

APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE LA CONCESIÓN DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS EN VENEZUELA*

Miguel Ángel Torrealba Sánchez**

Profesor Titular de Derecho Administrativo UCV

Resumen: *Se describe la regulación de la concesión de aprovechamiento de aguas en Venezuela.*

Palabras clave: *Concesión – Dominio Público- Agua – Aprovechamiento - Recursos Hídricos.*

Abstract: *The regulation of the concession for the exploitation of water resources in Venezuela is described.*

Key Words: *Concession - Public domain – Water – Exploitation- Water resources.*

INTRODUCCIÓN. La concesión de aprovechamiento de recursos hídricos como ejemplo de concesión de uso de bienes demaniales ante la carencia de un régimen integral general de este tipo de concesiones.

No existe en el ordenamiento jurídico venezolano un régimen general -ni mucho menos una teoría general- de las concesiones del dominio público¹. Su regulación se encuentra dispersa entre unas pocas disposiciones contenidas en el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos (en lo sucesivo Ley Orgánica de Bienes Públicos)² así

* Una primera versión de este trabajo fue publicada en: De Guerrero Manso, C., Pimiento Echeverri, J. y G. García Álvarez-García (Edits.): *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XXIV. Las concesiones demaniales en Europa y América. Implicaciones ambientales, sociales y económicas, Zaragoza, 2022, pp. 271-302.

** Universidad Central de Venezuela: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Abogado y Especialista en Derecho Administrativo - Universidad de la Coruña, España: Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano - Universidad Carlos III de Madrid, España: Máster en Política Territorial y Urbanística - Universidad Monteávila, Caracas: Profesor de Derecho Administrativo y Director Adjunto del Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO) - Universidad Católica “Andrés Bello”, Caracas: Profesor de la Especialización en Derecho Administrativo - Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA).

¹ En similar sentido: Hernández González, José Ignacio: *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, EJV, Caracas, 2006, p. 637. Ello, a pesar de que en ordenamientos más avanzados se sostenga la unidad de la concesión como categoría jurídica –en cuanto a estructura y esquema– como decisión administrativa-actuación convencional (*Cfr.* Caputi Jambrenghi, V.: <<I beni pubblici>>, en L. Mazarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco y F.G. Scoca (Ed.), *Diritto Amministrativo*, II, Monduzzi Editore, Bologna, 1993, pp. 915-977.).

² Decreto 1.407 del 13/11/14 con rango, valor y fuerza de ley de reforma parcial del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos. G.O. Núm. 6.155 Extraordinario del 19/11/14.

como alguna referencia en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal³, complementada con la aplicación supletoria del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica sobre la promoción de la inversión privada bajo el régimen de Concesiones⁴. Y, por último, en el sentido de lo general a lo particular, por lo dispuesto en leyes destinadas a normar ámbitos sectoriales (hidrocarburos, minas, bosques, aguas, telecomunicaciones, zonas costeras, entre otras).

Así pues, para describir cómo se regula en Venezuela a las concesiones demaniales hemos optado por referir muy brevemente, en una primera parte, a ese marco legal, procurando sistematizarlo y presentarlo en una resumida visión de conjunto. Y, en segundo término, intentar una primera aproximación al estudio de una de las concesiones reguladas en ley especial, a saber: la de aprovechamiento de recursos hídricos, como ejemplo de desarrollo de ese marco general para un ámbito sectorial.

Comencemos el abordaje entonces de la primera parte a continuación.

I. BREVE REFERENCIA A LA CONCESIÓN DE BIENES DEMANIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO.

1. *La dispersa e incompleta regulación de la concesión de bienes demaniales en el ordenamiento jurídico venezolano y sus efectos en la ausencia de una teoría general de esa categoría jurídica en la doctrina*

El régimen de los bienes del dominio público en el Derecho venezolano se encuentra disperso en diversos textos legales. Comenzando cronológicamente por el Código Civil⁵, que, como es usual, es donde se encuentra su origen, en el capítulo III del Libro Segundo, de los bienes en relación con las personas a quienes pertenecen⁶. Allí se ubican los lineamientos codificadores del tema de los bienes de propiedad pública y privada⁷. Luego de ello, desde inicios del siglo pasado principió la regulación por leyes sectoriales, lo que implicaba que cada categoría de bienes públicos demaniales se encontraba sometida a regímenes especiales y distintos⁸.

