

La Caducidad como Forma de Extinción de las Concesiones Demaniales y las Garantías del Concesionario: El Caso de las Concesiones Mineras

Ramsis Ghazzaoui Piña*

Resumen:

En el presente artículo el autor busca explicar la naturaleza jurídica de la concesión minera, a través de la explicación de la técnica concesional y los efectos jurídicos que derivan de esta. Para ello, se hace un repaso doctrinario y normativo de la concesión minera y las instituciones jurídicas relacionadas.

Palabras clave:

Minería – Concesión minera – Dominio público – Acto administrativo – Caducidad

Abstract:

In the present article, the author seeks to explain us the juridical nature of mining concession, thus by explaining the concessional technique and the juridical effects that come along with it. For this purpose, a doctrinaire and legal analysis of mining concession and the legal institution is done.

Keywords:

Mining – Mining concession – Public domain – Administrative act – Expiry

Sumario:

1. Las concesiones administrativas de dominio público – 2. Formas de extinción de las concesiones de dominio público y de los derechos del concesionario. La caducidad. – 3. Garantías del concesionario frente a la declaración de caducidad y efectos de la misma

* Abogado Especialista en Derecho Administrativo (Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela). Magister en Derecho Administrativo (Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela). Máster (MPA) en Administración Pública y Políticas Públicas (Columbia University, New York, NY, EEUU). Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor visitante en el Curso Avanzado para graduados en Planificación y Políticas Públicas en la Rutgers State University of New Jersey, NJ, EEUU.

1. Las concesiones administrativas de dominio público

La concesión en el derecho administrativo es una técnica que confiere a una o más personas nuevos derechos, en virtud de los cuales es ampliada su esfera jurídica; así, la concesión consiste en una transferencia de facultades del ente público a un ente privado, facultades que se traducen en derechos subjetivos.

La concesión de dominio público o concesión demanial es una aplicación o especie de la noción general de concesiones, donde se otorga de manera exclusiva y excluyente a un particular (el concesionario) un derecho a la ocupación, utilización y aprovechamiento de un determinado bien de dominio público. Esta manera de usar y disponer de un bien dominical de manera exclusiva es el llamado en la doctrina “uso privativo”, el cual tiene como característica que se realiza mediante

la ocupación de una parte del dominio público, de tal forma que queda excluida, al menos en cuanto a ella, la utilización de los demás. Con él se admite excepcionalmente la posibilidad de que los particulares puedan aprovecharse de bienes del dominio público de manera exclusiva y excluyente, imponiendo restricciones al uso común público de la superficie ocupada. Se trata así, de ciertos bienes de la dominialidad pública cuyo uso debe comportar una exclusión de los demás miembros de la colectividad en su aprovechamiento, de ahí que dichas ocupaciones se refieran normalmente a aquellas que se realizan mediante obras e instalaciones materiales fijas y de carácter permanente o que supongan una cierta transformación o modificación del bien a que se refiera. Ejemplo: concesiones mineras, forestales, etc.

El título jurídico que habilita el uso privativo es la concesión demanial¹, este es, el acto

¹ *Patrimonio...op.cit.*, pp. 890 y ss. En la doctrina científica venezolana actual, destacan: AMORER, Elsa, *El régimen de la explotación minera en la legislación venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael, “Concesión de servicios públicos y concesión de obras públicas”, AA.VV. (Coord. ARAUJO JUÁREZ, José) en *Servicio Público. Balance y Perspectiva*, Vadell hermanos editores, Valencia, 1999, pp. 234 y ss. BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de las Concesiones en Venezuela*, Caracas, 2002. BREWER-CARIAS, Allan R., “Las técnicas de regulación y la participación del capital privado en la industria minera” en *Estudios de Derecho Público 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 515- 517. HERNANDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael, “Los contratos de obra pública, concesión de obra pública y concesión de servicio público en Venezuela”, AA.VV. (Dir. HUTCHINSON, Tomás y ROSATTI, Horacio) en *Revista de Derecho Público, Contratos Administrativos – I*, Rubinzal - Culzoni Editoriales, Buenos Aires, 2007, pp. 343-376; también de este último autor “Las concesiones administrativas en la actividad minera”, AA.VV. (Coords. MATILLA CORREA, Andry y CAVALCANTI, Bruno) en *Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP*, Ratio Legis, Salamanca, 2013, pp. 347-388. Una excelente aproximación al estudio de las concesiones administrativas a la luz del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones (Decreto-Ley de Concesiones) y su aplicabilidad a las concesiones de dominio público minero puede verse en BREWER-CARIAS, Allan R., “Notas sobre las concesiones administrativas” en *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*, Colección Estudios Jurídicos N° 100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 429-431. También, BREWER-CARIAS, Allan R. “Sobre el régimen de los recursos naturales y el ambiente, y las técnicas tradicionales del derecho administrativo” en *Revista de Derecho Público N° 136*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 21-38. En contra de la existencia de concesiones demaniales como concesiones sobre bienes del dominio público NIKKEN, Claudia, “Sobre el Decreto N° 9.041 mediante el cual se dicta el decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos” en *Revista de Derecho Público N° 130*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 243. La autora basándose en el concepto de concesión que establece el artículo 2 del Decreto Ley de Concesiones refiere que “existe una confusión conceptual, de antaño en nuestro ordenamiento, que ha llevado a la impropia construcción de una *concesión de bienes*, paralela a la concesión de servicios públicos y a la concesión de obras públicas, cuando la realidad es que la llamada *concesión de bienes* no es otra cosa que una modalidad de la *concesión de obras públicas*”. Diferimos de esta aislada opinión doctrinal, ya que pensamos que la especie concesiones de dominio público tiene independiente sustento en la legislación y en la doctrina científica especializada, un ejemplo claro de ello lo constituye las concesiones mineras, donde se otorga un aprovechamiento privativo de una porción del demanio en particular para su consecuente exploración y explotación, no precisamente para la ejecución de una obra pública. Otro ejemplo lo constituye las concesiones de porciones del espectro radioeléctrico que prevé el artículo 73 en concordancia con el artículo 7 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.015 del 28 de diciembre de 2010), en donde se otorga el uso privativo de una porción del espectro y al mismo tiempo se otorgan habilitaciones administrativas para la explotación de redes y prestación del servicio de telecomunicaciones (artículo 16).

