

SOBRE EL MINERAL DE ORO  
EXTRAÍDO DE CARA A LA CATEGORÍA  
DE BIENES NO PÚBLICOS ESTABLECIDA  
EN EL DECRETO N° 9.041  
CON RANGO, VALOR Y FUERZA  
DE LEY ORGÁNICA DE BIENES PÚBLICOS

Miguel Angel Basile Urizar\*

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto analizar la naturaleza del mineral de oro extraído de cara al Decreto N° 9.041 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos<sup>1</sup>, de cara a la clasificación de los Bienes Públicos y no Públicos.

Para ello, debemos en primer lugar repasar brevemente los antecedentes del régimen jurídico minero del oro en Venezuela hasta la publicación del Decreto N° 8.413 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y auxiliares a estas<sup>2</sup> y luego analizar la naturaleza de los yacimientos de oro y el mineral extraído.

---

\* Obtuvo su título de abogado en la Universidad Católica Andrés Bello en 2010. En 2013 culminó la carga académica de la Especialización de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello y se encuentra actualmente preparando el trabajo especial de grado para obtener el título universitario correspondiente. Su ejercicio profesional se centra en las áreas de Derecho Administrativo y Regulatorio

1 *Gaceta Oficial* N° 39.952 Ordinario de 26 de junio de 2012.

2 *Gaceta Oficial* N° 39.759 Ordinario de 16 de septiembre de 2011.

## I. ANTECEDENTES EN MATERIA DE MINERÍA DE ORO EN VENEZUELA

Históricamente en Venezuela se adoptó respecto a la exploración y explotación de los yacimientos o minas el sistema regalista<sup>3</sup> que derivó de la legislación española y de indias<sup>4</sup>. En este orden de ideas, el referido sistema consistía en que dichos bienes eran propiedad del Estado, sin embargo, los particulares que descubrieran o denunciaran su existencia tenían un derecho favorable para que se les otorgue una concesión<sup>5</sup>.

A tal efecto, dicho régimen jurídico fue regulado paulatinamente de manera más amplia, ya que se incluyó por ejemplo el carácter de temporalidad de las concesiones mineras que eran otorgadas<sup>6</sup>.

Ahora bien, a diferencia de las normas que le precedían, la Ley de Minas en el año 1945<sup>7</sup> no hizo referencia expresa de que estas eran propiedad de la República, aun cuando se indicara, como excepción, que ciertos minerales ubicados en el subsuelo pertenecen al propietario del suelo<sup>8</sup>. En todo caso comienza por declarar, en el artículo 1, de

3 El sistema básicamente consistía en que las minas o yacimientos mineros son propiedad de la República, pero que al darse ciertas condiciones los particulares gozaban de un derecho especial para la exploración y explotación de estos. Así, DUQUE SÁNCHEZ señala con respecto al sistema regalista lo siguiente:

“(…) la propiedad de las minas se atribuye al Estado como dueño originario, afirmación que surge en virtud de considerar al mismo Estado con carácter de tutor de la riqueza pública, quien está impedido de explotarlas, debiendo concederlas a los particulares que las soliciten. Bajo las condiciones y llenando los requisitos que la Ley establezca” (GONZÁLEZ-BERTI, Luis, *Compendio de Derecho Minero Venezolano*, Tomo I, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Mérida, 1969, pp. 127).

4 *Ibid.*, pp. 59-72.

5 DUQUE SÁNCHEZ, José Román, *Manual de Derecho Minero Venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1966, p. 49.

6 AMORER, Elsa, *El Régimen de la Explotación Minera en la Legislación Venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, pp. 2-27, 65-78.

7 *Gaceta Oficial* N° 121 Extraordinario de 18 de enero de 1945.

8 Artículo 7°.- Las piedras de construcción y de adorno o de cualquiera otra especie, que no sean preciosas, el mármol, pórfido, caolín, magnesita, las arenas, pizarras,

utilidad pública “*todo lo concerniente a las minas, criaderos, depósitos o yacimientos minerales situados en Venezuela*”. Asimismo, consagró, en el artículo 2, el sistema regalista de las minas en tanto “*con las excepciones establecidas*” (...) en sus artículos “*pueden ser objeto de denuncia, en la forma legal, todos los minerales comprendidos en las disposiciones de esta Ley*”. A todo evento, el Ejecutivo tenía, conforme al artículo 11, la potestad para reservar las actividades de exploración y explotación de tales minerales y por tanto: (i) sustrayéndolos del sistema regalista al de dominial<sup>9</sup>; y (ii) limitando el ejercicio de actividades sólo a las personas a quienes se les otorgue concesiones –ajenas al procedimiento de denuncia– o por actividad directa por parte del Estado.

Ello tuvo como consecuencia que parte de la doctrina cuestionara la propiedad minera por parte del Estado, aun cuando ello era inviable considerando que regía el sistema regalista tomando en cuenta la evolución histórica del régimen<sup>10</sup>. Por nuestra parte, entendemos que de las disposiciones antes comentadas puede derivarse una posición

---

arcillas, calizas, yeso, puzolanas, turbas, las sustancias terrosas y el guano, pertenecen al propietario del suelo, quien puede explotarlas sin formalidades especiales. La explotación de dichas materias queda sujeta a la vigilancia de la autoridad en cuanto a la policía y seguridad de las labores.

9 Es decir, que se eliminaba la posibilidad de efectuar denuncias y por tanto tener un derecho favorable para que se le otorgue concesiones (DUQUE SÁNCHEZ, José Román, 1966, Op. cit., p. 49)..

10 Sobre el particular, BAHRI PINTO indicó lo siguiente:

“(...) se hace este recuento, sólo a los efectos de demostrar, que hubo apatía legislativa, para adecuar tan importante declaración a su justa dimensión jurídica, lo cual debió ocurrir con la aparición en escena de la Constitución de 1.961, que por el momento histórico en la cual fue redactada, y con la presencia de los ilustres constituyentes que intervinieron en ese proceso, pareció inconcebible el lapsus. En el derogado texto constitucional, se limitó a establecer como competencia del poder nacional, el régimen y administración de las minas, en el ordinal 10mo del artículo 136, lo cual sirvió de punto de controversia entre constituyentes, legisladores y doctrinarios, cuando se pretendió indicar, que a tal redacción se le debía entender como generadora de la manifestación de voluntad de la nación respecto a la propiedad minera; lo cual es totalmente incierto (...). La República nunca abandonó su dominio y posesión sobre las minas, ni siquiera en momentos cuando el sistema regalista regía a plenitud” (BAHRI PINTO, José Ramón, “La propiedad minera y la propiedad superficial en la legislación venezolana”, *Anuario*, Volumen 29, Universidad de Carabobo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Valencia, 2006, p. 29).

del dominio público como potestad o *publicatio*<sup>11</sup> de la actividad de exploración y explotación de las minas o yacimientos en vez de una propiedad en el sentido que le es propio desde una perspectiva civilista, sin embargo no observamos que eso haya sido considerado por la doctrina.

En todo caso, en el ejercicio de las concesiones otorgadas se establecían ciertas obligaciones que escapaban al régimen de derecho común, como la presunción, establecida en el artículo 34, salvo prueba en contrario, de la existencia del mineral y su cualidad industrial y económicamente explotable. Ello por cuanto el hecho de que a pesar de que haya otorgamiento del título por parte de la República, esta no se hacía responsable frente al concesionario de la verdad de tales hechos.

Ahora bien, con la publicación del Decreto N° 2.039<sup>12</sup> se reservó “*la exploración y explotación en el territorio nacional, de todos los minerales a que se refiere el artículo 2° de la Ley de Minas que no hubieren sido reservados previamente*”, eliminándose, para el futuro, cualquier posibilidad de que los yacimientos minerales fuesen objetos de denuncia, incluyendo el oro.

Partiendo de lo anterior, se dictaron distintas normas que regulaban la materia, tales como el procedimiento para el otorgamiento de las concesiones<sup>13</sup>, los requisitos derivados del régimen jurídico de protección del ambiente<sup>14</sup>, la delegación, asignación, encomienda del

---

11 VERGARA BLANCO, Alejandro, “El problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral”, *Revista de la Administración Pública*, 173, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 457 y ss.

12 *Gaceta Oficial* N° 31.175 Ordinario de 15 de febrero de 1977.