A ello hay que agregarle la regulación contenida para otros bienes también demaniales en las Constituciones, lo cual se ha mantenido y profundizado en el texto vigente⁹. Y, más

³ G.O. Núm. 6.015 Extraordinario del 28/12/10.

⁴ G.O. Núm. 5.394 Extraordinario del 25/10/99. Véase al respecto: Brewer-Carías, Allan R.: <<Notas sobre el régimen jurídico general de las concesiones administrativas en Venezuela>>, en *Libro Homenaje a la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos*, UNAM, México, 2013, pp. 62-67.

⁵ Cfr. Hernández-Mendible, Víctor Rafael: <<La regulación de la reserva de 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 Núm. 130*, EJV, Caracas, 2012, pp. 450 y 460-462), así como la bibliografía allí citada. Véase también, resumidamente: Lares Martínez, Eloy: *Manual de Derecho Administrativo*, 12° ed., U.C.V. Caracas, 2001, pp. 576-588.

⁶ Aunque se señala que esa clasificación atiende más al régimen jurídico de la propiedad pública o privada, según cada caso (Araujo-Juárez, José: *Derecho Administrativo. Parte general*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 730).

⁷ Más recientemente, puede verse: Domínguez Guillén, María Candelaria y Carlos Pérez Fernández (2022): *Curso de Bienes y Derechos Reales*, Caracas, Editorial R.V.L.J., Caracas, 2022, pp. 133-145, así como la bibliografía allí citada.

⁸ Una muestra puede verse en: Turuhpial Cariello, Héctor: *Teoría general y régimen jurídico del dominio público en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2008, pp. 166-253.

⁹ Cfr. Hernández-Mendible, Víctor Rafael: <<La formación, trayectoria, significado actual, estado de la doctrina y enseñanza del dominio público en Venezuela>>, en F. López-Ramón y O. Vignolo Cueva (Coords.), *El dominio público en Europa y América Latina*, Lima, Red Internacional de

recientemente, en el ámbito local, con las referencias a las concesiones de uso de bienes del dominio público contenidas en el artículo 95.10 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, bienes referidos en los artículos 132 al 137 (con sus antecedentes en el artículo 76.8 de la preconstitucional Ley Orgánica de Régimen Municipal, así como con una enumeración de tales bienes en su artículo 107)¹⁰.

Por último, no es sino desde el 2012 (ley posteriormente reformada) que se cuenta con un régimen con pretendida vocación de generalidad y sistematización en la materia¹¹, a saber: la Ley Orgánica de Bienes Públicos, texto que deroga casi en su totalidad, entre otras, a la ya vetusta Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional¹². Pero se trata de un instrumento que, en el tema objeto de estas páginas, expresamente prevé su supletoriedad frente a la legislación sectorial¹³.

Bienes Públicos-Círculo de Derecho Administrativo P.U.C.P., Lima, 2015, pp. 478-482. Véase también, entre otros: Rodríguez García, Armando: <<Comentarios sobre el régimen de los bienes públicos en la Constitución de 1999>>, *Revista de Derecho Público* Núm. 84, EJV, Caracas, 2000, pp. 63-68); Turuhpial Cariello, *op. cit.*, pp. 132-166.

¹⁰ Véase al respecto: Badell Madrid, Rafael: *Régimen jurídico de las concesiones en Venezuela*, s/e., Caracas, 2002, pp. 448-452.

¹¹ Pretendida en todo caso, pues la doctrina ha puesto de relieve sus notorias insuficiencias, sin mejorar con su reforma parcial. Véanse, por ejemplo: 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>>, *Revista de Derecho Público* Núm. 130, EJV, Caracas, 2012, pp. 214-225 y Ghazzaoui Piña, Ramsis: <<El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos: otra oportunidad perdida>>, *Boletín Electrónico de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, UCAB, 2016, pp. 62-71. <http://w2.ucab.edu.ve/boletin.derechoadmin.html>.

¹² Además de los trabajos citados en la nota previa, véanse los comentarios generales sobre este instrumento legal de: Hernández-Mendible, *La formación...*, pp. 482-486). Véanse también: Rodríguez García, Armando: <<Apuntes sobre el régimen patrimonial de los bienes públicos y la articulación territorial del Estado>>, en *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos*, UCV., Caracas, 2014, pp. 17-36, Canónico Sarabia, Alejandro: <<Sinopsis sobre la regulación de los bienes públicos en Venezuela>>, en *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos*, UCV, Caracas, pp. 37-62; Avellaneda, Eloísa: <<Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos>>, en *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos*, UCV, Caracas, 2014, pp. 63-80; Rodríguez García, Armando: <<Articulación territorial del poder y régimen de los bienes públicos>>, en Canónico Sarabia, A. (Coord.), *Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos, VI Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, EJV-C.A.J.O., 2014, pp. 73-100; Ghazzaoui Piña, Ramsis: <<Notas sobre el uso, aprovechamiento y gestión de los bienes del dominio público>>, en Canónico Sarabia, A. (Coord.), *Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos, VI Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, EJV- C.A.J.O., Caracas, 2014, pp. 117-13.