Sobre las concesiones demaniales como técnica de aprovechamiento y gestión del dominio público, por todos, MENENDEZ REXACH, Ángel, “La concesión demanial: significado histórico y actual” AA.VV. en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Editorial Civitas, Madrid, 2005, pp. 2103 y ss. FERNANDEZ ACEVEDO, Rafael, *Las Concesiones Administrativas de Dominio Público*, Thomson Civitas, Navarra, 2007. También, FERNANDEZ ACEVEDO, Rafael, “Régimen jurídico de la utilización de los bienes y derechos demaniales. Los títulos habilitantes”, (Dir. MESTRE DELGADO, Juan Francisco) en *El Régimen Jurídico General del Patrimonio...op.cit.*, pp. 890 y ss. En la doctrina científica venezolana actual, destacan: AMORER, Elsa, *El régimen de la explotación minera en la legislación venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael, “Concesión de servicios públicos y concesión de obras públicas”, AA.VV. (Coord. ARAUJO JUÁREZ, José) en *Servicio Público. Balance y Perspectiva*, Vadell hermanos editores, Valencia, 1999, pp. 234 y ss. BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de las Concesiones en Venezuela*, Caracas, 2002. BREWER-CARIAS, Allan R., “Las técnicas de regulación y la participación del capital privado en la industria minera” en *Estudios de Derecho Público 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 515- 517. HERNANDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael, “Los contratos de obra pública, concesión de obra pública y concesión de servicio público en Venezuela”, AA.VV. (Dir. HUTCHINSON, Tomás y ROSATTI, Horacio) en *Revista de Derecho Público, Contratos Administrativos – I*, Rubinzal - Culzoni Editoriales, Buenos Aires, 2007, pp. 343-376; también de este último autor “Las concesiones administrativas en la actividad minera”, AA.VV. (Coords. MATILLA CORREA, Andry y CAVALCANTI, Bruno) en *Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP*, Ratio Legis, Salamanca, 2013, pp. 347-388. Una excelente aproximación al estudio de las concesiones administrativas a la luz del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones (Decreto-Ley de Concesiones) y su aplicabilidad a las concesiones de dominio público minero puede verse en BREWER-CARIAS, Allan R., “Notas sobre las concesiones administrativas” en *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*, Colección Estudios Jurídicos N° 100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 429-431. También, BREWER-CARIAS,

jurídico mediante el cual la Administración confiere o atribuye a un particular un derecho real administrativo, que tiene por objeto la utilización exclusiva de un bien del dominio público durante cierto tiempo, es un acuerdo entre la Administración y el particular, en vista de una ocupación anormal de porciones del dominio afectado al público. La concesión de uso confiere al concesionario un derecho sobre el bien concedido, que es de naturaleza o sustrato real, regido por el derecho público².

Para determinar el alcance de los derechos reales administrativos³ generados por el hecho del nacimiento de la concesión demanial, es necesario determinar la naturaleza jurídica de la técnica concesional. Para algunos autores las concesiones de bienes de la dominialidad pública son especies de contratos administrativos⁴; otro sector se inclina por considerar la concesión demanial como un acto administrativo que requiere la aceptación o conformidad del interesado como condición de eficacia⁵.

2. Formas de extinción de las concesiones de dominio público y de los derechos del concesionario. La caducidad.

Producto de la visión contractual de la concesión, pueden derivarse distintas causas jurídicas que tienen como efecto la extinción del *vinculum iuris* entre el concedente y el concesionario: por expiración del término, por incumplimiento de las obligaciones impuestas al concesionario, por motivos de interés público, por ilegalidad o ilegitimidad del acto de otorgamiento de la concesión, por renuncia del concesionario, por desafectación del bien de dominio público objeto de la concesión, por muerte o quiebra del concesionario.

