técnica del silencio administrativo positivo al preverse que el otorgamiento de las autorizaciones nacionales o regionales respectivas, debía decidirse en un lapso de 60 días continuos, a contar del recibo de la solicitud respectiva, de manera que “vencido dicho lapso, sin que se hubiera otorgado o negado autorización, se considerará concedida a cuyo efecto, las autoridades respectivas están obligadas a otorgar la respectiva constancia” (art. 54).

Específicamente, además, para el caso de las Autorizaciones municipales, la ley orgánica, previó que el desarrollo de actividades por particulares o entidades privadas en las áreas urbanas y que implicasen ocupación del territorio, también debían ser autorizada por los Municipios, a cuyo efecto, los interesados debían obtener de los Municipios, los permisos de urbanización, construcción o de uso que estableciera la Ley Nacional respectivas y las Ordenanzas Municipales (art. 55), agregándose que el procedimiento para la tramitación de las solicitudes de dichos permisos municipales debía ser simplificado, y los mismos debían decidirse en un lapso de 60 días continuos, contados a partir del recibo de las solicitudes respectivas, “vencido el cual, sin que se hubieran otorgado o negado los permisos, se considerarán concedidos, a cuyo efecto los Municipios están obligados a otorgar la respectiva constancia de permiso”.

Las autorizaciones administrativas, por supuesto, debían ser otorgadas de conformidad con los planes, por lo que en este caso, la Ley orgánica adoptó otra técnica de derecho administrativo importante como fue la de la nulidad absoluta, al declarar que “Serán nulas sin ningún efecto, las autorizaciones otorgadas en contravención a los planes de ordenación del territorio” (art. 56)

III. LAS TÉCNICA DE LA CONCESIÓN Y DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES

Como se ha indicado anteriormente, en régimen de protección, conservación y aprovechamiento de los recursos naturales renovables es quizás uno de los campos en los cuales más se han desarrollado desde antaño las técnicas propias del derecho administrativo desarrolladas con el objeto de compatibilizar las actividades de los particulares con las políticas públicas, para asegurar que aquellas se ajusten a estas. Se trata, en efecto, del mundo de las concesiones y autorizaciones administrativas.

Para ilustrar estas técnicas basta referirnos dentro del universo de los recursos naturales, a los recursos mineros y petroleros, en los cuales se han aplicado para asegurar que la explotación de los mismos se realice de acuerdo con los criterios y parámetros establecidos por el Estado, que se los ha reservado por ser bienes del dominio público, o porque la actividad industrial respecto de los mismos, también se ha reservado o se ha sometido a su control.

De nuevo, recurriré al ejemplo del desarrollo normativo de la materia en Venezuela, donde como se dijo, los recursos del subsuelo no sólo se declararon constitucionalmente como del dominio público, sino que las actividades de explotación se reservaron al Estado, con distintas modalidades de posibilidad de participación de los administrados en las mismas.

Al enfrentar este régimen en Venezuela, o hacerlo en cualquier ordenamiento jurídico, debe recordarse que en general, la gran división que tiene que hacerse primariamente respecto de las actividades económicas, sin que quepan términos medios, es si las mismas están reservadas al Estado sin que existe libertad económica respecto de ellas, o si las mismas no están reservadas al Estado existiendo libertad económica³⁰.

En las primeras, no existiendo libertad económica dada la reserva al Estado, este puede otorgar el derecho a los particulares a realizarlas, generalmente mediante el acto de concesión, la cual por su carácter constitutivo crea en cabeza del concesionario el derecho que se concede; en cambio en las segundas, tratándose de una limitación al derecho y libertad económica que tienen los particulares, las intervenciones del Estado se manifiestan por ejemplo, a través de actos administrativos de control, declarativos de derechos, como las autorizaciones administrativas (licencias, permisos); homologadores de derechos, como las aprobaciones; de declaración de certeza de derechos, como las inscripciones y registros; e, incluso, extintivos de derechos (ablatorios), como las expropiaciones o decomisos.

En consecuencia, la división fundamental de las actividades económicas en reservadas o no al Estado, condiciona las técnicas de intervención administrativa, concibiéndose la figura de la concesión o de contratos de asociación para la primera, y entre otras, las autorizaciones para las segundas. Así, por ejemplo, la actividad de los particulares en materia de hidrocarburos puede desarrollarse mediante contratos de asociación con el Estado o mediante autorizaciones y permisos, con sujeción a las normas de protección ambiental. En cuanto al régimen de la industria minera, las técnicas de intervención del Estado han continuado siendo las mismas, girando en torno a la reserva y a la figura de la concesión y de la autorización.

1. *El régimen de la minería y las técnicas administrativas de la concesión y de la autorización*

Un régimen que muestra el desarrollo del régimen de las concesión administrativa y los permisos administrativos como técnica utilizada para permitir el desarrollo de una actividad específica de los particulares en relación con los recursos naturales, es el régimen de la minería, que también se ha desarrollado desde hace décadas en Venezuela, y se encuentra regulado en la actualidad en la Ley de Minas de 1999³¹, en la cual se recogió, en términos generales la orientación de las leyes precedentes, estableciéndose un régimen general de reserva al Estado de la actividad, excepto respecto de la pequeña minería. La consecuencia de ello fue que siendo una materia reservada al Estado, la exclusión de la libertad económica en la misma, implicó que los particulares sólo pueden desarrollarlas mediante la técnica de la concesión minera que es como pueden adquirir el derecho de explorar y explotar minerales.

³⁰ Véase José Ignacio Hernández, “Disciplina jurídico-administrativa de la libertad económica. La doctrina actual entre la libertad económica y el Estado Social”, en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías, El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica, 3-5 Noviembre de 2004*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas 2000, p. 197.

³¹ Decreto-Ley N° 295 de 05-09-1999, *Gaceta Oficial* N° 5.382 Extra. de 28-09-1999

Es decir, conforme a los principios generales del derecho administrativo, cuando el Estado se reserva una actividad conforme al artículo 302 de la Constitución, ello excluye en principio la actividad privada. Pero la reserva puede ser exclusiva y excluyente, o puede ser no excluyente cuando permite, mediante la técnica de la concesión, otorgar el derecho a realizar la actividad a los particulares. Esta crea el derecho en cabeza del concesionario; derecho del cual carecía por la reserva al Estado.

Sólo en materia de pequeña minería puede hablarse de que existe libertad económica, requiriéndose para su realización un acto administrativo de autorización. En este caso de pequeña minería, puede decirse que el particular tiene derecho (libertad económica) a desarrollar la actividad, y lo que se establece en la Ley es un mecanismo de intervención administrativa para permitirle ejercer su derecho mediante la remoción administrativa de los obstáculos legales establecidos para ello, precisamente otorgando una autorización, un permiso o una aprobación.

En consecuencia, en la Ley de Minas solamente se establecieron las siguientes dos técnicas de actuación del Estado según el grado de intervención y limitación impuesta a las actividades de los particulares: por una parte, la concesión respecto de las actividades reservadas, y por la otra, la autorización, respecto de las actividades no reservadas. Además se regularon otras técnicas de intervención como los permisos y las aprobaciones para otras actividades complementarias. Por ello, el artículo 7 de la Ley de Minas al regular las “Modalidades para el Ejercicio de las Actividades Mineras”: establece que:

“La exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos mineros sólo podrá hacerse mediante las siguientes modalidades: a) Directamente por el Ejecutivo Nacional; b) Concesiones de exploración y subsiguiente explotación; c) Autorizaciones de Explotación para el ejercicio de la Pequeña Minería; d) Mancomunidades Mineras; y, e) Minería Artesanal”.

Como se dijo, la Ley de Minas reserva al Estado la actividad minera, y a tal efecto establece dos modalidades de reserva: reserva exclusiva y excluyente, y reserva no exclusiva.

En cuanto a la reserva exclusiva y excluyente, esta implica el “ejercicio exclusivo por el Ejecutivo Nacional de la actividad, a cuyo efecto el artículo 23 de la Ley autoriza al Ejecutivo Nacional, cuando así convenga al interés público, para “reservarse mediante Decreto, determinadas sustancias minerales y áreas que las contengan, para explorarlas o explotarlas solo directamente por órgano del Ministerio de Energía y Minas, o mediante entes de la exclusiva propiedad de la República”.