13 Resolución N° 87 sobre las Normas aplicables a la explotación minera de oro y diamante de aluvión; Resolución N° 115 sobre las Normas para el otorgamiento de concesiones y contratos mineros (*Gaceta Oficial* N° 34.448 Ordinario de 16 de abril de 1990).

14 Decreto N° 1.257 sobre las Normas sobre evaluación ambiental de actividades susceptibles de degradar el ambiente (*Gaceta Oficial* N° 35.946 Ordinario de 25 de abril de 1996).

ejercicio directo de la exploración y explotación<sup>15</sup> y el comercio del mineral del oro<sup>16</sup>.

Con la publicación de la Constitución de 1999 se consagró, en el artículo 2 –aun cuando según la doctrina ya en la Constitución de 1961 imperaba dicha figura<sup>17</sup>–, expresamente a la República Bolivariana de Venezuela como un Estado Social de Derecho, lo cual ciertamente tuvo implicaciones en la dinámica entre los derechos de los particulares y la intervención del Estado en sus actividades<sup>18</sup>.

15 Decreto N° 845 (Gaceta Oficial N° 34.458 Ordinario de 2 de mayo de 1990); Resolución N° 165 (Gaceta Oficial N° 34.460 Ordinario de 4 de mayo de 1990); Decreto 1.409 (Gaceta Oficial N° 34.627 Ordinario de 3 de enero de 1991); Resolución N° 02 (Gaceta Oficial N° 34.632 Ordinario de 10 de enero de 1991); Decreto 1.448 (Gaceta Oficial N° 34.655 Ordinario de 14 de febrero de 1991); Decreto 3.281 (Gaceta Oficial N° 35.366 Ordinario de 22 de diciembre de 1993); Decreto 1.384 (Gaceta Oficial N° 36.000 Ordinario de 15 de julio de 1996).

16 Resolución N° 84-01-01 (Gaceta Oficial N° 32.901 Ordinario de 20 de enero de 1984); Resolución 89-09-01 (Gaceta Oficial N° 34.316 Ordinario de 29 de septiembre de 1989); Resolución N° 95-05-05 (Gaceta Oficial N° 34.655 Ordinario de 7 de junio de 1995); Resolución N° 96-12-02 (Gaceta Oficial N° 34.655 Ordinario de 13 de enero de 1997)..

17 BREWER-CARIÁS, Allan, “Reflexiones sobre la Constitución Económica”, *Revista de Derecho Público* N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990.

18 La jurisprudencia interpretó los efectos de la consagración del Estado Social de Derecho frente a la explotación de recursos naturales de la siguiente forma:

“Ahora bien, mediante el régimen de concesiones, el Estado y los entes que lo conforman pueden permitir a particulares la explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de esos entes, así como la prestación de servicios de naturaleza pública, pero estas concesiones no pueden ejercerse sino adecuándolas al interés público, como lo señala el artículo 113 constitucional así como al interés social, motivo por el cual ni los derechos que se le otorgan, ni la actitud de los concesionarios pueden tener una connotación distinta a la del Estado, y dentro de un Estado Social la concesión no puede estar destinada a aumentar el desequilibrio entre las clases, o entre el Estado y los ciudadanos. Las normas sobre responsabilidad social, recogidas en los artículos 299 y 326 constitucionales, a juicio de esta Sala son claras al respecto.

Es más, el concesionario –como empresario– no puede trasladar a los ciudadanos riesgos inherentes a la empresa, como tampoco puede desplazar hacia estos los costos que le corresponden para poder operar, buscando de esta manera un lucro exagerado o injusto que atenta contra el interés público y la calidad de la vida de los ciudadanos. Permitirlo, sería negar el Estado Social de Derecho” (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de la Sala Constitucional N° 85 de 24 de enero de 2002, caso *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA) contra SUDEBAN*).

Asimismo, se estableció, en el artículo 12, expresamente que “*los yacimientos mineros*” (...) “*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, pertenecen a la República, son bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles*”. Posteriormente, con el Decreto N° 295 con Rango y Fuerza de Ley de Minas<sup>19</sup> de 1999 se estableció, en el artículo 2, que “*las minas o yacimientos minerales de cualquier clase existentes en el territorio nacional pertenecen a la República, son bienes del dominio público y por tanto inalienables e imprescriptibles*”. Ello implicó que los yacimientos minerales no sólo eran propiedad de la República, sino que además al ser de dominio público eran inajenables –y hoy día sin lugar a dudas además imprescriptibles–.

Por otra parte, se determinó, en el artículo 7, que el ejercicio de las actividades sólo pueden ser mediante: (i) el ejercicio directo por el Ejecutivo Nacional; (ii) concesiones; (iii) autorizaciones para la pequeña minería; y (iv) la minería artesanal. De esa forma, el régimen jurídico cambió, en tanto expresamente se adoptó un sistema dominial, en contraposición al sistema regalista de la Ley anterior –a pesar de que mediante el Decreto 2.039 se adoptó efectivamente– y ajeno a la postura que entiende el dominio público como potestad o *publicatio* de la actividad.

En todo caso, si bien hubo modificaciones en cuanto al régimen jurídico se caracterizó por un aumento en la intervención y deberes de los concesionarios respecto al Estado, sin que ello significara un cambio significativo en la naturaleza de los bienes. Por ejemplo, hubo un aumento paulatino en el porcentaje de venta obligatoria del oro al Estado cuando se destinara a exportación<sup>20</sup>. Adicionalmente, debe tomarse en consideración que por circunstancias distintas además se

19 Gaceta Oficial N° 5.382 Extraordinario de 28 de septiembre de 1999.

20 Resolución N° 09-04-03 (Gaceta Oficial N° 34.655 Ordinario de 30 de abril de 2009); Resolución N° 09-06-03 (Gaceta Oficial N° 34.655 Ordinario de 16 de junio de 2009); Resolución 10-07-01 (Gaceta Oficial N° 34.655 Ordinario de 11 de agosto de 2010). Sobre la evolución del régimen jurídico derivado del Banco Central de Venezuela aplicable a la comercialización de oro véase: GALÍNDEZ, Adriana, ESPINOZA CH, Jennifer C., “Regulación del Mercado Aurífero por

limitó la exportación de los minerales extraídos debido al régimen de control de cambio<sup>21</sup>.

Recientemente, dicho régimen jurídico ha sido modificado con la reciente publicación del Decreto N° 8.413 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y auxiliares a estas y el Convenio entre el Ministerio del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería y el Banco Central de Venezuela<sup>22</sup>.

Al respecto, de las modificaciones más relevantes, a nuestro entender, está la reserva de las actividades conexas, entre las cuales está la comercialización interna y externa del oro, lo cual no implica una afectación de demanialidad de dicho mineral –y es fundamental entender la diferencia<sup>23</sup>-. Asimismo, versa sobre el régimen de transición entre

---

parte del Banco Central de Venezuela”, *El Libro del Oro de Venezuela*, Banco Central de Venezuela, 2010, pp. 547 y ss.

21 Convenio Cambiario N° 1 (Gaceta Oficial N° 37.625 Ordinario de 5 de febrero de 2003); Convenio Cambiario N° 12 (Gaceta Oficial N° 39.207 Ordinario de 25 de junio de 2009) y su subsecuente reforma (Gaceta Oficial N° 39.485 Ordinario de 11 de agosto de 2010)..

22 *Gaceta Oficial* N° 39.762 Ordinario de 21 de septiembre de 2011.

23 La reserva estatal se trata según ARUAJO-JUÁREZ de una:  
“(…) modalidad de técnica o instrumento de intervención pública en la economía, (...) que trae como efectos jurídicos, la exclusión de ciertas actividades o sectores económicos del ámbito de la libertad de empresa, esto es, en principio tiene por objeto excluir la libertad de empresa de los particulares en el sector reservado” (ARUAJO-JUÁREZ, José, *Derecho Administrativo General. Servicio Público*, Ediciones Paredes, Caracas, 2010, p. 81).