En la legislación venezolana, específicamente en el artículo 46 del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones⁶, aplicable supletoriamente a todas las especies de concesiones conforme a su artículo 4⁷ y conforme al artículo

Allan R. "Sobre el régimen de los recursos naturales y el ambiente, y las técnicas tradicionales del derecho administrativo" en *Revista de Derecho Público* N° 136, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 21-38. En contra de la existencia de concesiones demaniales como concesiones sobre bienes del dominio público NIKKEN, Claudia, "Sobre el Decreto N° 9.041 mediante el cual se dicta el decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos" en *Revista de Derecho Público* N° 130, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 243. La autora basándose en el concepto de concesión que establece el artículo 2 del Decreto Ley de Concesiones refiere que "existe una confusión conceptual, de antaño en nuestro ordenamiento, que ha llevado a la impropia construcción de una *concesión de bienes*, paralela a la concesión de servicios públicos y a la concesión de obras públicas, cuando la realidad es que la llamada *concesión de bienes* no es otra cosa que una modalidad de la *concesión de obras públicas*". Diferimos de esta aislada opinión doctrinal, ya que pensamos que la especie concesiones de dominio público tiene independiente sustento en la legislación y en la doctrina científica especializada, un ejemplo claro de ello lo constituye las concesiones mineras, donde se otorga un aprovechamiento privativo de una porción del demanio en particular para su consecuente exploración y explotación, no precisamente para la ejecución de una obra pública. Otro ejemplo lo constituye las concesiones de porciones del espectro radioeléctrico que prevé el artículo 73 en concordancia con el artículo 7 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.015 del 28 de diciembre de 2010), en donde se otorga el uso privativo de una porción del espectro y al mismo tiempo se otorgan habilitaciones administrativas para la explotación de redes y prestación del servicio de telecomunicaciones (artículo 16).

- 2 MARIENHOFF, Miguel Santiago, *Tratado del Dominio Público*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, pp. 342 y ss.
- 3 Sobre los derechos reales administrativos en Venezuela, BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de las...* op. cit., 291 y ss. Para una noción más acabada de este tema, especialmente, GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Los derechos reales administrativos*, Civitas, Madrid, 1989.
- 4 Nos atrevemos a afirmar que es la visión imperante, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, a la cual nos adherimos. En Venezuela, así, BREWER- CARIAS, Allan R., "Notas sobre las concesiones..." op. cit., pp. 429-431 y del mismo autor "Sobre el régimen de los recursos naturales..." op. cit., pp. 21-38. Jurisprudencialmente también se han visto así, por ejemplo, en sentencia N° 103 del 14 de marzo de 1991 de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado emérito Román José Duque Corredor, se declaró el carácter de contratos administrativos de las concesiones mineras "...los actos impugnados constituyen concesiones mineras, que caben dentro del género de contratos administrativos, que no obstante presentar una parte legal o estatutaria, sin embargo, no dejan de tener una naturaleza fundamentalmente contractual... Ahora bien, los títulos en cuestión contienen **los contratos** de dichas concesiones, que confieren al concesionario **el derecho exclusivo de extraer y aprovechar** minerales propiedad de la República... y cuyas cláusulas regulan el ejercicio de aquel derecho y determinan las ventajas especiales que se reconocen a la Nación, así como la reversión en favor de ésta de las obras y mejoras, enseres, equipos, y accesorios y cualesquiera bienes adquiridos con destino al objeto de la concesión, y **los motivos de caducidad o extinción de la concesión**, adicionales a los previstos en la Ley de Minas... así como por el contenido de sus cláusulas, los contratos a que se refieren los títulos antes mencionados, **son contratos administrativos**, y así se declara" (negritas nuestras). En semejante y aproximado sentido, más recientemente, sentencias de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1836 del 7 de agosto de 2001; N° 1447 del 8 de agosto de 2007; N° 1929 del 27 de noviembre de 2007; N° 847 del 17 de julio de 2008; N° 395 del 25 de marzo de 2009 y N° 1468 del 2 de noviembre de 2011. En similar sentido en la doctrina extranjera, MARIENHOFF, Miguel Santiago, *Tratado...* op. cit., p. 351, quien cita a varios autores (Duguit, Waline, Villegas Basavilbaso, Bercaitz, Laubadere, Spota) coincidiendo con el en el carácter bilateral de la concesión demanial. También en el mismo sentido, recientemente, haciendo una crítica sustentada en la legislación actual LOPEZ RAMON, Fernando, *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2012, pp. 155-159.
- 5 VILLAR PALASI, José Luis, en la voz "Concesiones administrativas" de la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Barcelona, tomo IV, 1952, p. 684 y ss. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, "Concesiones de aguas continentales" en *Dominio Público: Aguas y Costas*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 57 y ss. También, el prólogo de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo al libro de BERMUDEZ SANCHEZ, Javier, *Obra pública y medio ambiente. EL Estado y la Administración ante el territorio*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2002. MENENDEZ REXACH, Ángel, "La concesión demanial..." op. cit., p. 2120-2124.
- 6 Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.394 del 25 de octubre de 1999.
- 7 "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".

74 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos⁸ en el cual se establece que las concesiones sobre bienes públicos cuyo otorgamiento autoriza la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se regirán por lo dispuesto en las leyes especiales que regulen la materia de concesiones⁹, la cual no es otra que la primera arriba mencionada, se establecen taxativamente las causales de las concesiones:

- a) Cumplimiento del plazo por el que se otorgó con sus modificaciones si procediere;
- b) Mutuo acuerdo entre el ente concedente y el concesionario;
- c) Por rescisión del contrato debida a incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario;
- d) Por rescate anticipado;
- e) Por quiebra del concesionario; y
- f) Las que se estipulen en el pliego de condiciones y en el contrato.

En la actividad minera, el Decreto con rango y fuerza de Ley de Minas¹⁰ constituye el marco normativo especial de las concesiones mineras¹¹, siendo de aplicación supletoria en lo no estipulado en la Ley especial de Minas, el Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de Concesiones¹².