Adicionalmente en el artículo 86 de la Ley, en el cual se dispone que el almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercio de los minerales regidos por la Ley, están sujetos a “la vigilancia e inspección por parte del Ejecutivo Nacional y a la reglamentación y demás disposiciones que el mismo tuviera por conveniente dictar, en defensa de los intereses de la República y de la actividad minera” se precisó que “cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional podrá reservarse mediante decreto cualquiera de dichas actividades con respecto a determinados minerales”.

En los casos en los cuales el Estado no se ha reservado en forma exclusiva determinados minerales o áreas, los particulares pueden obtener el derecho de explorar y explotar minerales mediante concesión. Por ello, la concesión minera se define en el artículo 24 de la Ley, como el acto administrativo del Ejecutivo Nacional, mediante el cual se otorgan derechos e imponen obligaciones a los particulares para el aprovechamiento de los recursos minerales existentes en el territorio nacional. Mediante la concesión, entonces, se confiere a su titular el derecho exclusivo a la exploración y explotación de las sustancias minerales otorgadas que se encuentren dentro del ámbito espacial concedido.

Las concesiones que otorgue el Ejecutivo Nacional conforme a la Ley lo son únicamente de exploración y subsiguiente explotación. Su duración conforme al artículo 113 de la Constitución tiene que ser por tiempo determinado, por lo que la Ley dispone que no debe exceder de veinte (20) años, contados a partir de la fecha de publicación del Certificado de Explotación en la *Gaceta Oficial*, pudiendo prorrogarse su duración por períodos sucesivos no mayores de diez (10) años (Art. 25).

La concesión se otorga luego de cumplirse el procedimiento y los requisitos establecidos en la Ley, para lo cual se debe expedir el Título de Exploración mediante Resolución que se debe publicarse en la *Gaceta Oficial*.

Ahora bien, respecto de la pequeña minería, la misma fue regulada por primera vez en la Ley de Minas de 1999, en la cual se estableció la técnica de la autorización administrativa para su realización cambiando el régimen jurídico de la intervención del Estado en esta materia. Para tal fin, se estableció dicha pequeña minería como una actividad no reservada al Estado, por tanto, no sujeta a concesiones, y dejada a la libre iniciativa de los particulares pero sometida a la obtención de un acto administrativo declarativo del derecho, como es la autorización.

Conforme al artículo 68 de la Ley, en efecto, la pequeña minería sólo se puede ejercer bajo la modalidad de *autorización de explotación*, otorgada por el Ministerio de Energía y Minas mediante resolución, que se publicará en la *Gaceta Oficial*. Esta *autorización* de explotación se debe otorgar sobre los depósitos de minerales que por su naturaleza, dimensión, ubicación y utilidad económica puedan ser explotados independientemente de trabajos previos de exploración (Art. 69).

Por otra parte, la Ley establece un régimen de aprobación administrativa en relación con las Mancomunidades Mineras, que son las constituidas por la agrupación de pequeños mineros titulares de autorizaciones de explotación en diversas zonas de un mismo yacimiento o de varios de éstos, situados de forma tal, que permita la utilización conjunta de todos o parte de los servicios necesarios para su aprovechamiento en el ejercicio de la actividad minera, con el fin de obtener un mejor aprovechamiento de los recursos mineros, facilitar las operaciones técnicas, mejorar el rendimiento de las explotaciones y proteger los recursos naturales y el ambiente; y cuya constitución el Estado debe propiciar (Art. 77).

2. *El régimen de la industria petrolera reservada al Estado y las técnicas asociativas mediante contratos públicos*

Como se dijo, el régimen de la industria petrolera hasta 1975, establecía la posibilidad de que los particulares pudiesen participar en la explotación de los hidrocarburos, mediante la técnica de la concesión administrativa, es decir, las concesiones de hidrocarburos que tuvieron amplísimo desarrollo en Venezuela desde los años treinta del siglo pasado.

Ese régimen se cambió radicalmente en 1975 al decretarse mediante la Ley de Nacionalización³², y de acuerdo con lo autorizaba la Constitución de 1961, la reserva al Estado de la industria petrolera situación que adquirió rango constitucional en 1999³³, situación de reserva

³² Véase nuestros comentarios sobre ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, “Aspectos organizativos de la industria petrolera nacionalizada”, en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Instituto de Derecho Público UCV, Vol. III, Tomo I, Caracas, 1981, pp. 407 a 492.

que ha continuado con la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos de 1999³⁴, y la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001, aún cuando con menor amplitud³⁵.

De allí que hemos sostenido que con la ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001 se produjo en Venezuela un proceso de desnacionalización de la industria petrolera³⁶, derivada de la reducción que se produjo respecto del ámbito de las actividades reservadas al Estado, y que quedó concentrada sólo a lo que se refiere a las actividades primarias de hidrocarburos, es decir, a la “exploración, la extracción de los hidrocarburos en estado natural, su recolección, transporte y almacenamiento inicial, así como, las relativas a las obras que su manejo requiera” (Art. 9); a las actividades realizadas en las refinerías existentes al momento de dictarse la Ley Orgánica; a las actividades de comercialización externa e interna de hidrocarburos naturales; y las actividades de comercialización externa e interna sobre los productos derivados cuya comercialización se reserve al Estado mediante Decreto.

En materia de actividades primarias de hidrocarburos, la posibilidad de la participación de los particulares en el desarrollo de dichas actividades, se redujo a la técnica asociativa, mediante la constitución de empresas mixtas, con capital del Estado en más del 50 % del capital social (Arts. 22 y 27 al 32 LOH). Se destaca, de esta previsión, que al establecer la Ley Orgánica un porcentaje rígido de participación accionaria en las empresas mixtas para la participación del capital privado en el desarrollo de las actividades primarias (menos del 50% del capital social), con ello se modificó el sentido del control estatal sobre los antiguos Convenios de Asociación que regulaba la Ley de Nacionalización derogada de 1975, y que permitía que con un capital mayoritario privado, el Estado pudiera suscribir Convenios de Asociación manteniendo el control del mismo, como antes se ha analizado. Ahora, en cambio, si bien se previó que el capital público en las empresas mixtas sea mayor al 50% del capital social, el control puede estar en manos de la participación privada, pues bien es sabido que el control de las empresas no necesariamente depende de la composición accionaria.

A los efectos de la constitución de dichas empresas mixtas para participar en actividades primarias de hidrocarburos, la Ley exige la aprobación previa de la Asamblea Nacional, a cuyo efecto, el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, debe informarla de todas las condiciones y circunstancias pertinentes a dichas constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República. (Artículo 33 LOH). Para la selección de las empresas operadoras, el organismo público competente debe promover la concurrencia de diversas ofertas, a cuyo efecto, el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Minas, debe crear los respectivos comités para fijar las condiciones necesarias y seleccionar a las empresas.

³³ Esos principios son, como lo destacó Isabel Boscán de Ruesta, en primer lugar, que la reserva no fue concebida como un monopolio estatal absoluto y excluyente del sector privado; y en segundo lugar, el sistema piramidal estructurado para la administración petrolera nacional. Véase en *La actividad petrolera y la nueva ley Orgánica de Hidrocarburos*, Funeda, Caracas, 2002, p. 149.

³⁴ *Gaceta Oficial* N° 36.793 de 23-09-1999. El Reglamento de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (RLOHG) se publicó en *Gaceta Oficial* Extra. N° 5.471 de 05-06-2000.

³⁵ *G.O.* N° 37.323 de 13-11-2001

³⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El régimen de participación del capital privado en las industrias petrolera y minera: desnacionalización y técnicas de regulación a partir de la Constitución de 1999”, en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, noviembre 2004.