Por otra parte, en cuanto a la declaratoria de dominio público afecta es el derecho de propiedad que hay sobre un bien determinado, condicionando la susceptibilidad de apropiación. Sobre el particular la doctrina se ha referido de la siguiente forma:

“De manera que conforme a nuestro derecho positivo, el principio es que los bienes pueden ser propiedad de los entes públicos y de los particulares, pero en ciertos supuestos la ley establece un régimen especial de derecho de propiedad sobre un tipo de bienes que consiste en que su titularidad no será reconocida por la ley sino a favor de un ente o persona determinada y que en consecuencia no reconoce la ley eficacia jurídica a ningún mecanismo legal del cual pueda resultar un derecho de propiedad para una persona distinta de ese ente” (BOSCÁN DE RUESTA, Isabel, “La propiedad de los yacimientos de los hidrocarburos

el uso de los yacimientos o minas de las concesiones a las empresas mixtas, lo cual afecta en cierta medida los derechos subjetivos constituidos anteriormente por concesiones, y la venta obligatoria del oro extraído al Estado<sup>24</sup>.

## II. NATURALEZA DE LOS YACIMIENTOS Y MINERALES EXTRAÍDOS DE ORO

El Decreto N° 8.413 consagra la naturaleza jurídica de los yacimientos de oro en el artículo 3, de la siguiente forma:

“Los yacimientos de oro existentes en el territorio nacional cualquiera que sea su naturaleza, pertenecen a la República y son bienes del dominio público y atributos de la soberanía territorial del Estado, por lo tanto inalienables, imprescriptibles y carentes de naturaleza comercial por ser recursos naturales no renovables y agotables”.

Asimismo, el Decreto N° 9.041 reitera lo anterior, en tanto cataloga, en el artículo 6 numeral 4, como Bienes Públicos del dominio público los “*yacimientos mineros*”, (...) “*cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional*”. Desde nuestra perspectiva el alcance de dicha declaración de dominio público –y otros elementos que no consideramos jurídicamente relevantes o que dan un valor agregado a los demás elementos del artículo antes transcrito, como el que sea un atributo de la soberanía territorial del Estado<sup>25</sup> y la relación entre

---

ros. Evolución Histórica”, *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI, Estudios en homenaje al Profesor Allan Brewer Carías*, Tomo III, p. 3069).

24 Véase: BREWER-CARÍAS, ALLAN, “Comentarios sobre la Ley Orgánica de Nacionalización de la Minería del Oro y de la Comercialización del Oro”, *Revista de Derecho Público*, N° 127, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 64-77; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, VÍCTOR RAFAEL, “La regulación de la reserva del Estado de las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y su impacto sobre los medios de resolución de controversias”, *Revista de Derecho Público*, N° 127, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 294 y ss.; FIGUEIRAS ROBISCO, ALEJANDRA, “El Decreto que reservó al Estado la actividad minera del oro”, *Revista de Derecho Público*, N° 127, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 306-309.

25 Tradicionalmente por soberanía del Estado se entendía una “*doble significación o funcionalidad jurídica: en cuanto dispone de las cosas, se llama dominio; y en cuanto da leyes y órdenes a las personas se llama imperio*” (TURUPHIAL CARIELLO, Héc-

recursos naturales no renovables y agotables y la in comerciabilidad<sup>26</sup>— requiere una precisión sobre su alcance, ya que como explicaremos sólo aplica respecto a los yacimientos y no el mineral extraído.

Ahora bien, para poder llegar a una conclusión debemos partir en primer lugar de que, bajo el régimen constitucional actual, la naturaleza de dominio público de un bien o una categoría de bienes, —como forma de limitar los derechos de los particulares— tiene que ser interpretado restrictivamente en virtud del principio *favor libertatis*<sup>27</sup>, a pesar de ciertos precedentes jurisprudenciales que erróneamente indican lo contrario<sup>28</sup>.

---

tor, *Teoría General y Régimen Jurídico del Dominio Público en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2008, p. 121).

- 26 En cuanto a la relación entre recursos naturales no renovables y agotables y la in comerciabilidad ello no tendría sentido por cuanto dicho efecto jurídico sólo aplica por una declaratoria expresa o en el caso de los bienes no apropiables, como los bienes que tradicionalmente se calificaban como res comunes en el Derecho Romano (PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Ediciones Nuevo Mundo, 1993, pp. 230-231) y que tuvo una influencia determinante en nuestra legislación (TURUPHIAL CARIELLO, Héctor, 2008, Op. cit., p. 115-132). Ahora bien, debe dejarse claro que el concepto de carencia de naturaleza comercial lo entendemos como sinónimo de la cualidad de las cosas fuera del comercio que “abarca más que el de la inalienabilidad” (...) ya que comporta “la sustracción de la cosa al comercio jurídico se ha entendido tradicionalmente como no susceptibilidad de ser objeto de derechos privados” (MELICH ORSINI, José, *La prescripción extintiva y la caducidad*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 58, Caracas, 2006, p. 23).
- 27 En efecto, la jurisprudencia ha admitido la vigencia del principio *favor libertatis* de la siguiente forma:  
“No obstante, estima la Sala necesario esgrimir además el principio de *favor libertatis*, sin que ello represente contradecir la concepción restrictiva que informa las leyes orgánicas, de modo que en caso de incertidumbre u oscuridad sobre el rango de fundamentalidad de algún derecho constitucional incluido en el mencionado Título III o en otra disposición de la Constitución de 1999 que le sea similar (lo relativo a los refugiados y asilados que refiere la Disposición Transitoria Cuarta), se opte por la interpretación que ofrezca mayores garantías a los ciudadanos, esto es, por la ley orgánica, teniendo en cuenta que la exigencia de una mayoría reforzada para su aprobación fortalecería también su estatuto jurídico y su significación fundamentadora, evitando los vaivenes de las mayorías parlamentarias” (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 229 de 14 de febrero de 2007, caso Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia).
- 28 En efecto, según comentarios de ORELLANA a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de la Sala Constitucional N° 1.049 de 23 de julio de 2009 (HERRERA ORELLANA, Luis; ARIAS CASTILLO, Tomás; RON-

Sobre el mineral de oro extraído de cara a la categoría de Bienes no Públicos establecida en el Decreto N° 9.041 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos

El Decreto N° 9.041 si bien aplica con una supuesta preferencia sobre cualquier norma del mismo rango –aun cuando sea general y no especial<sup>29</sup>–, de conformidad con el artículo 3, es de aplicación supletoria en lo que respecta al régimen de yacimientos mineros, en atención al artículo 15, como bien es el caso del Decreto N° 8.413.

Debemos tomar en consideración que el hecho que un bien sea declarado de dominio público implicó, previamente al Decreto N° 9.041, que fuesen inalienables y también imprescriptibles<sup>30</sup> –respecto

---

DÓN GARCÍA, Andrea, *Del Estado Social de Derecho al Estado Total*, FUNEDA, Caracas, 2009).

29 Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Constitucional N° 1971 de 16 de octubre de 2001, caso Víctor Rafael Hernández Mendible, N° 1259 de 31 de julio de 2008, caso Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo.

30 LAGRANGE entiende por inalienabilidad, desde la perspectiva del derecho subjetivo, de la siguiente forma:

“(…) como una condición del derecho mismo, determinada por la inexistencia del poder de disposición como parte de su contenido, a cuya composición tal poder no concurre, o por la existencia de una prohibición de enajenar que impide o limita el ejercicio del poder de disposición del titular”, haciendo así al derecho inidóneo para ser objeto de negocios de enajenación en la medida que la prohibición termine”.

Por otra parte, en cuanto a la imprescriptibilidad entiende “*la no susceptibilidad de usucapición como la no susceptibilidad de prescripción (...)*”, es decir la cualidad de un bien que:

“(…) no puede adquirirse por usucapición ni la propiedad ni otro derecho real usucapible (inusuapibilidad plena), o sobre los cuales no puede usucapirse la propiedad pero sí ciertos derechos reales limitados compatibles con la destinación dada a los bienes y en razón de la cual haya sido excluida una posible usucapición de la propiedad” (LAGRANGE, Enrique, *Historia y actualidad del régimen jurídico de la propiedad agraria*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 67, Caracas, 2006, pp. 18, 25).