El artículo 97 de la Ley de Minas establece que los derechos mineros (y por consiguiente, la concesión minera) se extinguen por el vencimiento del término por el cual fueron otorgados, sin necesidad de pronunciamiento alguno. Del artículo 96 de la misma Ley se desprende la extinción de los derechos por ilegalidad e ilegitimidad en el otorgamiento de la concesión y en el artículo 98

ejusdem, se establecen las causales de caducidad de las concesiones mineras:

1. Cuando no se efectúe la exploración dentro del lapso máximo de tres (3) años, prorrogable por un (1) año más.
2. Cuando no se presenten los planos de exploración y explotación, dentro del lapso previsto en el numeral anterior.
3. Cuando no se inicie la explotación dentro del lapso máximo de siete (7) años contados a partir de la publicación del respectivo título en la Gaceta oficial.
4. Cuando se paralice la explotación por un lapso mayor a un (1) año, a menos que medien causas de fuerza mayor o casos fortuitos.
5. Por la falta de pago durante un (1) año de los impuestos o multas exigibles conforme a la Ley.
6. Cuando no se entregue el estudio de factibilidad técnico, financiero y ambiental en el lapso previsto, conforme a las normas aplicables¹³.
7. El incumplimiento de las ventajas especiales ofrecidas por el solicitante a la República.
8. Incurrir en más de tres (3) ocasiones en un periodo de seis (6) meses en infracciones legales que hayan originado la aplicación de las sanciones pecuniarias máximas establecidas en la Ley de Minas, y
9. Cualquiera otra causal expresamente prevista en el título minero respectivo.

Pero, ¿qué es la caducidad? ¿Cómo es tratada en el derecho público? La caducidad en derecho es la pérdida de una situación subjetiva activa

8 Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.155 del 19 de noviembre de 2014.

9 Las únicas concesiones sobre Bienes Públicos cuyo otorgamiento autoriza la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.908 del 19 de febrero de 2009) son las establecidas en el aparte final de su artículo 113, así: "Cuando se trate de explotación de **recursos naturales propiedad de la Nación** o de la prestación de servicios de naturaleza pública 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" (negritas nuestras).

10 Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.382 del 28 de septiembre de 1999.

11 Así se desprende del artículo 1 de la misma. De igual manera el legislador general en materia de Bienes Públicos dispuso que se regirán por sus respectivas leyes y solo supletoriamente por lo establecido en la legislación general de Bienes Públicos, 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 (artículo 15, numeral 1° del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos).

12 BREWER-CARIAS, Allan R., "Notas sobre las concesiones...op. cit., pp. 429-431. Vid sentencias de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1836 del 7 de agosto de 2001; N° 1447 del 8 de agosto de 2007; N° 1929 del 27 de noviembre de 2007; N° 847 del 17 de julio de 2008; N° 395 del 25 de marzo de 2009 y N° 1468 del 2 de noviembre de 2011.

13 Sobre el estudio de factibilidad e impacto ambiental y su tratamiento actualizado, puede verse con sumo provecho la monografía del Profesor QUINTANA LÓPEZ, Tomás, *Concesión de minas y protección del medio ambiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp.119 y ss. Más recientemente QUINTANA LÓPEZ, Tomás y CASARES MARCOS, Anabelén "La evaluación del impacto ambiental de las minas" en FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón, PRIETO DE PEDRO, Jesús y TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel (Coordinadores) *El camino de Santiago y otros itinerarios*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 677 y ss.

(derecho, en sentido lato) que se verifica por la inobservancia de una determinada conducta impuesta por una norma para la conservación de tal situación cuando ya se goza de ella o, en caso contrario, si no se la tenía, para la adquisición de tal situación¹⁴.

De este concepto de caducidad amplio, que abarcaría inclusive supuestos en que ella opera por violación de un deber (a título de pena), se individualiza el supuesto en que la caducidad tiene como presupuesto el no cumplimiento del específico comportamiento previsto en una norma o convención durante el término prefijado, aquí se habla de caducidad en sentido estricto. En este último sentido es que la caducidad opera en materia de derecho administrativo, y más específicamente en casos de contratación pública; de allí la importancia de caracterizar a la concesión, y a la concesión demanial como especie de aquella, como actuación bilateral de la Administración. La caducidad procede entonces cuando el concesionario incurre en incumplimiento de las obligaciones a su cargo, siempre que dicho incumplimiento le sea imputable.

Es importante determinar el alcance de lo que debe quedar comprendido dentro de la figura de la **caducidad**. Así, por ejemplo, la **revocación** de una concesión es un medio de extinción de la misma que tiene como fundamento la ilegalidad o ilegitimidad del acto o por razones de interés público (oportunidad, merito o conveniencia); en este último caso entra el caso del rescate anticipado a que se contraen los artículos 46, numeral d, y 53 del Decreto Ley de Concesiones¹⁵. El primero caso está referido a supuestos de concesiones otorgadas con vicios legales, a requisitos esenciales para la existencia válida del acto; esto solo opera lógicamente cuando de la misma concesión aún no han nacido derechos a favor del concesionario, y ejercida por la administración concedente como una forma de su potestad de autotutela, ya que en

caso contrario, si ya han nacido derechos a favor del concesionario, esto es, ejerciendo la concesión, en estos casos, se deberá recurrir a la autoridad jurisdiccional competente que declare la **nulidad** de la concesión¹⁶.