Otra reserva específica al Estado dispuesta en la Ley Orgánica de Hidrocarburos se refiere a las actividades realizadas con hidrocarburos naturales, las cuales en este caso sólo pueden ser ejercidas por las empresas del Estado. (Artículos 27 y 57). Aquí se trata de una reserva de carácter exclusiva y excluyente, pues en este campo no se permite la constitución de empresas mixtas. Sin embargo, contradictoriamente, la Constitución (Art. 303) autoriza que las acciones de PDVSA en empresas en general, puedan ser transferidas al sector privado, con lo cual la reserva desaparecería.

Por otra parte, la Ley Orgánica de Hidrocarburos, también reserva al Estado las actividades realizadas respecto de los productos derivados de hidrocarburos cuya comercialización el Estado se haya reservado expresamente mediante Decreto, en cuyo caso también sólo podrán ser ejercidas exclusivamente por las empresas del Estado (Arts. 27 y 57 LOH). El ámbito de estas actividades reservadas, por tanto, es variable, según el decreto que dicte el Ejecutivo Nacional, en el cual se pueden aumentar o disminuir las actividades sobre productos derivados de hidrocarburos que se reservan.

Sin embargo, una vez determinados los productos, la reserva en este caso también se concibió en forma absoluta, de manera que el capital privado no podría participar en el desarrollo de las mismas por ejemplo, mediante empresas mixtas, como en cambio si puede suceder en relación con las actividades primarias. Sin embargo, también en este caso, debe señalarse que contradictoriamente, como antes se destacó, la Constitución (Art. 303) autoriza que las acciones de PDVSA en empresas en general, puedan ser transferidas al sector privado, con lo cual la reserva desaparecería.

En relación con las instalaciones destinadas a la actividad de refinación, la Ley Orgánica distingue entre instalaciones existentes al momento de publicarse la Ley (2001), y las nuevas refinerías. (Arts. 10 y 11 LOH). Sobre las primeras, es decir, sobre “las instalaciones y obras existentes, sus ampliaciones y modificaciones, propiedad del Estado o de las empresas de su exclusiva propiedad, dedicadas a las actividades de refinación de hidrocarburos naturales en el país y al transporte principal de productos y gas”, dispuso el artículo 10 de la Ley Orgánica que “quedan reservadas al Estado en los términos establecidos en este Decreto Ley” (Art. 10).

La Ley Orgánica, sin embargo, nada más agrega sobre esta “reserva de instalaciones existentes” dedicadas a la refinación de hidrocarburos naturales en el país (se excluyen las que siendo propiedad de PDVSA estaban ubicadas en el exterior) o al “transporte principal de productos y gas”. Por ello, en cuanto a las instalaciones de refinación existentes, la disposición de la Ley podría dar origen a dos interpretaciones: en primer lugar, que las refinerías existentes de propiedad pública, como bienes del Estado, deben permanecer siendo de propiedad del Estado, la que estimamos es la interpretación adecuada; o que las actividades de refinación que se realicen en dichas instalaciones existentes de propiedad pública, además, sólo podrían realizar por el Estado, lo que no estaría acorde con el sentido general de las nuevas regulaciones de la Ley.

En el segundo de los sentidos posibles de la norma, en efecto, el resultado sería contradictorio con el postulado general de que las actividades de refinación se pueden realizar tanto por el Estado como por los particulares conjunta y separadamente como lo establece el mismo artículo 10 de la Ley.

En consecuencia, la duda interpretativa que puede decirse que existe en relación a si en estas refinerías de propiedad pública que existían en territorio nacional al momento de sancionarse la Ley, el Estado podría asociarse con particulares mediante empresas mixtas para realizar la actividad de refinación o podría otorgar licencias a los particulares para la realiza-

ción con ellas de actividades de refinación, estimamos que debería resolverse afirmativamente de acuerdo al sentido general que tiene la Ley a favor de la desnacionalización de la industria petrolera.

IV. LAS TÉCNICAS DE LAS AUTORIZACIONES, LICENCIAS, PERMISOS Y REGISTROS PARA LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES

Como se ha señalado, en el ámbito de las actividades vinculadas a la industria petrolera, en 2001, en Venezuela se pasó del régimen general de la reserva general al Estado de la misma derivada del proceso de nacionalización petrolera de 1975, a un régimen de una reserva restringida, como antes se ha definido, y a la consecuente previsión en las demás áreas de la industria no reservadas al Estado, de la posibilidad de realización de la libertad económica por los administrados, es decir, del derecho de los particulares al libre ejercicio de sus actividades económicas³⁷, con las limitaciones legales establecidas usualmente en casos similares, a través de las técnicas de actos administrativos declarativos de derechos como son las autorizaciones, denominadas indistintamente en la legislación de hidrocarburos, como licencias y permisos.

Eso se da, en *primer lugar*, en materia de actividades de refinación de hidrocarburos naturales, que comprende la destilación, purificación y transformación de los *hidrocarburos naturales* realizadas con el propósito de añadir valor a dichas sustancias (Art. 10 LOH). Estas actividades, de acuerdo con la Ley, se pueden desarrollar “por el Estado y los particulares, conjunta o separadamente” (Artículo 10 LOH), mediante la obtención de una licencia. Sin embargo, como se dijo, en cuanto a la refinación realizada en las instalaciones existentes al momento de publicarse la Ley y que eran propiedad del Estado, las mismas quedaron reservadas al Estado, disposición que podría interpretarse en el sentido de que no se permite la participación de los particulares en las actividades desarrolladas en las mismas.

Con esta salvedad, en los otros supuestos, la refinación de hidrocarburos naturales es una actividad que se puede realizar por los privados mediante licencia del Estado, que debe ser otorgada por el Ministerio de Energía y Minas (Art. 12 LOH).

Además, la ley dispone otra técnica de derecho administrativo de control, como es el registro en el Ministerio de Energía y Minas, que se exige a las personas que se dediquen a las actividades de refinación de hidrocarburos naturales (art. 14 LOH), donde deben asentarse, entre otros, las aprobaciones administrativas del mismo Ministerio a las cesiones, traspaso o gravamen de la licencia de refinación (art. 16 LOH).

En *segundo lugar*, se destaca el régimen de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos, tanto aquellos asociados con el petróleo u otros fósiles, como aquellos no asociados, regulados en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (LOHG), en el cual se eliminó completamente la reserva estatal.

En dicha Ley, en efecto, se establece que tanto el Estado, directamente o mediante entes de su propiedad, como las personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado y mediante permisos o licencias, pueden realizar actividades de exploración en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, de la zona marítima contigua y en la

³⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El régimen de participación del capital privado en las industrias petrolera y minera: desnacionalización y técnicas de regulación a partir de la Constitución de 1999”, en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2004.

plataforma continental, en busca de yacimientos de hidrocarburos gaseosos no asociados y la explotación de tales yacimientos; así como la recolección, almacenamiento y utilización tanto del gas natural no asociado proveniente de dicha explotación, como del gas que se produce asociado con el petróleo u otros fósiles; el procesamiento, industrialización, transporte, distribución, comercio interior y exterior de dichos gases (arts. 1 y 2).

El artículo 22 de la Ley repite el mismo principio general en cuanto a las actividades referentes a la exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos *no asociados*, así como las de procesamiento, almacenamiento, transporte, distribución, industrialización, comercialización y exportación, indicando que pueden ser realizadas directamente por el Estado o por entes de su propiedad, o por personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado. La norma agrega que las actividades a ser realizadas por personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado, requerirán licencia o permiso, según el caso, y deberán estar vinculadas con proyectos o destinos determinados, dirigidos al desarrollo nacional, conforme al artículo 3° de la Ley.

Dependiendo de la actividad, las personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado, requerirán licencia o permiso, según el caso, otorgado por el Ministerio de Energía y Minas (Artículo 24 LOHG), debiendo estar vinculadas con proyectos o destinos determinados, dirigidos al desarrollo nacional. (Artículo 22 LOHG). Las licencias que otorgan a su titular el derecho exclusivo para realizar las actividades de exploración y explotación en un área geográfica determinada (Art. 20 Reglamento), deben ser otorgadas previo proceso licitatorio que debe efectuar el MEM, aún cuando la Ley autoriza al Ejecutivo Nacional, por órgano del MEM y previa la autorización del Consejo de Ministros, para otorgar directamente licencias, por razones de interés público o por circunstancias particulares de las actividades, siempre y cuando se cumplan las condiciones que impone la Ley (Artículo 21 del Reglamento).