En todo caso, hay que precisar en cuanto al concepto de inalienabilidad antes referido que no necesariamente se trata de una indisponibilidad del derecho subjetivos de los particulares, sino más bien una condición suspensiva de su ejercicio en el caso de que derive de la condición del dominio público (TURUPHIAL CARIELLO, Héctor, 2008, Op. cit., p. 348) “*mientras estén afectados al uso público o al uso privado del ente público respectivo (...)*”. Inclusive ello también podría argumentarse de que al ser excluyente de los particulares ello no implica que:

“(…) la titularidad de los bienes podría ser traspasada por ley, de un ente público a otro (las llamadas mutaciones demaniales), lo que no implicaría atentar contra la afectación ni contra el sentido de la inalienabilidad que es que los mismos no puedan ser susceptibles de apropiación privada mientras dure la afectación” (BREWER-CARIÁS, Allan, “El

al último así ha sido admitido según la jurisprudencia<sup>31</sup>, sin embargo a nuestro entender no respondía a una correcta interpretación<sup>32</sup>-. Lo cierto es que bajo el recientemente publicado Decreto N° 9.041 se zanjó, en el artículo 9, dicha discusión y por tanto implica su inalienabilidad e imprescriptibilidad; lo cual además el Decreto N° 8.413 lo indica expresamente respecta a las primeras categorías sobre el yacimiento del oro.

Por último, es importante señalar que el Derecho Minero es eminentemente técnico<sup>33</sup>, con lo cual sus disposiciones ocasionalmente usan conceptos técnicos, así como los jurídicos indeterminados.

---

régimen de las tierras baldías y la adquisición del derecho de propiedad privada sobre tierras rurales en Venezuela”, *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 334-336).

- 31 Al respecto la extinta Corte Suprema de Justicia en la Sala Política Administrativa sostuvo tal posición en la sentencia N° 47 de 22 de febrero de 1965, de la siguiente forma:

“Considera el consultante que, siendo inalienables los terrenos baldíos situados en las riberas del Lago de Maracaibo, la prescripción por la cual se pretende adquirir la propiedad del terreno en cuestión, no tiene efecto respecto de las cosas que no están en el comercio, o sea, que no pueden enajenarse y, agrega, que en el otorgamiento del mencionado título supletorio no consta que hubiere intervenido un funcionario competente, conforme lo prevé el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional” (BREWER-CARIAS, Allan, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios De Derecho Administrativo*, Tomo II, Ordenamiento orgánico y tributario del estado, Instituto de Derecho Público UCV, Caracas, 1976, p. 538) (Ello fue reiterado recientemente por la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de la Sala Política Administrativa N° 01523 de 27 de octubre de 2009, caso Arnaldo Maglione y otros vs República Bolivariana de Venezuela).

- 32 En efecto, la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional establecía, en el artículo 28, que “*la propiedad y derechos reales sobre los bienes nacionales*” (...), sin distinguir si se trata de dominio privado o público, “*pueden ser adquiridos por prescripción*”. Adicionalmente, la única restricción que el Código Civil (Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982) hace, en el artículo 543, expresamente a los bienes de dominio público es su inalienabilidad, por lo que en principio se pueden adquirir por prescripción. En efecto, la única limitación a la adquisición por medio de la prescripción es por limitación expresa de la Ley sobre ello en concreto o por declarar que un bien está fuera del comercio, de conformidad con el artículo 778 del Código Civil.

- 33 Sobre el particular GONZÁLEZ BERTI ha indicado, al explicar los caracteres especiales del Derecho Minero, lo siguiente:

## 1. *Noción general de minas, yacimientos y mineral extraído*

De los artículos antes transcritos podemos observar que la declaración de dominio público sólo se refiere expresamente a los yacimientos mineros o de oro y no al mineral de oro propiamente que sería extraído.

Por tanto, se ha discutido a nivel de la doctrina la precisión de los conceptos básicos que comprende el Derecho Minero. Sobre el particular debemos comenzar por distinguir (i) la mina; (ii) el yacimiento; y (iii) las sustancias orgánicas o inorgánicas que la componen.

Respecto al primero, la doctrina lo ha definido de diversas formas<sup>34</sup>, entre las cuales está como “*una acumulación de sustancias orgánicas o inorgánicas, depositadas en los criaderos o yacimientos*” (...) del cual se desprenden distintas acepciones, como la geológica o jurídica. En este sentido, en la acepción jurídica la mina se entiende como “*una propiedad inmueble, transmisible administrativamente a los particulares, en plena propiedad cuando la Ley lo permite; y cuando no lo permite, es simple tenencia para los efectos de su explotación*”<sup>35</sup>.

Lo anterior, es cónsono con nuestra legislación ya que el Código Civil establece, en el artículo 527, expresamente que la mina es bien inmueble por su naturaleza. Adicionalmente, de ello deriva el hecho

---

“Las normas técnicas que el legislador tiene que consagrar en las leyes de minas, ya que no pueden aplicarse a las minas, o al subsuelo, en concreto, las normas de derecho que rigen la explotación de la superficie. Los dos campos netamente separados por el Derecho Minero, superficie y en ellas lo jurídico debe correr parejo con lo técnico” (GONZÁLEZ-BERTI, Luis, 1969, Op. cit., pp. 24-25).

34 Asimismo, MOLINA, citado por ORTÍZ MONSALVE, ha definido la mina por “*yacimientos naturales de sustancias minerales, sólidas, apropiables, útiles y aprovechables en la industria, ya se encuentren en la superficie o en el interior de la tierra*” (ORTÍZ MONSALVE, Álvaro, Derecho de Minas, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, p. 17). De igual forma, RUFINO GONZÁLEZ MIRANDA lo definió como “*una acumulación de sustancias orgánicas o inorgánicas, que se encuentren en el subsuelo o en la superficie de la tierra, y que sean comercialmente útiles e industrialmente explotables*” (DUQUE SÁNCHEZ, José Román, 1966, Op. cit., p. 14).

35 GONZÁLEZ, Gorodfredo, G., *Derecho Minero Venezolano*, Tipografía la Nación, Caracas, 1947, pp. 6-14.

de que los derechos mineros otorgados mediante la concesión o a través de una empresa mixta son considerados como un derecho real inmueble y por tanto podrá “*enajenar dicho derecho, gravarlo, arrendarlo, sub-arrendarlo, traspasarlo*”, etc., de conformidad con el artículo 29 del Decreto N° 295.

Ahora bien, es interesante plantear la teoría según la cual se consideran las minas como *res nullius*<sup>36</sup>, es decir que carecen de dueño y son susceptibles de apropiación<sup>37</sup>, ya que justamente el Decreto N° 9.041 incorpora dentro de la categoría de Bienes Públicos aquellos “*que se encuentran en el territorio de la República y que no tienen dueño*”, de conformidad con el artículo 5 numeral 2, por lo cual bajo dicha óptica podría encuadrarse en el supuesto. No obstante, como indicamos y desarrollaremos más adelante, ello no aplica porque se entiende que los yacimientos mineros son propiedad de la República.

En cuanto al yacimiento entendemos que se trata del “*sitio donde se halla naturalmente una roca, un mineral o un fósil*”, mientras que por criadero que sería el “*agregado de sustancias inorgánicas de útil explotación, que naturalmente se halla entre la masa de un terreno*”<sup>38</sup>. En efecto, dicho concepto debe ser interpretado de cara a la realidad, lo que a su vez justifica su tecnicidad, ya que dichas sustancias estarían ubicadas en “*tres capas o esferas de la tierra que los geólogos denominan núcleo, manto y corteza*”<sup>39</sup>.

Por tanto, observamos que el yacimiento sería la forma física en que se manifiesta una mina, es decir como dichas sustancias se acumulan. Entonces, se trataría de una figura indivisible a la mina, por cuanto corresponde a la propiedad del subsuelo<sup>40</sup>.

36 GONZÁLEZ-BERTI, Luis, 1969, Op. cit., pp. 177-188.

37 PETIT, Eugene, Op. cit., 1993, pp. 228-229.

38 Diccionario de la Real Academia Española en su vigésima edición.

39 ORTÍZ MONSALVE, Álvaro, 1992, Op. Cit., p. 2.

40 DUQUE SÁNCHEZ, José Román, 1966, Op. cit., p. 103.

Cabe destacar que en nuestra opinión tanto la noción de mina como yacimiento se trata una calificación presunta, toda vez, posteriormente en el marco de la exploración se puede determinar que no hay mineral de ningún tipo, sin que ello nulifique hacia el pasado dicha calificación y sus efectos. Ello se puede deducir de la exclusión de la responsabilidad de la República como otorgante de una concesión sobre una mina o yacimiento cuando se determine con posterioridad que no contiene ningún mineral, conforme el artículo 10 del Decreto N° 8.413.