Como puede verse, la **caducidad** implica la extinción de un derecho o de una facultad, por incumplimiento imputable de una de las partes vinculada por una relación contractual. Es lo que se asemeja en las formas de extinción de los contratos en el derecho privado como la **resolución**, donde se subordina la extinción al cumplimiento de lo pactado o aceptado en el momento de la celebración del contrato. De la lectura de las casuales de caducidad de derechos mineros se desprende que la misma es una verdadera sanción por actos imputables al concesionario. La **revocación** tiene como efecto también la extensión de un derecho o de una facultad, pero por voluntad de una de las partes. Por último, la **rescisión** extingue la relación contractual por mutuo consentimiento, existe acuerdo de voluntades, conforme a la causal de extinción de mutuo acuerdo entre el concedente y el concesionario (Artículo 46, literal b del Decreto-Ley de Concesiones)¹⁷.

3. Garantías del concesionario frente a la declaración de caducidad y efectos de la misma

En el caso que nos ocupa, la Ley de Minas establece que la extinción de los derechos mineros y las caducidades establecidas en la misma, se declararan por resolución del Ministerio respectivo, la cual deberá ser publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela¹⁸.

De igual manera, la legislación general de concesiones establece la necesidad previa de declaratoria de incumplimiento grave del contrato de concesión, acordada con fundamento

14 MELICH ORSINI, José, *La prescripción extintiva y la caducidad*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2da. Edición, Serie estudios N° 58, Caracas, 2006, p.159. LAFUENTE BENACHES, María Mercedes, *La concesión de dominio público: estudio especial de la declaración de su caducidad*, Montecorvo, Madrid, 1988. MESTRE DELGADO, Juan Francisco, *La extinción de la concesión de servicio público*, La Ley, Madrid, 1992, pp. 210-218. RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *La caducidad en el derecho administrativo español*, Montecorvo, Madrid, 1993.

15 Artículo 53 del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones: "Rescate anticipado: Las concesiones podrán rescatarse anticipadamente por causa de utilidad o interés público, mediante acto administrativo debidamente motivado del ente concedente. En estos casos procederá la indemnización integral del concesionario, incluyendo la retribución que dejare de percibir por el tiempo que reste para la terminación de la concesión. En el pliego de condiciones se establecerán los elementos o criterios que servirán para fijar el monto de la indemnización que haya de cubrirse al concesionario. Si el concesionario estuviere conforme con el monto de la indemnización, la cantidad que se señale por este concepto tendrá carácter definitivo. Si no estuviere conforme, el importe de la indemnización se determinara mediante alguno de los mecanismos de solución de conflictos contemplados en este Decreto-Ley"

16 MARIENHOFF, Miguel Santiago, *Tratado del Dominio Público*, op. cit., pp. 384-387.

17 Conforme a esto, la estipulación del artículo 46, literal c, del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones, relativa a la causal de extinción de la concesión por rescisión del contrato debida a incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, es errónea. Allí cabe hablar solo de caducidad por los fundamentos de la misma ya explicados, que como se dijo atiende a la forma de extinción de los contratos. Se puede hablar de rescisión unilateral del contrato, mas no cabe su apropiado uso en el caso de incumplimiento de obligaciones de un concesionario.

18 Artículo 108 del Decreto con rango y fuerza de Ley de Minas.

en alguna de las causales establecidas en el Decreto-Ley de concesiones, en el respectivo contrato de concesión o en el pliego de condiciones del mismo, de lo cual se desprende el carácter taxativo y cerrado de los motivos para declarar el incumplimiento grave *ab initio* y consecuentemente la caducidad. La declaratoria de incumplimiento grave es dictada por el ente concedente sin necesidad de pronunciamiento judicial¹⁹.

La declaratoria de caducidad, aun en los supuestos de su procedencia legal, no es una atribución meramente potestativa de la Administración concedente; se requiere comprobación de los hechos que la autoricen. Es preciso que el incumplimiento sea imputable al concesionario. La ley de concesiones se refiere, así mismo, a incumplimiento grave del concesionario, a obligaciones esenciales a cargo del concesionario. En este sentido, el Decreto-Ley de concesiones establece en su artículo 51 que se consideran supuestos de incumplimiento grave, amén de lo que se establezcan en el contrato o pliego de condiciones:

- a) Demoras no autorizadas en la construcción de las obras, por periodos superiores establecidos en el pliego de condiciones.
- b) Falta de cumplimiento reiterado de los niveles mínimos de calidad del servicio establecidos en el pliego de condiciones.
- c) Cobranza reiterada de tarifas superiores a las autorizadas.
- d) Incumplimiento reiterado de las normas de conservación de las obras, especificadas en el pliego de condiciones.
- e) No constitución o reconstitución de las garantías en los plazos y condiciones estipuladas en el pliego de condiciones.

De aquí se desprende la necesaria valoración y motivación por parte de la administración concedente de las causas de incumplimiento; las mismas deben presentar condiciones suficientes de gravedad y relevancia, en términos de proporcionalidad, que impone una necesaria relación de adecuación entre los medios empleados y la finalidad perseguida, tanto en el plano de la regulación, vinculante para el legislador y el reglamentista, como en el de la ejecución o adopción de medidas concretas, esto es, la vinculación de la Administración a este importante principio²⁰. El principio de proporcionalidad se aplica de esta forma, con carácter general, a toda actuación administrativa susceptible de restringir el ejercicio de derechos subjetivos, y no únicamente a la imposición de sanciones administrativas. De allí que la inclusión en los pliegos concesionales de cláusulas que contemplen la extinción del título concesional por incumplimiento de cualquiera de las condiciones establecidas, sin especificar o diferenciar las que fueren esenciales o no esta proscrita, y deben considerarse inválidas ex artículo 20 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Igual lo serán las estipulaciones contractuales que sobrepasen, vayan más allá o sean más gravosos para el concesionario que los supuestos de incumplimiento grave a que se contrae el artículo 51 del Decreto-Ley de concesiones como legislación general en materia concesional, ya que la legislación especial de Minas no dice nada al respecto.