En *tercer lugar*, se destacan las actividades de industrialización de *hidrocarburos refinados*, lo que comprende las de separación, destilación, purificación; conversión, mezcla y transformación de los mismos, realizadas con el propósito de añadir valor a dichas sustancias mediante la obtención de especialidades de petróleo u otros derivados de hidrocarburos. (art. 49 LOH)

Estas actividades de industrialización pueden ser realizadas por el Estado, directamente, a través del Ejecutivo Nacional; por empresas de su exclusiva propiedad; por empresas mixtas, con participación de capital estatal y privado, en cualquier proporción; y por empresas privadas, sea de capital nacional o extranjero (art. 50 LOH), mediante la obtención de permisos.

En estos casos, el permiso debe también otorgarse por el Ministerio de Energía y Minas (Art. 53), y además, quienes se dediquen en el país a las actividades de industrialización de los hidrocarburos refinados, deben inscribir el permiso en el registro que al efecto debe llevar el Ministerio de Energía y Minas. (Artículo 54 LOH).

En *cuarto lugar*, está el régimen de las actividades de comercialización (comercio interior y comercio exterior), tanto de los hidrocarburos naturales, como de sus productos derivados. (Artículo 56 LOH).

Como antes se señaló, la Ley Orgánica reserva al Estado las siguientes actividades de comercio interno y externo de hidrocarburos: aquellas realizadas con hidrocarburos naturales, las cuales sólo pueden ser ejercidas por las empresas del Estado (Artículo 57); y aquellas realizadas sobre los productos derivados cuya comercialización se reserve al Estado mediante

Decreto, en el cual el Ejecutivo Nacional debe identificar el producto expresamente, y las cuales sólo pueden ser ejercidas en exclusividad por las empresas del Estado (Art. 57 LOH), no permitiéndose la participación del capital privado en el desarrollo de las mismas.

Sin embargo, en cuanto a las otras actividades de comercio interno y externo de productos derivados no reservados o no excluidos por el Ejecutivo Nacional, las mismas pueden ser realizadas no sólo por el Estado, directamente, a través del Ejecutivo Nacional; y por empresas de la exclusiva propiedad del Estado (Empresas del Estado); sino también por empresas mixtas, con participación de capital estatal y privado, en cualquier proporción; y por empresas privadas (Art. 58 LOH) mediante la obtención de permisos.

Dentro de estas actividades relativas al comercio interior de productos derivados de hidrocarburos, el artículo 60 de la Ley declara que “constituyen un servicio público las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos, señalados por el Ejecutivo Nacional (conforme al artículo 59), destinados al consumo colectivo interno”. La consecuencia de la calificación de estas actividades como servicio público es que los precios de dichos productos deben ser fijados por el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas. Dichos precios pueden fijarse mediante bandas o cualquier otro sistema que resulte adecuado, a los fines previstos en el Decreto Ley, tomando en cuenta las inversiones y la rentabilidad de las mismas.

Además, el Ministerio debe adoptar medidas para garantizar el suministro, la eficiencia del servicio y evitar su interrupción.

En todo caso, conforme al artículo 61 de la Ley Orgánica, las personas naturales o jurídicas que deseen ejercer las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de hidrocarburos, deben obtener previamente permiso del Ministerio de Energía y Minas (Artículo 61 LOH).

En cuanto a la construcción, modificación, ampliación, destrucción o desmantelamiento de establecimientos, instalaciones o equipos, destinados al comercio interior de los productos derivados de hidrocarburos, deben ser previamente autorizados por el Ministerio de Energía y Minas (art. 62).

Por otra parte, el Ministerio de Energía y Minas puede revocar los permisos, cuando el incumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley, su Reglamento o en Resoluciones, comprometan la eficiencia o continuidad del servicio o pongan en peligro la seguridad de personas y bienes. (Artículo 63 LOH)

En *quinto lugar*, están las actividades relativas a hidrocarburos gaseosos distintas a la exploración y explotación, respecto de las cuales dispone el artículo 27 que quienes deseen realizar actividades relacionadas con hidrocarburos gaseosos, asociados o no asociados, *producidos por otras personas*, deberán obtener el permiso correspondiente del Ministerio de Energía y Minas, previa definición del proyecto o destino determinado de dichos hidrocarburos, conforme al artículo 3° de la Ley. Estas actividades las regula el Reglamento indicando separadamente las relativas al transporte de gas, la distribución de gas, el procesamiento de los líquidos gas natural (LGN) y la comercialización del Gas licuado del petróleo (GLP).

Según el referido Reglamento, el transporte comprende el diseño, construcción, operación, mantenimiento y administración de los sistemas de transporte, desde los puntos de entrega de los productores o de otros transportistas, hasta los puntos de recepción de los distribuidores, otros transportistas o consumidores mayores. También comprende la gestión comercial para optimizar la capacidad y el uso de los sistemas de transporte. (Artículo 51 del Reglamento)

La distribución comprende el diseño, la construcción, la operación el mantenimiento y la administración de los sistemas de distribución, desde los puntos de entrega de los productores o transportistas, hasta lo puntos de recepción de los consumidores. Igualmente comprende la gestión comercial para optimizar la capacidad y el uso de los sistemas de distribución. (Artículo 52 del Reglamento).

El procesamiento del gas natural abarca los procesos de separación, extracción, fraccionamiento, almacenamiento y comercialización de los líquidos del gas natural y otras sustancias asociadas al gas natural. (Artículo 75 del Reglamento)

Por último, la comercialización del gas licuado del petróleo se refiere al transporte, almacenamiento y distribución del GLP, así como las actividades de intermediación. (Artículo 78 del Reglamento)

En este caso, también, el artículo 5 de la Ley Orgánica dispone que las actividades relacionadas directa o indirectamente con el transporte y distribución de gases de hidrocarburos destinados al consumo colectivo, constituyen un servicio público, lo que implica que los almacenadores, los transportistas y los distribuidores de dichos hidrocarburos gaseosos tienen la obligación de prestar el servicio en forma continua y de conformidad con las normas legales, reglamentarias y técnicas de eficiencia; calidad y seguridad (art. 8).

Tratándose de servicios públicos, el artículo 12 de la Ley autoriza al Ministerio de Energía y Minas para determinar los precios de los hidrocarburos gaseosos desde los centros de producción y procesamiento, atendiendo principios de equidad. Además, los Ministerios de Energía y Minas y de la Producción y el Comercio, conjuntamente, deben fijar las tarifas que se aplicarán a los consumidores finales y a los servicios que se presten de conformidad con la Ley.

En *sexto lugar*, también en cuanto a las actividades de industrialización de los hidrocarburos gaseosos, conforme al artículo 30 de la Ley, pueden igualmente ser realizadas además de directamente por el Estado, y por antes de su propiedad; por personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado, mediante la obtención de permisos. La Ley, a tal efecto, remite al Reglamento para que se establezcan medidas a fin de que se desarrollen parques industriales en zonas donde se facilite el suministro de dichos hidrocarburos; de que las refinerías y plantas procesadoras de hidrocarburos gaseosos garanticen el suministro de las materias primas disponibles; de que los precios y condiciones de suministro de las materias primas permitan la formación de empresas eficientes y competitivas; de que se estimule la creación y participación de entes financieros en la industrialización de hidrocarburos gaseosos en el país; y, de que las empresas que realicen actividades de industrialización de hidrocarburos gaseosos en el país, fomenten a su vez la industrialización, aguas abajo, de los insumos que producen. En todo caso, el Ejecutivo Nacional debe dar prioridad a los proyectos de industrialización de los hidrocarburos gaseosos que propendan a la formación de capital nacional, a una mayor agregación de valor a los insumos procesados y cuyos productos sean competitivos en el mercado exterior (Art. 32). Estos pos proyectos referentes a la industrialización de los hidrocarburos gaseosos, además, deben inscribirse en el Registro que al efecto lleve el Ministerio de Energía y Minas (Art. 33).