¹³ El artículo 74 dispone que las concesiones de bienes públicos <<...se regirán por lo dispuesto en las leyes especiales que regulen la materia de concesiones>>. Las relaciones de prevalencia entre la Ley Orgánica de Bienes Públicos y las leyes sectoriales están reguladas de forma confusa y hasta contradictoria en la primera. Véanse, por ejemplo, los comentarios de Nikken, *op. cit.*, p. 222.

2. *El tradicional desarrollo legal y doctrinal de las concesiones mineras y de hidrocarburos frente a la escasez de estudios respecto a concesiones de otros bienes del dominio público.*

A esa dispersión normativa de las bases del régimen del dominio público corresponde, por consiguiente, una incipiente regulación de las concesiones de esa categoría de bienes¹⁴. Así pues, hay que acudir a la legislación sectorial para estudiar cada una de ellas, sin que exista un régimen general, carencia que, como se señaló, tampoco fue solventada con el desarrollo más reciente, que dista mucho de ser integral, contenido en la Ley Orgánica de Bienes Públicos¹⁵. Legislación que, ante la escasez de estudios doctrinarios y de precedentes jurisprudenciales que la refieran, pareciera que ha sido de escasamente relevante aplicación¹⁶.

La excepción la constituyen los estudios sobre concesiones mineras y de yacimientos de hidrocarburos que se produjeron desde mediados del siglo pasado¹⁷. Producto, muy proba-

¹⁴ Incluso, se sostiene que la concesión de bienes del dominio público es una modalidad de la concesión de obra pública (*Ibidem*, p. 243), aunque es una opinión minoritaria en la doctrina y que, además, no parece corresponderse con la legislación venezolana, con los lineamientos conceptuales o con los caracteres y propósitos de cada una de esas categorías jurídicas. De hecho, cada tipo (de obra pública, de servicio público y de bienes demaniales) constituye una modalidad del género "concesión administrativa" (Marienhoff, Miguel: *Permiso especial de uso de bienes del dominio público. Régimen jurídico de la "precariedad"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 432-435; Matilla Correa, Andry: *La concesión administrativa*, Ángel Potentini Editor-Librería Jurídica Internacional S.R.L., República Dominicana, 2018, pp. 148-149)). Véase una noción introductoria en el Derecho venezolano, en: Lares Martínez, *op. cit.*, pp. 326-329), así como la bibliografía citada en este trabajo. En el caso de la concesión de bienes del dominio público, el uso privativo (o especial según otra terminología) de que disfruta el concesionario –a diferencia de los usos comunes o generales que corresponden a la colectividad- ya la distingue del resto (*Cfr.* Araujo-Juárez, *op. cit.*, pp. 759-760). Lo que sí puede acaecer es que coexistan varios tipos de concesiones sobre un mismo bien o actividad, como prevé por ejemplo el artículo 60 de la Ley Orgánica sobre la promoción de la inversión privada bajo el régimen de Concesiones. Son las llamadas concesiones mixtas (Véase, entre otros: Matilla Correa, *op. cit.*, pp. 165-167), comunes en materia de aprovechamiento de aguas y cuyo ejemplo normativo en ese ámbito puede encontrarse en el artículo 31, parágrafo único, del derogado Reglamento Parcial de la Ley Forestal de Suelos y Aguas: Normas sobre la regulación y el control del aprovechamiento de los recursos hídricos y de las cuencas hidrográficas, Decreto 1.400 del 10/07/96, G.O. Núm. 36.013 del 02/08/96, que establecía que para el otorgamiento de concesiones mediante licitación (que podían comprender no solo el aprovechamiento de recursos hídricos sino la construcción y administración de obras e infraestructuras), se seguiría el procedimiento establecido en la Ley Orgánica sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales (derogada por la ley antes referida en esta nota al pie). Más recientemente se ha señalado: <<El contrato de concesión puede ser de servicio público, de obra pública o de uso de bienes del dominio público, pudiendo concurrir estos objetos en un solo contrato, pero pudiendo constituir en principio objetos contractuales concesionales distintos y no necesariamente dependientes>> (Turuhpial Cariello, Héctor: *La actividad administrativa*. CIDEP. Caracas, 2021, p. 342). En todo caso, con la evolución del tratamiento del dominio público y de las diversas modalidades de gestión de este en las actuales tendencias del Derecho Administrativo, ciertamente que las categorías clásicas autorizatorias y concesorias parece que deben replantearse en algunos casos. Véase por ejemplo, las reflexiones sobre las concesiones demaniales surgidas con ocasión de la reunión de la Red Internacional de Bienes Públicos que tuvo lugar en Zaragoza, los días 2 y 3 de junio de 2021: <https://www.youtube.com/watch?v=WmlT9WzyA30>.