Así mismo, a pesar que la legislación general y especial no establece nada al respecto, para que tenga lugar la declaratoria de caducidad es necesario que se trate de incumplimientos actuales; es decir, que deben excluirse del ejercicio de la potestad de declaración de caducidad aquellos incumplimientos que hubiesen sido ya corregidos o subsanados por el concesionario en el momento en que se pretende ejercer la potestad tendente a la declaración de caducidad. Este requisito

19 Artículo 50 del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones.

20 Sobre el principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico-administrativo venezolano, vid., entre otros, CASAL HERNANDEZ, Jesús María "Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales" AA.VV (Coordinadores: ARISMENDI, Alfredo, CABALLERO ORTIZ, Jesús) en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías. Tomo III*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 2515-2535, también en, *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006. Más recientemente, del mismo autor, con mayor profundidad, *Los Derechos fundamentales y sus restricciones*, LEGIS, 1ª edición, Caracas, 2010, pp. 28 y ss. GHAZZAOU, Ramsis, "El principio de proporcionalidad en la actividad de la Administración Pública" en *I Jornada de Derecho Constitucional Administrativo en Homenaje al Dr. Giovanni Nani*. Universidad Arturo Michelena, Valencia, 2014, pp. 129 y ss. En la doctrina extranjera, destaca el extraordinario número monográfico coordinado por BARNES VAZQUEZ, Javier, *El principio de proporcionalidad. Cuadernos de Derecho Público N° 5*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 1998. RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María, La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2000, pp. 55 y ss. BERNAL PULIDO, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª edición, Madrid, 2007. CARLON RUIZ, Matilde, "El principio de proporcionalidad" en SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso (Director) *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2010, pp. 203 y ss. Este principio se encuentra tasado en nuestra legislación en los artículos 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2.818 del 1 de Julio de 1981) y 10 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.147 del 17 de noviembre de 2014).

tiene cabida en el derecho público debido a que es criterio doctrinario mayoritario, trasladado a la legislación sectorial, que la caducidad no se produce hasta que es formalmente declarada por la Administración²¹. En materia minera, consideramos esto tiene fundamento en la posibilidad que tiene el concesionario minero de pagar los impuestos y multas dejados de cancelar en el tiempo original requerido (1 año) y pedir al ente concedente declare extinguida la causal de caducidad (artículo 98, numeral 5 y artículo 99, numeral 2 del Decreto con rango y fuerza de Ley de Minas).

Se establece en el Decreto-Ley de concesiones un procedimiento previo a la declaratoria de caducidad. En este sentido, se abrirá un procedimiento destinado a constatar la situación de hecho, a establecer la responsabilidad que pudiera haber al concesionario y tomar las decisiones de acuerdo con las atribuciones del ente concedente. A tal efecto, notificará al concesionario, otorgándosele un plazo de diez (10) días contados a partir de su notificación, prorrogable por diez (10) días más, para decidir en forma motivada, con audiencia del interesado y plena observancia de sus garantías constitucionales. Comprobada el incumplimiento grave se nombrará un interventor con el propósito de impedir o evitar la paralización de la obra, quien tendrá solo facultades de administrador; este cesará cuando reasume el concesionario. Pasados noventa (90) días sin que reasuma el concesionario sus funciones se entenderá que hay incumplimiento grave y se procederá a la declaratoria de extinción de la

concesión por caducidad, previo audiencia del concesionario²². En el caso de las concesiones mineras, la Ley de Minas permite recurrir en sede administrativa contra las decisiones del ente concedente que declare extinguidos los derechos mineros de una mina o declare la caducidad del título concesional, a través de los procedimientos recursivos estipulados en la Ley de Procedimientos Administrativo²³.

En relación al procedimiento, la regla general es que las medidas administrativas que entrañen una cierta gravedad deben ser tomadas utilizando un procedimiento contradictorio que implica que el afectado tiene derecho a ser informado sobre la existencia del procedimiento y las alegaciones esenciales que se hagan²⁴.

Sobre los efectos de la declaratoria de caducidad, la misma opera ex nunc, vale decir para el futuro y a partir del acto administrativo declarativo de caducidad o extinción de derechos concesionales. El efecto principal es la extinción del derecho a seguir ejercitando el uso privativo y excluyente.

Con relación a los bienes del concesionario, la legislación especial de minas establece la figura de la reversión de bienes en materia concesional, estipulando que las tierras, obras permanentes (incluyendo instalaciones, accesorios y equipos), así como cualesquiera bienes muebles e inmuebles pasaran en plena propiedad a la República, libres de gravámenes y cargas, sin indemnización alguna al concesionario, a la extinción de los derechos mineros, cualquiera sea la causa de la misma²⁵.