Adicionalmente, se trata de una calificación temporal por cuanto la cantidad de mineral extraíble es limitado y por tanto eventualmente puede ser removido totalmente –lo cual es justamente la finalidad de tan amplia regulación–.

Ahora bien, nos queda la duda de si dicha calificación tiene que efectuarse por medio de un acto jurídico o más bien opera de pleno derecho. Sobre el particular entendemos que tendría que estar calificado principalmente, para luego ser desarrollado, por el Plan Nacional de Ordenación del Territorio, ya que debe señalar “*la identificación y régimen de explotación de los recursos naturales en función de la producción energética y minera*”, conforme al artículo 9 numeral 7 de la Ley Orgánica de la Ordenación del Territorio<sup>41</sup>. No obstante, queda igual la duda de si en caso de que se descubra una mina que no estaba prevista en dicho Plan Nacional, podría afectarse. Entendemos que no, por cuanto debe regir la interpretación restrictiva en cuanto a la dominialidad de los bienes y por tanto se debe ceñir a las disposiciones establecidas en las normas antes referidas. En ese caso, una vez descubierta la mina, sin conocimiento previo, tendría que aplicar, aun cuando de manera sobrevenida, todo los procedimientos correspondientes para poder explorar y explotar la mina de oro.

Por otra parte, distinto sería entonces el mineral susceptible de extracción, o siguiendo los términos utilizados anteriormente las sustancias orgánicas o inorgánicas que se encuentran en la mina o

---

41 *Gaceta Oficial* N° 3.238 Extraordinario de 11 de agosto de 1983.

yacimiento. En efecto, Monsalve Casado indica de manera precisa la distinción entre dichas figuras de la siguiente forma:

“Creemos, ya tratado el concepto físico-geométrico de mina, es el momento de resolver una interesante aun cuando fácil problema, que se ha suscitado alguna que otra vez; es aquel que interroga si el mineral extraído, es la mina misma o solamente el fruto de ella. Si tenemos presentes los conocimientos expuestos en este capítulo, observamos que la mina, en su noción genérica, es una acumulación de sustancias, un depósito, un inmueble, no algo o parte de sustancias mineras ya extraídas que vienen a constituir bienes muebles; por otra parte, en el concepto físico-geométrico, bien clara y distinta es la noción del sólido enclavado, que determina la propia ley, para que vaya a ser confundido con lo que de él se extraiga. Además, la mina es teóricamente inagotable, como que se prolonga hasta el centro de la tierra, y cuánto fuera el mineral extraído en nada mermaría lo que es por naturaleza inagotable.

Otro argumento, si puede más evidente, de que nuestro derecho minero considera el mineral extraído sólo como producto de la mina y, por tanto, distinto de ella, es el siguiente: la propiedad de las minas pertenece originariamente al Estado en cuya jurisdicción se hallen y, en lo tocante a las de hidrocarburos y demás minerales combustibles, las concesiones no confieren la propiedad de los yacimientos a los concesionarios, sino el derecho real inmueble de explorarlos y explotarlos; y este derecho que no es el de propiedad de la mina, les hace dueños de los materiales extraídos ¿Cómo se explica esto? Sencillamente: porque el mineral extraído es distinto de la mina, es solamente su fruto”<sup>42</sup>.

Hay que precisar que el mineral de oro se trata, conforme al artículo 527 del Código Civil, de un bien inmueble por su naturaleza por tratarse de “*frutos de la tierra*” (...), pero sólo mientras no hayan sido “*separados del suelo*”. En este orden de ideas, una vez que el mineral de

---

42 MONSALVE CASADO, Ezequiel, *Manual de Ciencia Jurídico-Minera*, Talleres Gráficos Padilla y Contreras, Buenos Aires, 1947, pp. 127-128.

oro sea extraído pasa a ser un bien mueble, ya que “*pueden cambiar de lugar, bien por sí mismos o movidos por una fuerza exterior*”, de conformidad con el artículo 531 del Código Civil. Por ejemplo, un terreno es un bien jurídicamente distinto a la tierra que un particular puede sustraer con diversos propósitos, por ejemplo para venderlo con fines botánicos o de construcción. Entendemos que la misma circunstancia descrita que ocurre con los yacimientos del oro y del mineral del oro, sólo que estaría fuertemente regulado.

## ***2. Consideraciones sobre la calificación de Bien Público del yacimiento de oro y sus consecuencias***

Aclarado que el yacimiento de oro tiene naturaleza de dominio público es importante aclarar que está expresamente calificado como un Bien Público de dominio público, de conformidad con el artículo 6 numeral 4 del Decreto N° 9.041. Ello tendría distintas consecuencias bajo el régimen de aplicación supletorio del Decreto N° 9.041 en lo que respecta al Decreto N° 8.413, Decreto N° 295 y su Reglamento, que valen la pena ser examinadas.

En primer lugar, el Decreto N° 9.041 establece, en el artículo 3, que un bien de dominio público –sin hacer distinción de los Bienes Públicos o no, creando una categoría distinta– es “*imprescriptible, inembargable e inalienable y está exento además, de contribuciones o gravámenes nacionales, estadales y/o municipales*”. Asimismo, el Decreto N° 295 señala, en el artículo 2, que las minas o yacimientos minerales son inalienables e imprescriptibles. De igual forma, el Decreto N° 8.413 consagra, en el artículo 3, que los “yacimientos de oro” son inalienables e imprescriptibles.

Ello implica que el Estado no puede trasladar la propiedad de los yacimientos a los particulares, sino eventualmente conceder concesiones entre otros casos, ni que los particulares tienen derecho a adquirir la propiedad del yacimiento de manera originaria bajo la usucapión.

En segundo lugar, como corolario de lo anterior y de cara al régimen de uso examinado sin perjuicio de que se desarrolle con más

profundidad, entendemos que su uso o aprovechamiento es de carácter privativo, en contraposición con el uso común general y especial<sup>43</sup>.

En efecto para poder realizar actividades sobre los yacimientos de oro los particulares tienen que hacerlo a través de los medios legales que el Estado puede o no puede otorgar. Sobre el particular, aun cuando desarrollaremos más adelante las formas en que pueden ser aprovechadas con mayor detalle, es importante destacar aquí que en principio es excluyente de los particulares y aun cuando se otorgue es precario. Asimismo, no aplica en ningún caso los artículos 63 al 66 del Decreto N° 9.041 referentes a las concesiones, permisos y autorizaciones ya que dicho régimen ya está regulado por el Decreto N° 8.413, el Decreto N° 295 y su Reglamento.

En tercer lugar, el Decreto N° 9.041 establece, en los artículos 31 y 32, –a diferencia de las demás normas aplicables– la creación de “*un sistema de información actualizado sobre los Bienes Públicos*” (...) respecto a la cual “*las unidades administrativas que en cada ente u órgano del Sector Público administren Bienes Públicos, deberán llevar registro de los mismos*”.

43 Al respecto GARRIDO FALLA, PALOMAR OMEDA y LOSADA GONZÁLEZ distingue que el uso general consiste en “*que puede ser ejercitado por cualquier administrado, sin que se requiera una cualificación especial. Ni siquiera la cualidad de nacional es necesaria*”. Por otra parte, en lo que respecta al uso especial los mismos autores señalan que sería:

“(…) cuando en el mismo concurren circunstancias singulares de intensidad o peligrosidad que colocan al usuario en una situación distinta a la del resto del público. En realidad, se trata de la utilización contraria a las reglas generales citadas para el uso del viene de que se trate; sin perjuicio, naturalmente, de la posibilidad de que ese uso especial esté prevista”.

Por último, respecto al uso privativo los autores antes señalados advierten que la diferencia consiste en que “*no existe un derecho del administrado a este tipo de utilización. El título jurídico para ella nace siempre de un acto administrativo de concesión*” (GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OMEDA, Alberto, LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II, Tecnos, Madrid, 2006, PP. 557, 559, 561).

En todo caso, BADELL MADRID aclara que en el caso del uso especial se “*diferencia del uso común, en que mientras este es realizado por un número ilimitado de personas (la colectividad), el uso especial está restringido a quienes lo soliciten y la Administración así los habilite mediante el título que corresponda*” (BADELL MADRID, *Régimen jurídico de las Concesiones en Venezuela*, Rafael Badell Madrid, Caracas, 2002, p. 295).