¹⁵ Este instrumento legal apenas contiene cuatro preceptos sobre el tema de las concesiones de bienes públicos (artículos 74 al 77), uno de ellos referido más al plano organizativo.

¹⁶ Un panorama de la doctrina puede verse en: Hernández-Mendible, *La formación...*, pp. 449-455).

¹⁷ Así por ejemplo, pueden verse: González Bertí, Luis: *Compendio de Derecho Minero*, 4º ed., ULA., Mérida-Venezuela, 1981, así como la bibliografía que refiere (la primera edición de la obra data de 1957); Duque Sánchez, José Román: *Manual de Derecho Minero venezolano*, 2da ed.,

blemente, de la creciente importancia que la actividad minera, y mucho más aún, la exploración y explotación de hidrocarburos, tuvieron en el desenvolvimiento de la economía venezolana a partir de la tercera década del siglo XX. Tendencia que rápidamente trastocó el funcionamiento de la sociedad hasta hacer que esta viviera del Estado y no al revés, con las consecuencias lamentables, primero en las dinámicas sociales y económicas, y más recientemente sobre todo políticas, en la actualidad evidentes.

De tal manera que parece aconsejable iniciar esta aproximación al estudio de un tipo específico concesión de un bien demanial, enumerando los principios que informan en general a esta categoría jurídica partiendo de una revisión general de la legislación. Ello pasa a hacerse seguidamente.

2. *Los principales elementos de las concesiones demaniales que pueden extraerse del Derecho positivo*¹⁸

A. *La naturaleza contractual de la concesión*

En el caso venezolano, la discusión acerca de la naturaleza de la concesión de bienes del dominio público no ha tenido la misma relevancia que en otros sistemas jurídicos de la región. Tanto en la legislación sectorial¹⁹ como –con escasas discrepancias– en la doctrina que la ha comentado, y más recientemente, en la legislación general²⁰, se ha entendido que esta es un contrato y no un acto administrativo²¹. Contrato administrativo para quienes sostienen la

UCAB, Caracas, 1966). Sobre la reciente reforma sectorial del régimen minero: Hernández-Mendible, *La regulación...*, pp. 296-301. En el caso de los hidrocarburos, pueden consultarse, entre otros, los trabajos recientes de: A.R. Brewer-Carías: *Crónica de una destrucción. Concesión, nacionalización, apertura, constitucionalización, desnacionalización, estatización, entrega y degradación de la industria petrolera*. CERECO UMA-EJV, Caracas, 2018 y *Estudios sobre Petróleos de Venezuela S.A. PDVSA y la industria petrolera nacionalizada 1974-2021*, EJV, Caracas, 2021.

¹⁸ Respecto a las características generales de la concesión, puede verse, entre otros: Matilla Correa, *op. cit.*, pp. 89-146).

¹⁹ Parece ser mayoritaria la regulación que entiende que se trata de un contrato. Así, por ejemplo: El artículo 116 de la Ley de Bosques se refiere a “los contratos o concesiones” de aprovechamiento de recursos forestales denotando equivalencia. De <<actos contractuales>> califica el artículo 76 de la Ley de Aguas (G.O. 38.595 del 02/01/07) a las concesiones de aprovechamiento (sobre ello se volverá más adelante). En contra, sería el caso de la Ley de Minas (Decreto con rango y fuerza de Ley 295 del 05/09/99 G.O. 5.382 Extraordinario del 28/09/99), que ordenó la conversión de los contratos preexistentes en concesiones o autorizaciones de explotación (artículo 132), definidas como un acto del Ejecutivo Nacional mediante el cual se otorgan derechos e imponen a obligaciones a los particulares para el aprovechamiento de los recursos minerales (artículo 24). También define a la concesión de uso del espectro radioeléctrico como un acto administrativo unilateral el encabezamiento del artículo 73 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, pero, en la parte final del encabezamiento del mismo precepto, señala que las relaciones derivadas de una concesión se regularán <<...en el respectivo contrato de concesión>> (G.O. 39.610 del 07/02/11 <<reimpresión por error material>>).