21 Sobre este y otros aspectos relativos a las garantías del concesionario aquí analizadas puede verse RODRIGUEZ-ARANA, Jaime, "Reflexiones sobre la caducidad en el Derecho Público" en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número 5, 1994, pp. 346 y ss. También, más recientemente, MESTRE DELGADO, Juan Francisco y LOZANO CUTANDA, Blanca, "Las garantías del concesionario en la caducidad de las concesiones de dominio público: el caso de los aprovechamientos de aguas" en SORIANO GARCIA, José Eugenio (Director) y ESTEPA MONTERO, Manuel (Coordinador), *Por el Derecho y la Libertad, Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Volumen II, Garantías del ciudadano en el régimen administrativo, Iustel, Madrid, 2014, pp.1970-1988.

22 Artículos 52 y 51, último aparte del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones.

23 Artículo 108, último aparte, Decreto con rango y fuerza de Ley de Minas.

24 HOYOS, Arturo, *El debido proceso*, Temis, Bogotá, 2004, p. 98. En este sentido, frente al incumplimiento contractual la Administración tiene la potestad de rescindir unilateralmente el contrato, pero respetando los derechos subjetivos o intereses legítimos de los concesionarios, así sentencias SPA/TSJ 60 del 6 de febrero de 2001 y SC/TSJ del 20 de junio de 2000, caso Aerolink Internacional, S.A. Sin embargo, en otros fallos la sala político administrativa del Tribunal Supremo de Justicia apoyada en la premisa que por ser la extinción o rescisión anticipada una prerrogativa que la Administración ha de utilizar oportunamente para garantizar la correcta prestación del servicio público correspondiente, en consecuencia la decisión puede tomarse sin necesidad de procedimiento previo y sin informar al contratista. En este último sentido sentencias de la SPA/TSJ N° 1836/2001, 1447/2007, 1217/2009 y más recientemente 1391 del 26 de octubre de 2011, donde señalo: "...ciertamente, conforme al citado criterio jurisprudencial la Administración puede terminar la relación contractual cuando considere que la concesionaria ha incumplido sus obligaciones. En el caso concreto, de acuerdo con lo establecido en la convención bajo análisis y en ejercicio de las prerrogativas mencionadas, a la Gobernación del Estado Bolívar le estaba dado rescindir el contrato celebrado con CILACA en cualquier momento, ante el incumplimiento de alguna de las estipulaciones contractuales por parte de la contratista. Ahora bien, debe resaltarse que la Administración no se encontraba obligada a iniciar un procedimiento administrativo para rescindir el contrato sino que resultaba suficiente basar su decisión en hechos concretos y notificar su decisión a los particulares, en virtud del principio de legalidad (Vid. sentencia de esta Sala N° 00614 del 13 de mayo de 2009)". Este último criterio nefasto de la Sala donde se impide el derecho de defensa del concesionario negándosele la posibilidad de demostrar que los hechos que le imputan no son ciertos o son producto de la tergiversación de los mismos por parte de la Administración concedente debe ser proscrito y rechazado de manera rotunda. En este sentido, ver con provecho CANONICO SARABIA, Alejandro "Reflexiones sobre el debido proceso administrativo y la potestad de rescisión de los contratos de concesión" en GHAZZAOUI, Ramsis (Coordinador) *Constitución, Derecho Administrativo y Proceso: vigencia, reforma e innovación*. XVII Jornadas Centenarias Internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2014, pp. 487, 488.

25 Artículo 102 Decreto con rango y fuerza de Ley de Minas.

La reversión puede definirse como un efecto de la caducidad de las concesiones. Para un sector doctrinario se trata de una consecuencia de carácter económico que se produce cuando se extingue la concesión²⁶.

La legislación general sobre concesiones incorpora la reversión de obras y servicios que por estar afectos a la obra o al servicio de que se trate revertirán al ente concedente, así como la estipulación que el contrato de concesión se determinara las obras, instalaciones o bienes no sujetas a reversión, y las que podrán serlo previo pago de su precio al concesionario²⁷. Esta última estipulación consideramos es aplicable únicamente a concesiones de obras o servicios públicos. Sin embargo, el artículo 60 del Decreto-Ley de concesiones si establece la reversión de bienes a la luz del Derecho Minero "Los bienes o derechos que por cualquier título adquiera el concesionario para ser destinados a la concesión pasaran a formar parte del dominio público desde que se incorporen o sean afectados a las obras, sea por adherencia o por destinación. Quedan a salvo las obras, instalaciones o bienes que por no estar afectados a la concesión permanecerán en el patrimonio del concesionario según lo establezca el respectivo contrato"²⁸.

La declaración de caducidad como criterio general no genera para el concesionario indemnización alguna, pues la extinción de la concesión, en definitiva, se deberá a un hecho del que el concesionario es responsable. Esta, la indemnización, solo opera en casos de rescate anticipado de la concesión, como por ejemplo, las inversiones no amortizadas producto de la revocación.

La declaratoria de caducidad no se reputa como ejercicio de una potestad sancionadora, a pesar de estar vista como una verdadera sanción en contra del concesionario. La caducidad es una potestad administrativa que se justifica en la protección de los intereses públicos concretados en el título concesional, tratando de garantizar que las condiciones que justificaron su otorgamiento

se cumplen y mantienen en todo momento, evitando con ella que los incumplimientos que pueda cometer el concesionario perjudiquen a aquellos intereses²⁹.