A tal efecto, al tratarse de la administración en un primer momento corresponderá a la República a través del ministerio competente enviar la información relativa al yacimiento y en un segundo momento a la empresa mixta que lo tenga asignado. En todo caso, ello podría variar en atención a las normas que se dicten en su desarrollo.

En cuarto lugar, queda la duda de que ocurriría si un yacimiento pierde tal calificación por no haber mineral o por haberse agotado. Recordemos que ello depende en un primer momento de cuestiones fácticas y después a través de mecanismos legales como es el Plan Nacional de Ordenación del Territorio y de los que deriven de este. En ese caso, entendemos que no sólo pierde eventualmente su carácter de dominio público sino además la República estaría en la obligación de enajenarlo, conforme 73 del Decreto N° 9.041.

### *3. Consideraciones sobre la naturaleza de dominio privado del mineral de oro extraído*

Una vez examinadas las nociones antes referidas, bajo una interpretación restrictiva sobre el alcance de la demanialidad consagrada por el Decreto N° 8.413, es más que evidente que sólo podría tener como alcance los yacimientos de oro y no los minerales. En efecto, sólo hace referencia a los yacimientos de oro, con lo cual no podría extenderse al mineral de oro por cuanto se trata de un bien distinto y el cual es en principio aprovechable para la persona encargada de su explotación<sup>44</sup>.

44 En efecto, tal circunstancia lo preveía, análogicamente en materia de hidrocarburos, la extinta Corte Federal sostuvo tal posición en la sentencia N° 4 de 1954, de la siguiente forma:

“Es principio institucional del Estado venezolano que el sub-suelo del territorio nacional es propiedad absoluta de la Nación. Conforme a ese principio, reglamentado en la respectiva legislación del país, ninguna persona puede extraer sustancias minerales o hidrocarbурadas sino mediante concesión legal del Estado, siendo así que el concesionario sólo tiene el derecho exclusivo de extraer, por tiempo determinado y dentro de la correspondiente parcela de explotación, las sustancias específicamente concedidas, y servirse de ellas o aprovecharlas UNA VEZ EXTRAIDAS” (artículos 2 y 26 de la Ley de Hidrocarburos) (BREWER-CARÍAS, Allan, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios De Derecho Administrativo*, Tomo II, *Ordenamiento orgá-*

Sin embargo, si quedara alguna duda de lo sostenido podemos además basarnos para llegar a la misma conclusión en la evolución histórica del régimen jurídico de la comercialización de los minerales extraídos en el marco de un sistema regalista y posteriormente domanial –primero mediante el Decreto N° 2.039 y luego por el Decreto N° 295–.

A título ilustrativo observamos que ya bajo el régimen de la Resolución N° 84-01-01 se establecía, en el artículo 1 y 3, la obligación de las personas que estén interesadas en exportar el oro extraído de solicitar su respectiva autorización, conforme a los lineamientos que este indicase. La Resolución 89-09-01, añadió, en los artículos 2 y 3, la obligación de las personas que estén interesadas en exportar el oro extraído de estar inscritos en el Registro de Exportadores de Oro del Banco Central de Venezuela antes de poder solicitar su respectiva autorización.

Posteriormente, la Resolución N° 95-05-05 consagraba, en el artículo 5, en el caso de que se tratara de exportaciones de oro y sus aleaciones en forma de barra debía acompañarse a la solicitud de autorización de exportación una *“constancia de haber destinado al mercado interno, en forma de barras, un mínimo equivalente al cuarenta por ciento (40%) del monto calculado en kilogramos del oro fundido o refinado que resulta de sumar la cantidad cuya autorización para exportar se solicita y la destinada al mercado interno”*.

La Resolución N° 96-12-02 modificó la cantidad del oro extraído que tendría que destinarse al mercado interno al 15% bajo la misma fórmula. De igual forma, la Resolución N° 09-04-03 aumentó dicha cantidad al 70%, pero incluyó que dentro de este porcentaje había un porcentaje de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela del 10%. A todo evento, dicho régimen fue modificado por la Resolución 10-07-01 que no requería la presentación de una constancia de que se destinó el oro extraído al mercado interno, sino que se estableció como

---

*nico y tributario del estado*, Instituto de Derecho Público UCV, Caracas, 1976, pp. 539-540).

requisito para autorizar la exportación del oro que se haya dado en venta obligatoria al Banco Central de Venezuela.

Precisado lo anterior es más que obvio que el oro extraído, por las personas a quienes se le otorgaban las concesiones, no era de dominio público por cuanto podía enajenarse, ya sea a las personas que comprenden el mercado interno, el Banco Central de Venezuela y las personas que conforman el mercado internacional. Distinto es que se haya establecido una obligación de venta obligatoria a ciertos sectores.

En ese orden de ideas, bajo el Decreto N° 8.413 se modificó tal circunstancia por cuanto todo el mineral de oro extraído es de obligatoria venta y entrega a la República –a través del Banco Central de Venezuela según el Convenio entre el Ministerio del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería y el Banco Central de Venezuela–, de conformidad con el artículo 21.

Asimismo, modificó, en el artículo 5, el régimen establecido en el Decreto N° 295 por cuanto sólo podría realizarse la exploración y explotación de los yacimientos del oro: (i) de manera directa por la República o a través de sus institutos públicos, o empresas de su exclusiva propiedad, o filiales de estas; o (ii) por medio de empresas mixtas de la República o las otras personas señaladas anteriormente en la que tengan control de sus decisiones y mantenga una participación mayor del 55% de las acciones. Por tanto se abandonó la forma directa de exploración y explotación del oro a través de las concesiones.

Adicionalmente, el Decreto N° 8.413 consagró, en el artículo 18, una regalía minera de oro correspondiente al 13% de las cantidades de oro extraídas.

Sin embargo, ello, insistimos, no implica que el oro extraído sea de dominio público, sino que siendo propiedad de la República –o parte ya que sólo tendría un mínimo de 55% de las acciones de la empresa mixta– sería de dominio privado, ya que: (i) estaría sometida a una regalía al ser extraída –que no tendría sentido de ser del dominio público–; (ii) habría un porcentaje –evidentemente desproporcionado–

de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela que deriva de la evolución del régimen jurídico aplicable a dichas operaciones donde se admitía su enajenabilidad y por tanto su naturaleza de dominio privado.

Un tema interesante que quedaría pendiente en este punto es si la naturaleza de dominio privado del mineral de oro extraído proviene por una desafectación tácita que opera al momento de su extracción o del reducido alcance o calificación del yacimiento de oro.

En el primero de los casos, sólo podríamos hablar de una desafectación tácita ya que el régimen jurídico aplicable al oro no prevé las formalidades que aplicarían normalmente por cada vez que se extrae el mineral. En efecto, este punto no sería discutible en el caso en que el régimen jurídico previera un acto jurídico de desafectación por cada vez que el oro es extraído.

Es importante aclarar de antemano que la desafectación formal fue desarrollada en Venezuela por la doctrina y fue recientemente consagrado en el Decreto N° 9.041 bajo el artículo 7. Sin embargo, ello no quiere decir que la desafectación tácita no pueda tener lugar por cuanto frente a los vacíos de la Ley pueden aplicar otras fuentes del derecho, especialmente si operan a favor de los particulares.

Volviendo al punto de reflexión, debe tomarse en consideración que parte de la doctrina, como Lares Martínez, no admite la posibilidad de que opere la desafectación tácita, ya que “*debe siempre ser declarada por la autoridad administrativa*”<sup>45</sup>. Sin embargo en algunos casos se insiste que respecto a los bienes naturales no opera en virtud de hechos humanos, sino sólo por aquellos accidentales o no imputables<sup>46</sup>, tal como sería el caso de la extracción del mineral de oro como lo planteamos. No obstante, buena parte de la doctrina, nacional y de

45 LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Exilibris, Caracas, 2002, p. 580.

46 TURUPHIAL CARIELLO, Héctor, 2008, Op. cit., p. 317-318.

derecho comparado, sí admite la posibilidad de que opere la desafectación tácita en tanto haya un asentamiento por parte del Estado<sup>47</sup>.