En todo caso, quienes deseen realizar actividades relacionadas con hidrocarburos gaseosos, asociados o no asociados, producidos por otras personas, deben obtener el permiso correspondiente del Ministerio de Energía y Minas, previa definición del proyecto o destino determinado de dichos hidrocarburos (Artículo 27 de la Ley).

V. LA TÉCNICA DE LA AUTO-TUTELA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA MEDIANTE EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE RESCISIÓN DE CONCESIONES Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Y DE REVOCACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS, POR RAZONES DE MÉRITO

La utilización de técnicas propias del derecho administrativo en el régimen de los recursos naturales y del ambiente, como hemos analizado anteriormente, culmina invariablemente en acciones de la Administración en su relación con los particulares, sea mediante la suscripción de contratos públicos, el otorgamiento de concesiones administrativas o la emisión de actos administrativos unilaterales de autorización, permisos, licencias o registros.

Con ellos se formaliza la relación jurídica entre los particulares y la Administración a los efectos de que aquellos puedan realizar actividades que están reservadas al Estado o sobre las cuales el legislador le ha dado potestades de control, a los efectos de que las mismas se cumplan de acuerdo con las políticas públicas. Dichos actos estatales, por supuesto, en el marco de un Estado de derecho y de la necesaria seguridad que debe existir en las relaciones jurídicas entre la Administración y los individuos, requieren de estabilidad jurídica para que se puedan desarrollar las actividades concedidas, contratadas, autorizadas, permitidas licenciadas o registradas en un todo de acuerdo con lo que los actos disponen en el marco de las políticas públicas. Por ello, en paralelo al régimen de dichas técnicas administrativas mencionadas, el derecho administrativo también ha desarrollado todo un régimen jurídico para asegurar que la vigencia y efectos de dichos actos no quede a la merced de los funcionarios, y se puedan garantizar los derechos concedidos, contratados, autorizados, permitidos, licenciados o registrados en los términos dispuestos en los actos respectivos.

Ello nos lleva a referirnos al régimen tanto de la rescisión unilateral de concesiones y contratos administrativos, como de la revocación de actos administrativos, también teniendo como punto de referencia el derecho positivo venezolano

1. *Sobre la rescisión de contratos y concesiones administrativas*

En aquellos casos en los cuales por el grado de reserva de la actividad o por la declaración de ciertos bienes como del dominio público, la actividad de los particulares que desarrollen actividades de explotación de recursos naturales renovables mediante concesión, está en general regulada en las leyes especiales o sectoriales respectivas, como sucede por ejemplo en Venezuela, con la Ley de Aguas, la Ley de Minas o la Ley de Bosques y Gestión Forestal para las concesiones de aprovechamiento de aguas, las concesiones mineras o las concesiones forestales. En las mismas, en específico se establecen las causales de rescisión unilateral, generalmente por incumplimiento del concesionario de sus obligaciones legales o contractuales.

Un régimen legal general y supletorio respecto de todas las concesiones administrativas se estableció, sin embargo, en 1999 mediante la un régimen legal de carácter supletorio en materia de concesiones que es el establecido en la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones³⁸, con cuya normativa se sustituyó el anterior

³⁸ Decreto Ley N° 318 de 17-09-1999, en *Gaceta Oficial* N° 5.394 Extra. de 25-10-1999. Véase en general los comentarios sobre la Ley en Alfredo Romero Mendoza (Coordinador), (en colaboración con Jesús Caballero Ortiz, Manuel Rachadell, Víctor R. Hernández Mendible, Chris Brown, Christian C. D. Petersen, Andrés Germán Otero L., José Gómez Oriol, y Antonio Vives Llabres), *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos Financieros y Técnicos*, Colección Textos Legislativos N° 21, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

régimen normativo que había sido establecido en el Decreto-Ley N° 138 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales de 1994³⁹, el cual, a su vez, había sustituido el establecido en la vieja Ley sobre Concesiones de Obras en caso de Obras Viales y de Transporte de 1983⁴⁰. Esta Ley Orgánica de Concesiones se dictó con dos objetivos básicos: por una parte, “establecer reglas, garantías e incentivos dirigidos a la promoción de la inversión privada y al desarrollo de la infraestructura y de los servicios públicos competencia del poder nacional, mediante el otorgamiento de concesiones”; y por la otra regular, con tal propósito, el régimen general aplicable a los contratos públicos de concesión.

Aún cuando en esta última materia, la Ley Orgánica se refirió específicamente a los contratos de concesión para la construcción y la explotación de obras de infraestructura y de servicios públicos, sin mencionar los contratos para la explotación de recursos naturales, con excepción de las concesiones para de saneamiento y de recuperación ambiental; sin embargo, en su artículo 4, dispone que sus normas son de aplicación supletoria respecto de todas las leyes relativas a concesiones, al disponer que “los contratos de concesión cuyo otorgamiento, administración o gestión se encuentre regulado por leyes especiales, se regirán preferentemente por dichas leyes, siendo de aplicación supletoria en tales casos las disposiciones de este Decreto-Ley”. La referencia general de la Ley a los contratos de obra pública y de servicios públicos, por tanto, no excluye la posibilidad o necesidad de aplicación de sus normas en forma supletoria o analógica respecto de otras concesiones distintas reguladas en leyes especiales, como por ejemplo las concesiones forestales, de aguas o mineras, y en general, todas aquellas que tienen por objeto la promoción del desarrollo. Sobre esto la Ley Orgánica es precisa: esas concesiones reguladas por leyes especiales, “se regirán preferentemente por dichas leyes [especiales]”, siendo sin embargo “de aplicación supletoria en tales casos las disposiciones de la Ley Orgánica de Concesiones”.

Ello, por lo demás, ya ha sido admitido así, por la jurisprudencia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia la cual ha resuelto repetidamente que las previsiones de la Ley Orgánica particularmente en materia de terminación o rescate anticipado de concesiones, son de aplicación supletoria a todo tipo de concesiones y, en particular, respecto de las concesiones mineras reguladas en la Ley de Minas⁴¹. Un régimen general al respecto, en realidad, sólo encuentra regulación en el artículo 53 de dicha Ley Orgánica, no estando regulado en las leyes especiales destinadas a regular concesiones administrativas específicas, como por ejemplo es el caso de la Ley de Minas, la Ley de Bosques y Gestión Forestal o la Ley de Aguas.

Dicha norma establece, en efecto, la figura del rescatarse anticipado de las concesiones lo que debe decidirse necesariamente por el ente concedente mediante acto administrativo debidamente motivado, por causa de utilidad o interés público, en cuyo caso “procederá la

³⁹ *Gaceta Oficial* N° 4.719 Extra. de fecha 26-04-1994.

⁴⁰ *Gaceta Oficial* N° 3.247 Extra de 26-8-1983.

⁴¹ Así fue resuelto, por ejemplo, por dicha Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo en sentencias N° 1836 de 7 de agosto de 2001 (Caso: *David Montiel Guillén y Oscar Montiel Guillén*), N° 1447 de 8 de agosto de 2007 (Caso: *Minera la Cerbatana C.A.*), N° 1929 de 27 de noviembre de 2007 (Caso: *Canteras El Toco C.A.*), N° 847 de 16 de julio de 2008 (Caso: *Minas de San Miguel, C.A.*), No. 395 de 24 de marzo de 2009 (Caso: *Unión Consolidada San Antonio C.A.*) y N° 1468 de 2 de noviembre de 2011 (Caso: *Agrominera Suárez C.A.*). Véase sentencia de la Sala Política Administrativa N° 1468 de 2 de noviembre de 2011 (Caso: *Agrominera Suárez C.A.* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/01468-31111-2011-2010-0945.html>

indemnización integral del concesionario, incluyendo la retribución que dejare de percibir por el tiempo que reste para la terminación de la concesión”, cuyo monto se deberá determinar entre las partes o mediante alguno de los mecanismos de solución de conflictos contemplados en el ordenamiento.