Para finalizar, con referencia al control de los actos objeto de caducidad de concesiones, no existe en los tribunales contencioso administrativos del país unanimidad de criterios sobre la acción judicial que se debe implementar para conocer la pretensión vinculada con la impugnación de un acto administrativo dictado por la administración concedente que ponga fin unilateralmente a un contrato de concesión por incumplimiento de sus obligaciones. Para algunos, la acción judicial idónea es la demanda de nulidad en contra del acto administrativo, que se tramitaría por el procedimiento común a las demandas de nulidad de actos, interpretación de normas y controversias administrativas, previsto en el artículo 76 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA)³⁰; y para otros, la acción sería una demanda de contenido patrimonial, porque es a través de ese procedimiento que se conocen las pretensiones derivadas de la interpretación, validez, nulidad, caducidad, y cumplimiento de contrato.

Este último, es el criterio imperante en la jurisprudencia nacional, desde antes de la vigencia de la LOJCA, con algunas vacilaciones, en este sentido, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, determinó en la sentencia N° 633 del 30 de abril de 2003, entre otras³¹, que "es la demanda por cumplimiento de contrato y no el recurso contencioso administrativo de nulidad, el medio de impugnación idóneo para recurrir en contra de este tipo de actos administrativos, donde la Administración decide dar por terminado anticipadamente un contrato de concesión por el supuesto incumplimiento de la parte contratista de las obligaciones allí estipuladas". Comenta la sentencia que la declaratoria de nulidad del acto de resolución no es capaz por sí sola de satisfacer plenamente las solicitudes hechas normalmente por los demandantes, las cuales están fundamentalmente referidas a

26 GARRIDO FALLA, Fernando, "Efectos económicos de la caducidad de las concesiones de servicios" en *Revista de Administración Pública (RAP)* N° 45, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pp. 231 y ss.

27 Artículo 48 del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones.

28 Un análisis histórico e integral de la figura de la reversión en el Derecho Minero en Venezuela puede verse en DUQUE SANCHEZ, José Román, *Manual de Derecho Minero venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Tercera edición, Editorial Sucre, Caracas, 1974, pp. 380 y ss.

29 MESTRE DELGADO, Juan Francisco y LOZANO CUTANDA, Blanca, "Las garantías del concesionario...op. cit., p. 1988.

30 TORREALBA SANCHEZ, Miguel Ángel, "Las actuaciones bilaterales: los contratos públicos y los convenios en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa" en *La Actividad e Inactividad Administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp.221-257, p. 251, para el autor: "...La solución que a nuestro modo de ver impone la Ley conduce a sostener que en tales hipótesis, es decir, frente a pretensiones que se contraigan exclusivamente a plantear la declaración judicial de invalidez de actos administrativos, el procedimiento aplicable es el denominado por la Ley "común a las demandas de nulidad de actos administrativos, interpretación y controversias administrativas" (...)

31 Sentencias de la Sala Político Administrativa del TSJ, Nos. 1063/2006, 1794/2007, 614/2009, 1010/2009, 1073/2009, 1217/2009, 490/2010, 1238/2011 y 1394/2011. El criterio se ha mantenido luego de la vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

demostrar que las contratistas no han incurrido en incumplimiento de las obligaciones que les imponía el contrato, y que este tipo de pretensión sólo puede ser satisfecha apropiadamente, con la interposición de una demanda de cumplimiento de contrato, en la cual sí se podría imponer al ente contratante, de resultar vencedora la contratista, el deber de cumplir con la contraprestación que le impone la convención celebrada entre ambos, no sólo la declaratoria de nulidad del acto que dictara la administración, sino la condenatoria a la indemnización a que hubiere lugar y a las prestaciones debidas³².

Así mismo y de manera aislada la misma Sala Político Administrativa del máximo tribunal, sostuvo un criterio aliviado, en la Sentencia Nro. 1391 del 26 de octubre de 2011, al manifestar que:

“Ahora bien, cabe mencionar que la Sala ha venido sosteniendo el criterio según el cual los actos de rescisión del contrato administrativo son actos de ejecución contractual. Así, dado que la manifestación de voluntad de la Administración no puede desvincularse del respectivo convenio,

la vía para impugnar la terminación anticipada de los contratos administrativos no es la del recurso de nulidad, sino el contencioso de las demandas, pues la declaratoria de nulidad del acto de rescisión no permite por sí sola la satisfacción plena de las peticiones planteadas por los demandantes derivadas del alegado cumplimiento del contrato, lo que supondría la obligación de la Administración de cumplir con la prestación debida.

Lo antes expuesto no significa que mediante el ejercicio del recurso de nulidad no sea posible condenar el pago de sumas de dinero o a la reparación de daños y perjuicios, pues tal conclusión sería contraria a lo dispuesto en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pero implica que el procedimiento para demandar dependerá de la pretensión, de manera que si ésta va dirigida a obtener el cumplimiento del contrato, la vía idónea sería la ordinaria. (Vid. decisiones Nos. 01063 del 27 de abril, 01766 del 12 de julio y 02034 del 9 de agosto de 2006 y 921 del 9 de julio de 2007).³³ ☒

32 TORREALBA SANCHEZ, Miguel Ángel...Op. cit., p. 253, "...se trata de una discutible conclusión, toda vez que el órgano judicial asume -sin justificar el por qué- que en todos los casos de pretensiones de nulidad de actos administrativos vinculados con relaciones contractuales, la decisión requería la tramitación del proceso regulado en el juicio ordinario".

33 CANONICO SARABIA, Alejandro "Reflexiones sobre el debido proceso administrativo...Op. cit., p. 489-491.