²⁰ Artículo 2 de la Ley Orgánica sobre la promoción de la inversión privada bajo el régimen de Concesiones, aplicable supletoriamente a las concesiones demaniales.

²¹ Véase, entre otros, aunque sin pronunciarse contundentemente: (Badell Madrid, *op. cit.*, pp. 23-33). No obstante, en el Derecho venezolano, como acto administrativo define a la concesión de servicio público Araujo-Juárez, José: *Derecho Administrativo General. Servicio Público*, Ediciones Paredes, Caracas, 2010, pp. 120 y 237. El dato del derecho positivo en este asunto es determinante, como destaca Garrido Falla, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*. Parte general: conclusión, Volumen II, 11^o ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 532. Una posición ecléctica la plantea por ejemplo Hernández-Mendible, Víctor Rafael: <<Los títulos habilitantes y las actividades económicas de interés general>>, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Núm. 16*,

existencia de esta figura en el Derecho Administrativo venezolano²². Contrato estatal o público, para otro sector de la doctrina²³.

B. *La existencia de un derecho real administrativo del concesionario a pesar del régimen legal general*

Curiosamente, a contravía de lo expresamente dispuesto en la Ley Orgánica de Bienes Públicos²⁴, no solo la doctrina²⁵ sino incluso la legislación general²⁶ y buena parte de la sectorial²⁷, destaca expresamente que las diversas concesiones de bienes del dominio público otorgan un derecho real administrativo (o simplemente <<un derecho>>) al concesionario, en atención a los lineamientos conceptuales de estos últimos²⁸. Es decir, un derecho real cuyo

R.V.L.J., Caracas, 2021, pp. 294-296, quien señala que, dada la falta de uniformidad de su régimen, en algunos casos las concesiones serán actos unilaterales y en otros bilaterales o contractuales.

²² Cfr. Badell Madrid, *op. cit.*, pp. 27-33; Turuhpial Cariello, *Teoría...*, pp. 434-437); Turuhpial Cariello, *La actividad...*, pp. 346 y 350; PEÑA SOLÍS, José: *Manual de Derecho Administrativo. La actividad de la Administración Pública: de policía administrativa, de servicio público, de fomento y de gestión económica*, Vol. 3º, TSJ, Caracas, 2003, pp. 356-366 (aunque este se refiere exclusivamente a la concesión de servicio público); LEAL W., Salvador: <<El régimen de concesiones públicas>>, en Parra Aranguren, F. y A. Rodríguez García (Edits.): *Estudios de Derecho Administrativo. Libro homenaje 20 años de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela*, TSJ, Caracas, 2001, p. 72), no obstante que este parece aludir fundamentalmente a las concesiones de obra pública y de servicio público. En similar sentido apuntan los criterios de la Sala Político-Administrativa del TSJ, como puede verse por ejemplo en la decisión 187 del 05-02-2-02, citada en Brewer-Carías, Allan R.: *Sobre las nociones de contratos administrativos, contratos de interés público, servicio público, interés público y orden público, y su manipulación legislativa y jurisprudencial*, EJV, Caracas, 2019, p. 178.

²³ Véase: Brewer-Carías, Allan R.: <<Prólogo. Sobre el régimen constitucional aplicable a las concesiones de obras y servicios públicos>>, en Romero Mendoza, A. (Coord.), *Régimen legal de las concesiones públicas. Aspectos jurídicos, financieros y técnicos*, EJV, Caracas, 2000, pp. 10-16. Como contrato sinalagmático, solemne, aleatorio, a título oneroso, de adhesión y de Derecho Público, caracteriza a la concesión González Berti, *op. cit.*, pp. 200-202.

²⁴ Dispone su artículo 75: <<Las concesiones sobre Bienes Públicos no crean derechos reales; solo otorgan frente a la Administración y sin perjuicio de terceros, el derecho a realizar el uso, aprovechamiento o explotación del bien; de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes>>. Sin embargo, el artículo 77 *eiusdem* establece una regulación que luce contradictoria con el primer precepto, al disponer, en la hipótesis de enajenación de bienes públicos, que: <<...los titulares de derechos vigentes sobre ellos que resulten de concesiones otorgadas...>> tendrán derecho preferente para su adquisición.