Lo importante del régimen del rescate anticipado de concesiones es que no se había regulado expresamente en el ordenamiento jurídico ni siquiera en las leyes especiales reguladoras de concesiones administrativas. Por ejemplo, como se dijo, en la Ley de Minas por ejemplo no se regula expresamente la posibilidad de la Administración de terminar anticipadamente las concesiones mineras por razones de interés general, sin que medie culpa alguna de los concesionarios. Ello, sin embargo, es cierto que no impedía la posibilidad de la rescisión unilateral del contrato en virtud de las llamadas “cláusulas exorbitantes” del derecho común que existen en todos los contratos del Estado, y que permiten a la administración rescindirlos unilateralmente por razones de interés general; en cuyo caso, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo ha reconocido, siempre debe mediar el pago al co-contratante de una indemnización o compensación por los daños y perjuicios que le cause tal rescisión unilateral.

Así, por ejemplo, lo expresó hace décadas la antigua Corte Federal, al indicar que “en el campo de acción de los contratos administrativos, y aunque no conste en las cláusulas de la convención, la rescisión unilateral de ellos, cuando así lo demandan los intereses generales y públicos, es una facultad que la Administración no puede enajenar ni renunciar⁴²”. La jurisprudencia de la antigua Corte Suprema, además, estableció que esta facultad de la Administración para rescindir unilateralmente el contrato, cuando así lo exija el interés general, no la exime, de una manera absoluta, de indemnizar al co-contratante cuando para éste, sin su culpa, se han derivado perjuicios de la rescisión. La indemnización en este caso, como cuando se trata de una expropiación por causa de utilidad pública o social, es la que esté conforme con la justicia y la equidad⁴³.

Y esto es, precisamente, lo que se ha regulado en el artículo 53 de la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones de 1999⁴⁴, cuyo estándar basado en el principio de la responsabilidad de la Administración por sacrificio individual, se ha aplicado por la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa cuando las concesiones

⁴² Véase Corte Federal, sentencia de 12-11-1954, en *Gaceta Forense*. N° 6 (2^{da} Etapa), Caracas 1954, pp. 193-194. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, Vol 2, Instituto de Derecho Público, Caracas 1977, pp. 828-829

⁴³ Véase Corte Federal, sentencia de 12-11-1954, en *Gaceta Forense*. N° 6 (2^{da} Etapa), Caracas 1954, pp. 204-206. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, Vol 2, Instituto de Derecho Público, Caracas 1977, pp. 804-805.

⁴⁴ Véase *Gaceta Oficial* N° 5.394 Extra. del 25-10-1999. Los antecedentes normativos de esta previsión sobre rescisión unilateral de contratos estatales y el pago de indemnización, están en las, viejas Condiciones Generales de Contratación en los contratos de obra dictadas por la Administración, donde se indicaba que en los casos de terminación anticipada (artículo 115), conforme al artículo 116, el ente contratante debía pagar al contratista no sólo el valor de la obra ejecutada y de los materiales y equipos que hubiere adquirido para la obra, sino una indemnización conforme a unos porcentajes expresamente previstos; Esta figura de la rescisión unilateral de los contratos, fue luego recogida en la Ley sobre las concesiones de obra pública (artículos 79 y 80) y en materia de las concesiones municipales de servicios públicos o explotación de bienes, en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

mineras son revocadas por causas que no son imputables al titular de la concesión, para declarar la validez de los actos administrativos correspondientes.⁴⁵

En efecto, en el caso de la Ley de Minas, la misma se limitó a establecer los casos específicos de extinción de las concesiones mineras, lo que no impide por supuesto la posibilidad de la Administración de revocar las concesiones mineras, o de ponerle fin anticipadamente a las mismas, cuando razones de interés general lo aconsejen, mediando el pago de una indemnización al concesionario por los daños y perjuicios que le cause ese rescate anticipado. En esta materia, por supuesto, se aplican todos los principios consolidados sobre la posibilidad de revocación de los actos administrativos irrevocables (creadores o declarativos de derechos a favor de particulares) por razones de mérito, respecto de lo cual la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de la Justicia, en sentencia de 11 de mayo de 2005, ha declarado que la consecuencia fundamental del principio de irrevocabilidad de los actos administrativos que crean derechos a favor de particulares, cuando son revocados en forma no autorizada por el ordenamiento legal, es que los titulares tienen “el derecho de recibir la compensación por daños y perjuicios causado a ellos por la revocación o la suspensión del acto⁴⁶” como si se tratase de una expropiación de los derechos. El principio tiene su equivalente en materia de actos bilaterales como las concesiones cuando la administración adopta la decisión de poner término anticipadamente a la concesión, expropiando los derechos del concesionario. Se trata, además, de los mismos principios clásicos establecidos por la jurisprudencia y que son aplicados en materia de rescisión unilateral de los contratos del Estado por razones de interés general, en cuyo caso, siempre se reconoce la obligación de la Administración de resarcir al co-contratante por los daños y perjuicios que le cause la rescisión.

En el ordenamiento jurídico venezolano relativo a los contratos del Estado, sin embargo, no hay previsiones legales generales que regulen la forma de establecer la indemnización que corresponde al contratista en caso de terminación anticipada de los contratos por razones de interés general, sin culpa del co-contratante; y ello tampoco se reguló por ejemplo, en la Ley de Minas respecto de los casos de terminación anticipada de concesiones mineras por razones de interés general. Es sólo en la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones de 1999 donde se regula expresamente, dentro de las causales de extinción de las concesiones, este llamado “rescate anticipado” (art. 46.d) de las mismas por causa de interés público, previendo el pago de la correspondiente indemnización integral del concesionario, “incluyendo la retribución que dejare de percibir por el tiempo que reste para la terminación de la concesión”. Como se dijo, la Ley Orgánica en la norma, en realidad no hizo otra cosa que positivizar, a los efectos de las concesiones que regula, los principios que había desarrollado la jurisprudencia en materia de revocación de actos administrativos irrevocables (incluso los bilaterales) por razones de interés general, o de rescisión unilateral de contratos del Estado (contratos administrativos) por razones de interés general, mediando siempre el pago de indemnización por parte de la administración, por los daños y perjuicios causados al beneficiario del acto revocado o del contrato rescindido, en términos similares a

⁴⁵ Véase la sentencia No. 847 de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 17-07-2008 (Caso *Minas San Miguel C.A.*), disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/00847-17708-2008-2005-5529.html>; Sentencia N° 395 de la misma Sala del 25-03-2009 (Caso *Unión Consolidada San Antonio*), disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00395-25309-2009-2005-5526.html>.

⁴⁶ Véase la sentencia N° 01033 de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11-05-2000 (el Caso *Aldo Ferro García v. la marca comercial BESO*), disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01033-110500-13168.htm>.

los de una expropiación de derechos. Sin embargo, lo realmente innovador de la Ley Orgánica, fue el haber establecido un procedimiento específico, con participación activa del concesionario, para la determinación del monto de la indemnización que le corresponde en caso de rescate anticipado de concesiones; disponiendo que para tal efecto debe llegarse a un acuerdo de voluntades a ser formalizado entre el ente concedente y el concesionario, al aceptarse el “Pliego de Condiciones”, en el cual de acuerdo con la Ley Orgánica, se deben establecer los “elementos o criterios que servirán para fijar el monto de la indemnización que haya de cubrirse al concesionario”.

2. *Sobre la revocación de los actos administrativos por razones de interés general*

En materia de actos administrativos de autorización, licencias, permisos o registros otorgados a los administrados en virtud de las leyes especiales para la realización de actividades relacionadas con la explotación de recursos naturales, particularmente en los casos en los cuales dicha actividad no ha sido reservada al Estado, su estabilidad está generalmente regulada en dichas leyes, mediante el establecimiento en las mismas de causales precisas de revocación de los mismos, generalmente por incumplimiento de sus obligaciones por parte del beneficiario o por razones de ilegalidad.