Tal asentamiento del Estado podría derivar de la concesión que se otorga o con la constitución de una empresa mixta que es sometida al control del Poder Legislativo, de acuerdo al artículo 6 del Decreto N° 8.413, con el único fin de explotar un yacimiento minero.

Por otra parte, estaría la posición según la cual se entiende que no opera ninguna desafectación tácita sino más bien se trata de la naturaleza propia del mineral extraído de dominio privado derivado del alcance limitado de la declaratoria de dominio público del Decreto N° 8.413<sup>48</sup>. En efecto, lo único que está declarado como dominio público en este caso sería el yacimiento de oro en su conjunto y no la individualidad del mineral extraído. Esta posición sería consecuente con que se interprete la declaratoria de demanialidad de los yacimientos mineros como una potestad o publicatio en vez de una régimen especial de propiedad del Estado.

En todo caso, sería irrelevante tal punto en cuanto a sus efectos, toda vez, la consecuencia es la misma, es decir que el mineral de oro extraído no es de dominio público.

Lo que sí es importante aclarar que una vez que el mineral de oro extraído ingrese al patrimonio del Banco Central de Venezuela será inalienable, de conformidad con el artículo 3 de la Ley del Banco Central de Venezuela<sup>49</sup>. Ahora bien, ello no implica, en nuestra opinión que esté afectado de manera tal que sea de dominio público, ya que la inalienabilidad no implica la demanialidad.

---

47 Sobre el particular, ARAUJO-JUÁREZ se refiere al tema de la siguiente forma: "(...) para que surta efectos de desafectación, debe provenir originaria y directamente de las autoridades, o debe contar con el asentamiento de estas si el hecho proviene de los administrados, ya que los hechos de los particulares o administrados, por sí solos, no son idóneos para operar la desafectación" (ARAUJO-JUÁREZ, José, *Derecho Administrativo Parte General*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 747).

48 VERGARA BLANCO, Alejandro, 2007, Op. cit., pp. 457 y ss.

49 *Gaceta Oficial* N° 39.419 Ordinario del 7 de mayo de 2010.

#### 4. *Consideraciones sobre la calificación de bien no público del mineral de oro extraído*

Una vez precisada la naturaleza de dominio privado del oro extraído cabe preguntarse cuál es su naturaleza y por tanto el régimen jurídico que le es aplicable en general.

En primer lugar, no entra dentro de la calificación de Bien Público de conformidad con el artículo 6 numeral 4 del Decreto N° 9.041 por cuanto sólo se refiere a los yacimientos y no al mineral extraído.

En segundo lugar, una vez extraído el oro de la mina o el yacimiento, pasa formar parte del patrimonio de la empresa mixta antes señalada, por lo cual conforme al artículo 5 del Decreto N° 9.041 podría interpretarse que entra dentro de la categoría de Bienes Públicos Nacionales ya que serían propiedad “*de las demás personas en que los entes antes mencionados tengan una participación superior al 50% del capital social*”.

Por tanto, al examinar el artículo antes referido observamos que si entraría dentro de la categoría de los bienes que no son considerados públicos, ya que corresponderían a aquellos productos “*extraídos*” (...) “*por las personas, órganos y entes sujetos al presente Decreto, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica*” (...) “*con destino a la venta*”. Supuesto que parece ajustarse al caso del mineral de oro ya que es exclusivamente extraído para venderlo y entregarlo a la República a través del Banco Central de Venezuela.

No obstante, tal naturaleza sólo subsistiría hasta que se perfeccione la venta del mineral de oro extraído por parte de la empresa mixta correspondiente a la República. A tal efecto, entendemos que no basta alegar que por virtud del Decreto N° 8.413 la venta sea obligatoria, ya que sólo indica que la venta será obligatoria respecto a una persona, es decir la República, pero no las condiciones en cuanto al precio, tiempo y demás aplicables. Por tanto para que la República pase a ser propietario del mineral de oro extraído es vital que primero exista el contrato y después se perfeccione.

Precisado lo anterior, al tratarse de un contrato de compra venta se perfeccionaría con el mero consentimiento, aun cuando se trate de un contrato inter-administrativo<sup>50</sup>. Por tanto, bastaría en principio sólo que se verifique el consentimiento del comprador (la República a través del Banco Central de Venezuela) y del vendedor (empresa mixta), sin perjuicio de la necesidad de realizar otras formalidades con miras a que tenga efectos contra terceros.

### **III. CONSECUENCIAS DE QUE EL MINERAL DE ORO EXTRAÍDO NO ES UN BIEN PÚBLICO**

Hechas las anteriores consideraciones explicaremos brevemente las consecuencias jurídicas que comporta la naturaleza del mineral de oro extraído frente al nuevo régimen establecido en el Decreto N° 9.041, en concreto al haberse hecho una distinción entre los Bienes Públicos y no Públicos, aun cuando sean propiedad del Estado.

El Decreto N° 9.041 tiene como objeto regular lo concerniente al régimen aplicable a los Bienes Públicos, pero no establece una regulación amplia a aquellos que no entren dentro de esa categoría, es decir los Bienes no Públicos, como resulta ser el caso del mineral de oro extraído. Sin embargo, sí comprende ciertas disposiciones aplicables en general a todos los bienes que formen parte del patrimonio del

---

50 A pesar de lo que ha indicado la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político Administrativa N° 341 de 13 de marzo de 2001, N° 1874 de 20 de octubre de 2004) no debe confundirse que para que un contrato público sea válido debe cumplirse con el procedimiento establecido en las normas aplicables en la materia (como es la Ley de Contrataciones Públicas (Gaceta Oficial N° 39.165 Ordinario de 24 de abril de 2009), el Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones (Gaceta Oficial N° 5.394 Extraordinario de 25 de octubre de 1999) o las demás normas especiales) sean de naturaleza solemne. Ello por cuanto el procedimiento administrativo necesario para que el contrato se forme es la concretización de la manifestación de voluntad de la Administración Pública (ARAUJO-JUAREZ, JOSÉ, *Derecho administrativo general. Procedimiento y recurso administrativo*, Paredes, Caracas, 2010) que no constituye la perfección de un contrato salvo que sea consensual. La naturaleza del contrato depende del caso particular, por lo cual un contrato de compra venta es consensual independientemente de que sea un contrato público. No obstante, tal circunstancia merece un estudio aparte.

Estado<sup>51</sup>. Debemos tomar en cuenta que el Decreto N° 9.041 derogó normas que regulaban en general los bienes que forman parte del patrimonio del Estado, como es el Título I de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional<sup>52</sup>, la Ley Orgánica que regula la enajenación de bienes del sector público no afectos a las industrias básicas y su Reglamento y la Ley de conservación y mantenimiento de bienes públicos. Por tanto, aquellos bienes que escapan su ámbito de aplicación estarían regulados por el régimen de derecho común, es decir el contenido en el Código Civil, Código de Comercio y las normas especiales que apliquen dependiendo del caso particular, como es el Decreto N° 8.413. Lo anterior, tiene consecuencias interesantes.

Aclarado lo anterior, observamos que el Decreto N° 9.041 establece, en el artículo 10, que los “bienes” (...) “que formen parte del patrimonio de la República, no están sujetos a embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales y en general, a ninguna medida preventiva o ejecutiva y están exentos además, de contribuciones o gravámenes”. Del artículo antes transcrito observamos que: (i) no

---

51 CLAUDIA NIKKEN hace referencia a esta exclusión con la debida preocupación por cuanto “*se refiere*” a “*los regímenes de responsabilidad y, a nuestro juicio, deriva de una confusión inexcusable entre la propiedad (pública) de los bienes y los atributos de uso y disposición, a efectos de su registro e inventario*” (...), aun cuando indica que “*es posible afirmar que no son bienes públicos –aunque no por ello estén exentos de control– los bienes adquiridos para su enajenación, es un error afirmar que no lo son los bienes destinados al consumo*”. Ahora bien, aun cuando ello pueda ser cierto entendemos, como en efectos reflejamos en el presente trabajo, que la exclusión de los bienes adquiridos para su enajenación de la categoría de los Bienes Público tiene consecuencias que seguramente no fueron consideradas, en especial por cuanto se trata de oro.