En cuanto a la posibilidad de revocación de dichos actos administrativos por razones de mérito o interés general, rige el régimen establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981⁴⁷, en la cual se dispone respecto de los actos administrativos de efectos particulares, que si los mismos crean o declaran derechos subjetivos o intereses legítimos a favor de determinadas personas, como precisamente son las autorizaciones, permisos, licencias o registros, una vez firmes, es decir, una vez que no pueden ser legalmente impugnados⁴⁸, tienen los efectos de cosa juzgada (*cosa decidida*) administrativa, y la Administración no puede revocarlos. El principio es tal general, que de acuerdo con el artículo 19.2 de la misma Ley Orgánica, una de las causales de nulidad absoluta de los actos administrativos es “cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares⁴⁹”.

De estas normas resulta por tanto, que la irrevocabilidad de un acto administrativo se da cuando, *primero*, el acto administrativo sea de efectos particulares, pues los actos administrativos de efectos generales como los reglamentos por ejemplo, son esencialmente revisables y revocables;⁵⁰ *segundo*, el acto administrativo cree o declare derechos o intereses a favor de

⁴⁷ Véase en *Gaceta Oficial* N° 2818 Extra de 01-07-1981. Sobre dicha Ley Orgánica véase Allan R. Brewer Carías *et al.*, *Ley Orgánica de procedimientos Administrativos y legislación complementaria*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006; y Allan R. Brewer Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

⁴⁸ Véase sobre las nociones de firmeza y definitividad de los actos administrativos, en Allan R. Brewer-Carías, “Las condiciones de recurribilidad de los actos administrativos en la vía contencioso administrativa,” en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del Siglo XX, Homenaje al Profesor Enrique Sayagües Lazo*, Vol. V, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1969, pp. 743-769, y en la *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 54, Año XIV, Caracas, enero-diciembre de 1966, pp. 83-112.

⁴⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre las nulidades de los actos administrativos,” en la *Revista de Derecho Público*, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980, pp. 45-50.

⁵⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los actos administrativos normativos como fuente del derecho en Venezuela, con especial referencia a los reglamentos ejecutivos,” en Jaime Rodríguez Arana

particulares, pues de lo contrario es esencialmente revisable y revocable por la administración (art. 82 LOPA); *Tercero*, el acto administrativo debe ser firme, en el sentido de que no puede ser susceptible de impugnación, ni en vía administrativa ni en vía judicial; y *Cuarto*, el acto debe ser válido y efectivo, capaz de crear o declarar derechos subjetivos o intereses legítimos a favor de particulares individuales, de manera que si el mismo está afectado por vicios de nulidad absoluta no puede ser capaz de crear o declarar derechos, siendo esencialmente revocable (Art. 83 LOPA).

De lo anterior resulta, por tanto, que conforme al Artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos la Administración tiene amplios poderes para revocar actos administrativos, por razones de mérito y en cualquier momento, siempre y cuando los mismos no hayan creado o declarado derechos subjetivos o intereses legítimos a favor de particulares. Inversamente, cuando un acto administrativo crea o declara dichos derechos o intereses, la misma Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es categórica al prohibir su revocación por razones de mérito.

Así lo ha confirmado la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1033 del 11 de mayo de 2000 en la cual declaró que “La potestad revocatoria de la Administración se limita a los actos no creadores o declarativos de derechos a favor del particular, ya que, si se trata de actos creadores o declarativos de derechos, una vez firmes, los mismos no podrán ser revocados en perjuicio de sus destinatarios por la Administración, por razones de mérito”⁵¹. En el mismo sentido, la misma Sala, la sentencia N° 1388 del 4 de diciembre de 2002, expresó “La revocatoria es utilizada en algunos casos por razones de mérito u oportunidad cuando el interés público lo requiere, y también en casos de actos afectados de nulidad relativa, que no hayan creado derechos subjetivos o intereses personales, legítimos y directos para un particular”⁵².

La consecuencia de estos principios es que si la Administración pública, por razones de orden o interés público, a pesar de la prohibición de hacerlo, revoca actos administrativos que crean derechos individuales, contra la cosa juzgada administrativa, es lo mismo que expropiar los derechos creados por el acto y produce la obligación de pagar una compensación justa por los daños causados a las partes interesadas.

Muñoz et al. (Editores), *El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica (Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo)*, Congrex SA, Panamá 2009, pp. 767-784.

⁵¹ Véase la sentencia N° 01033 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11-05-2000 (Caso *Aldo Ferro García v. la marca comercial KISS*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01033-110500-13168.htm>.

⁵² Véase la sentencia N° 01388 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 04-12-2002 (Caso *Iván Darío Badell v. Fiscal General de la República*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Diciembre/01388-041202-0516.htm>. Véase además, la sentencia de 14-05-1985 (Caso *Freddy Martín Rojas Pérez v. UNELLEZ*), en *Gaceta Forense*, N° 128, Vol. I, Caracas 1985, pp. 299-318. Véase también Allan R. Brewer-Carías y Luis Ortiz-Alvarez, *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, pp. 617-619. Véase además en la Sentencia N° 1033 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11-05-2000 (Caso *Aldo Ferro García v. la marca comercial KISS*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01033-110500-13168.htm>. En el mismo sentido, Allan R. Brewer Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1982; edición 1997, p. 223; Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1983, p. 216.

Por lo tanto, a pesar de que la regulación en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es extrema en el sentido de que establece una prohibición absoluta de revocación respecto de aquellos actos que crean derechos individuales, sancionando dicha revocación con nulidad absoluta, si la Administración revoca el acto por razones de orden público o interés público, tendría que pagar compensación por los daños causados por la revocación. Esta es, por lo demás, la tendencia general en la legislación latinoamericana, donde la revocación de actos administrativos que crean derechos individuales se admite como una excepción si se acompaña del pago compensatorio. Por ejemplo, así se establece en las Leyes de Procedimientos Administrativos de Argentina (Art. 18), Perú (Art. 205) y Costa Rica (Art. 155). Ésta última va incluso más lejos, al declarar que si el acto revocatorio no reconoce y calcula la cantidad total que debe pagarse, entonces sería absolutamente nulo e inválido (Art. 155.1). En Honduras la Ley de Procedimientos Administrativos establece expresamente que la revocación de un acto administrativo sólo resulta en pago por compensación cuando así lo establece la ley (Art. 123)⁵³.

En Venezuela, también de acuerdo al principio general sobre la nulidad absoluta que afecta a los actos administrativos que revocan a otros que han creado o declarado derechos individuales (Artículo 19.2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), la única forma en la cual dicha nulidad absoluta quedaría “saneada” sería cuando la revocación abarca la compensación por la extinción del derecho, evidentemente con la motivación adecuada relacionada al interés público.

De lo anterior resulta el principio de que incluso cuando los actos administrativos crean derechos o intereses individuales, la Administración podría revocarlos por razones de interés público siempre que medie el pago de una justa compensación, pues es evidente que no puede detenerse el poder de la Administración cuando debe hacerse prevalecer el interés público sobre el interés privado. Por tanto, en forma similar a la potestad expropiatoria que tiene la administración sobre cualquier tipo de bienes o derechos si así lo impone el interés público previamente declarado, mediando justa compensación, lo mismo rige en el caso de la revocación de actos administrativos creadores de derechos. El propósito de las disposiciones legales en Venezuela es sin duda proteger a los administrados contra el comportamiento arbitrario de la Administración al revocar sus actos sin motivos apropiados, pero ello no puede interpretarse en el sentido de que se elimine el poder de la Administración de poder revocar actos administrativos, incluso si estos han creado derechos individuales, sustituyendo el derecho creado por el acto revocado para la persona por el derecho a ser compensado por la pérdida sufrida con la revocación.

La doctrina española precisó hace años el mismo criterio respecto a la revocación de actos que crean derechos individuales. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, por ejemplo, señalaron que “Un acto que declare derechos a favor de un administrado y que no presente vicios en su constitución no puede ser revocado de oficio por la propia Administración so pretexto de que el acto se ha convertido en inconveniente o inoportuno en un determinado momento;” agregando sin embargo que “una solución de equilibrio que garantizaría tanto al interés público como al de los particulares sería la de permitir la revocación por motivos de simple oportunidad o conveniencia, condicionándola, sin embargo, al reconocimiento y pago de un indemnización adecuada que compensase la pérdida de los derechos recono-

⁵³ Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Universidad del Rosario, Bogotá 2003, pp., 33-42.

cidos por el acto revocado⁵⁴. Agregaron, en todo caso, que para dicha solución sea viable requiere una disposición que permita la revocación por razones de mérito, la cual en cualquier caso debe reconocer los derechos de las personas afectadas a recibir una compensación, conforme al principio de responsabilidad administrativa por sacrificio individual o de pérdida de igualdad en presencia de cargas públicas⁵⁵.

En conclusión, sólo los actos administrativos de efectos generales y los actos administrativos de efectos particulares que no crean o declaran derechos subjetivos a favor de una persona son revocables por razones de mérito o conveniencia. Excepcionalmente, la Administración puede revocar actos administrativos que crean derechos subjetivos o intereses legítimos a favor de particulares por razones de mérito u oportunidad, pero siempre mediando el pago de una justa compensación por la expropiación del derecho o interés. Este es el sentido de lo decidido por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 11 de mayo de 2005, donde estableció que la revocación de “un acto administrativo creador o declarativos de derechos a favor de los particulares en forma no autorizada por el ordenamiento jurídico, da derecho a éstos a ser indemnizados por los daños y perjuicios que les cause la revocación o suspensión de los efectos del acto⁵⁶”. En la sentencia, en efecto se resolvió lo siguiente:

“la potestad declaratoria de nulidad que está prevista en el artículo 83 *ejusdem*, cuando autoriza a la Administración para que, en cualquier momento, de oficio o a instancia del particular, reconozca la nulidad absoluta de los actos por ella dictados. De allí que la Ley consagre la irrevocabilidad de los actos creadores de derechos a favor de los particulares, pero un acto viciado de nulidad absoluta –en sede administrativa– no es susceptible de crear derechos.

La consecuencia fundamental de este principio es que la revocación o suspensión de los efectos de un acto administrativo creador o declarativos de derechos a favor de los particulares en forma no autorizada por el ordenamiento jurídico, da derecho a éstos a ser indemnizados por los daños y perjuicios que les cause la revocación o suspensión de los efectos del acto⁵⁷”.

VI. LA TÉCNICA ADMINISTRATIVA DE ASEGURAR LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL RÉGIMEN DE LOS RECURSOS NATURALES Y DEL AMBIENTE, EN PARTICULAR DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS

La técnica de derecho administrativo de asegurar la participación ciudadana en las tareas administrativas, que se ha venido desarrollando en forma dispersa en las últimas décadas,⁵⁸ puede decirse que ha encontrado una regulación concreta en relación con los pueblos y comunidades indígenas, incluso con amplio fundamento constitucional.

En la actualidad, en efecto, en casi todas las Constituciones recientes de América Latina se ha incorporado un amplio conjunto normativo en relación con los Pueblos y Comunidades

⁵⁴ Véase Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 6ª Ed., Editorial Civitas, Madrid 1994, p. 637.

⁵⁵ *Ídem*.

⁵⁶ Véase la Sentencia N° 01033 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 11-05-2000 (Caso *Aldo Ferro García v. la marca comercial KISS*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01033-110500-13168.htm>.

⁵⁷ *Ídem*.

⁵⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El derecho administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas”, *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, Vol. II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986, pp. 275-310.

Indígenas, garantizándoseles en especial, el derecho a la participación particularmente en materia de políticas públicas en materia de aprovechamiento de los recursos naturales. En tal sentido, por ejemplo, la Constitución venezolana de 1999 establece que

Artículo 120. El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a esta Constitución y a la ley.

Esta necesaria participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones sobre aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado, mediante “información previa y consulta” a las comunidades indígenas respectivas, en particular se ha regulado en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 2005,⁵⁹ en la cual se dispone en forma general que el Estado debe promover y desarrollar acciones coordinadas y sistemáticas que garanticen la participación efectiva de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas en los asuntos nacionales, regionales y locales; garantizándose el derecho a los mismos, de participar directamente o a través de sus organizaciones de representación, en la formulación de las políticas públicas no sólo dirigidas a estos pueblos y comunidades, sino de cualquier otra política pública que pueda afectarles directa o indirectamente (Art. 6); y que el aprovechamiento por parte del Estado de los recursos naturales propiedad de la Nación en el hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas, está sujeto a la consulta previa a los mismos que estén involucrados, la cual debe ser suficientemente informada, fundamentada y libremente expresada por dichos pueblos y comunidades indígenas, conforme al procedimiento establecido en la Ley (art. 54). La Ley, además, prohíbe la ejecución de actividades en el hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas que afecten grave o irreparablemente la integridad cultural, social, económica, ambiental o de cualquier otra índole de dichos pueblos o comunidades.

En relación con la mencionada consulta previa, el artículo 11 de dicha Ley Orgánica dispone que “toda actividad susceptible de afectar directa o indirectamente a los pueblos y comunidades indígenas, debe ser consultada aquellos involucrados. En particular, conforme a la misma norma, toda actividad de aprovechamiento de recursos naturales y cualquier tipo de proyectos de desarrollo a ejecutarse en hábitat y tierras indígenas, esta sujeta al procedimiento de información y consulta previa establecido en la Ley. Este procedimiento exige que los proyectos se presenten a dichos pueblos y comunidades indígenas involucrados, para que reunidos en asamblea decidan en qué medida sus intereses puedan ser perjudicados y los mecanismos necesarios que deben adoptarse para garantizar su protección (art. 13). A tal efecto la ley regula con precisión la forma de presentación de los proyectos, con lapsos para ello, las reuniones previas que deben realizarse con los proponentes del proyecto, la forma cómo deben realizarse las asambleas, y los acuerdos que se adopten, que conforme a la ley, deben establecerse por escrito de mutuo acuerdo entre éstos y los proponentes, con las condiciones de su ejecución según el proyecto presentado (arts. 16-18).

La ley Orgánica incluso consagra expresamente el derecho de los pueblos y comunidades indígenas de poder intentar “la acción de amparo constitucional contra la actuación de cualquier institución pública, privada o de particulares, que inicien o ejecuten cualquier proyecto dentro del hábitat y tierras indígenas sin cumplir con el procedimiento establecido” para las consultas previas, legitimándose además, a los mismos para “solicitar la nulidad de

⁵⁹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 38344 de 27-12-2005.

las concesiones o autorizaciones otorgadas por el Estado cuando los proponentes o encargados de la ejecución del proyecto, violen lo acordado con los pueblos y comunidades indígenas involucrados. Art. 19).

Esta consulta previa e informada para los pueblos y comunidades indígenas prevista en la Ley Orgánica, en los casos de exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos naturales, conforme a la previsión expresa del artículo 59 de la Ley es obligatoria, so pena de nulidad del acto que otorgue la concesión. El contrato de concesión respectivo debe incluir las condiciones en que debe realizarse dicha exploración, explotación y aprovechamiento, de manera que en caso de incumplimiento de las condiciones de consulta y participación en la exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos naturales y en la ejecución de los proyectos de desarrollo, o de ocurrir cambios no previstos en el diseño del proyecto original conocido, hace nulo el contrato de concesión y sin lugar a indemnización. A tal efecto, la Ley legitima a los pueblos indígenas, sus comunidades y organizaciones para ejercer las acciones judiciales y administrativas que correspondan para garantizar el respeto de este derecho⁵⁹.

Además, y en especial en relación con el aprovechamiento de los recursos naturales en hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas, la Ley Orgánica, además de establecer el derecho de los pueblos y comunidades indígenas al uso y aprovechamiento sustentable y a la administración, conservación, preservación del ambiente y de la biodiversidad; y al aprovechamiento de las aguas, la flora, la fauna y todos los recursos naturales que se encuentran en su hábitat y tierras, para su desarrollo y actividades tradicionales (at. 53).

Además, la Ley Orgánica garantiza a los pueblos y comunidades indígenas, en cuyo hábitat y tierras se ejecuten actividades de aprovechamiento de recursos naturales o proyectos de desarrollo por parte del Estado o particulares, directa o indirectamente, el derecho a percibir beneficios de carácter económico y social para el desarrollo de sus formas de vida, los cuales deben ser establecidos en el mecanismo de consulta previsto en la Ley (art. 57).