Adicionalmente nos parece importante rescatar lo indicado por CLAUDIA NIKKEN respecto a que la distinción entre Bienes Públicos y no Públicos no afectaría el régimen de responsabilidad establecido en las normas aplicables en materia de Corrupción y al régimen general de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, con lo cual sería perfectamente aplicable al presente caso (NIKKEN, CLAUDIA, “Sobre el Decreto N° 9.041, mediante el cual se dicta en decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos”, *Revista de Derecho Público*, N° 127, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 219-223).

*Gaceta Oficial* N° 1.660 Extraordinario de 21 de junio de 1974; *Gaceta Oficial* N° 39.238 de 10 de agosto de 2009.

52 *Gaceta Oficial* N° 1.660 Extraordinario de 21 de junio de 1974; *Gaceta Oficial* N° 39.238 de 10 de agosto de 2009.

distingue entre Bienes Públicos y no públicos, por lo que aplicaría a todo aquel que forme parte del patrimonio de la República; (ii) sólo se refiere al patrimonio de la República que debe entenderse como Administración Pública Centralizada y no Descentralizada. Ello tiene relevancia por cuanto dicha prerrogativa no aplicaría, en principio, sobre los bienes que sean del patrimonio de la Administración Pública Descentralizada salvo expresa disposición en contrario<sup>53</sup>, como son las empresas mixtas y –como señalamos anteriormente– el oro extraído.

Cabe destacar que el artículo antes transcrito tiene el mismo alcance que el artículo 75 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República<sup>54</sup> el cual ha sido interpretado restrictivamente por tratarse de una prerrogativa procesal<sup>55</sup> y por tanto no aplica para las empresas mixtas<sup>56</sup>, salvo que haya una previsión legal específica para ello.

Sobre la base de lo anterior, en lo que respecta a la ejecución de medidas sobre los bienes de la Administración Pública Descentrali-

---

53 En efecto, las prerrogativas procesales son de interpretación restrictiva, sin embargo, como bien ha señalado MIGUEL ÁNGEL TORREALBA “*prescindiendo de la cuestionable constitucionalidad de lagunas de las prerrogativas procesales previstas en el ordenamiento venezolano, dados los actuales criterios jurisprudenciales de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, lo cierto es que la tendencia de la Sala Político-Administrativa apunta hacia su aplicación, no sólo analógica, sino indiscriminada y, en otros casos, hasta casuística*” (...), como es la extensión de “*las prerrogativas procesales de los entes públicos a algunas empresas del Estado*” (TORREALBA, MIGUEL ÁNGEL, “Nota sobre algunos criterios recientes de la Sala Político-Administrativa en la aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (primera parte)”, *Revista de Derecho Público*, N° 128, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 206).

54 *Gaceta Oficial* N° 5.892 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

55 Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político Administrativa N° 00001 de 18 de enero de 2012, caso Fisco Nacional.

56 En efecto, al ser una prerrogativa procesal o más bien un privilegio sólo puede ser determinado por Ley, como es el caso de los Institutos Autónomos (artículo 98 de la Ley Orgánica de la Administración Pública [*Gaceta Oficial* N° 5.890 Extraordinario de 31 de julio de 2008]), Institutos Públicos [artículo 101 de la Ley Orgánica de la Administración Pública], los Municipios y los entes a nivel municipal (artículo 156 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal [*Gaceta Oficial* N° 6.015 Extraordinario del 28 de diciembre de 2010]).

zada a nivel nacional lo que opera es un procedimiento judicial previo sólo en caso de “*que estén afectados al uso público, a un servicio de interés público, a una actividad de utilidad pública nacional o a un servicio privado de interés público*”, de conformidad con el artículo 99 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

En ese orden de ideas, podría interpretarse que esa prerrogativa sí aplicaría –pero no implica su prohibición– en el caso de embargos sobre oro extraído que pertenezca a una empresa mixta ya que los bienes vinculados con la comercialización interna y externa de los yacimientos de oro (es decir el oro extraído) está declarado de utilidad pública e interés social por el artículo 2 y 4 del Decreto N° 8.413<sup>57</sup>.

Ahora bien, es importante aclarar que bajo la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa<sup>58</sup> establece, en el artículo 110 numeral 2, que en el caso de ejecución de sentencia condenatoria de pago por entrega de un bien que esté “*al uso público, servicio público o actividad de utilidad pública*”, como sería el caso del oro extraído, se ordenará el pago bajo cantidades de dinero correspondientes al monto “*fijado mediante peritos, en la forma establecida por la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social*”. Ello mercería un estudio aparte, toda vez, tendría que tomarse en consideración elementos adicionales como el valor del oro en el mercado internacional.

No obstante, también podría interpretarse, restrictivamente en virtud del principio *favor libertatis*, que el Decreto N° 8.413 al declarar de utilidad pública e interés social los bienes y obras vinculadas con la reserva prevista en ese Decreto, es decir los yacimientos y los bienes vinculados con la comercialización interna y externa de los yacimientos de oro, no incluye el mineral de oro extraído, ya que en ninguna disposición se hace una referencia expresa a este sino únicamente a la

---

57 Rechazamos por ello el criterio jurisprudencial que sin ninguna base legal extiende dicha prerrogativa de inembargabilidad a los bienes que estén afectos a una utilidad pública o servicio público que formen parte del patrimonio de la Administración Pública Descentralizada (Sentencia del Tribunal Suprema de Justicia de la Sala Política Administrativa N° 1160 de 18 de mayo de 2000, caso Hidro Supply Yacambu, C.A. contra Hidrológica Occidental).

58 *Gaceta Oficial* N° 39.451 Ordinario del 22 de junio de 2010.

actividad. En efecto, es importante distinguir entre la reserva de la actividad y la reserva o *publicatio* de un tipo de bien<sup>59</sup>, que en nuestra opinión no ocurre frente a los minerales de oro. Bajo esa interpretación, que reiteramos es forzosa conforme al principio *favor libertatis*, no aplicaría ninguna prerrogativa procesal frente al mineral de oro extraído en tanto no se haya vendido, en los términos antes indicados, a la República y por tanto es embargable.

Por otra parte, el Decreto N° 9.041 establece, en los artículos 31 y 32, la creación de “*un sistema de información actualizado sobre los Bienes Públicos*” (...) respecto a la cual “*las unidades administrativas que en cada ente u órgano del Sector Público administren Bienes Públicos, deberán llevar registro de los mismos*”. A tal efecto, tales artículos sólo se refieren a los Bienes Públicos por lo cual naturalmente estaría excluido el oro extraído, por lo cual en principio la empresa mixta que lo adquiere originalmente no está obligado a informarlo sobre tal canal. En todo caso, ello podría variar en atención a las normas que se dicten en su desarrollo.

Adicionalmente, el Decreto N° 9.041 al consagrar, en los artículos 63 y 64, el régimen aplicable a las concesiones, permisos y autorizaciones no tendría ninguna aplicación sobre el oro extraído ya que sólo aplica a los Bienes Públicos, como es la consagración legal a todo concesión de la reversión de los bienes afectados<sup>60</sup>. En todo caso, ello

---

59 En efecto como se ha referido JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ, “*no es válido establece la equiparación entre la declaratoria de una actividad como servicio público*” (...), así como de otros conceptos, “*y su reserva al Estado, pues la reserva únicamente puede devenir de la expresa e inequívoca manifestación voluntad del Legislador realizada bajo las formalidades del artículo 302 constitucional*” (HERNÁNDEZ, JOSÉ IGNACIO, Derecho Administrativo y Regulación Económica, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 326). A tal efecto, en el presente caso entendemos que están reservados los yacimientos mineros de oro y la actividad en general de la exploración, explotación y comercialización del oro, sin embargo no está reservado en sí el mineral de oro extraído, como bien hemos explicado anteriormente al tratarse de un bien de dominio privado –ya que insistimos no podría plantearse su venta interna una vez manufacturados o su exportación–.

60 Debe recordarse que antes del Decreto la reversión no era una cláusula implícita que aplicara de pleno derecho y sólo aplicaba cuando así era expresamente estipulado, a pesar de que la jurisprudencia en ocasiones haya interpretado lo contrario (Brewer-Carías, Allan, “El Juez Constitucional en Venezuela como instrumento

no tendría ninguna incidencia por cuanto el Decreto N° 8.413 consagra, en el artículo 16, por ejemplo una figura cuyos efectos son equivalentes a la reversión.

---

para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: EL CASO RCTV”, *Revista de Derecho Público*, N° 1110, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 18-19).