²⁵ Domínguez Guillén y Pérez Fernández, *op. cit.*, p. 45; Ghazzaoui Piña, *Notas...*, p. 133; Ghazzaoui Piña, Ramsis: <<La caducidad como forma de extinción de las concesiones demaniales y las garantías del concesionario: el caso de las concesiones mineras>>, *Revista Derecho & Sociedad Núm. 45*, UMA, Caracas, 2015, pp. 334-335; Ghazzaoui Piña, *El Decreto...*, p. 66).

²⁶ Artículos 73.2 y 174 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

²⁷ Artículo 24, *in fine*, de la Ley de Minas. El artículo 29 *eiusdem* califica de derecho real inmueble al derecho de exploración y explotación; artículos 107 y 138 de la Ley de Bosques; artículo 73, primer aparte, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; artículos 76, 83 y 106 de la Ley de Aguas.

²⁸ Véanse, entre otros: Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo. Parte general...*, p. 759; Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo General...*, p. 241); Turuhpial Cariello, *La actividad...*, p. 345.

libre ejercicio en los términos en que se concede²⁹ deberá garantizar la Administración Pública concedente, lo que distingue a la concesión demanial del permiso o autorización³⁰.

C. *El carácter predominantemente reglado de la concesión*

Característica de la regulación de las concesiones demaniales en la legislación sectorial venezolana es su nivel de detalle en cuanto a la delimitación de las potestades de la Administración Pública concesionaria, tanto en lo que se refiere al otorgamiento de la concesión (veremos que incluso en el ámbito del demanio hídrico, entre otros, pareció encuadrar según alguna regulación en un procedimiento de tipo concursal o de concurrencia competitiva), como en lo atinente a las potestades de seguimiento o supervisión³¹. No así, en algunos casos, para la terminación anticipada³². Por tanto, se trata de actuaciones convencionales densamente reguladas y predominantemente regladas, con lo que el carácter discrecional que en ocasiones señala la doctrina en otros países, sobre todo bajo los moldes clásicos del régimen de las concesiones de dominio público, parece resultar de difícil acomodo.

²⁹ Badell Madrid, *op. cit.*, p. 416), Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo. Parte general...*, pp. 757-758). Como derecho real inmueble –para el caso de las concesiones de hidrocarburos– lo califica Caballero Ortiz, Jesús: *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, EJV, Caracas, 1982, p. 68. En el caso español, referencia obligada es González Pérez, Jesús: <<Los derechos reales administrativos>>, *Revista de la Facultad de Derecho de México* Núm. 25-26, UNAM, México 1957, pp. 79-114). Por su parte, Garrido Falla, *op. cit.*, pp. 456 y 532, luego de referir la clásica posición de González Pérez, señala que la forma típica de surgimiento de los derechos reales administrativos es la concesión de bienes del dominio público. Véase también, entre otros: Fernández Acevedo, Rafael: <<Las concesiones demaniales en el tráfico jurídico-privado>>, en De Reina Tartièrre, G. (Coord.), *Dominio público. Naturaleza y régimen de los bienes públicos*, Heliasta, Buenos Aires, 2009, pp. 341-345); De La Riva, Ignacio M.: <<La concesión de uso de bienes del dominio público>>, *Jurisprudencia Argentina, número especial, fascículo 13*, 2010-III, p. 60; Parada, Ramón: *Derecho Administrativo III. Bienes Públicos. Derecho Urbanístico*, 8º ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 85. En similar sentido, se destaca que el uso privativo de un bien demanial otorgado en concesión es un derecho real administrativo (Sánchez Morón, Miguel: <<Los bienes públicos en general>>, en Sánchez Morón, M. (Dir.), *Los bienes públicos (régimen jurídico)*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 57-58). Véase también: Marienhoff, Miguel: *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Dominio público*. 4º ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 59-61, 402-412, 435-439 y 453-455). Sobre los derechos reales administrativos para el Derecho Administrativo francés, pueden verse, entre mucho otros: De Laubadère, André et Yves Gaudemet: *Traité de droit administratif*, Tome 2. Droit administratif des biens, L.G.D.J., Paris, 1998, pp. 210-214); Richer, Laurent: <<Les cent ans de la théorie des droit réels>>, *Colloque Contrats et propriété publics*, Montpellier, 28-29 avril 2011, pp. 1-8. <https://www.laurentricher.fr/wp-content/uploads/2020/07/Les-cent-ans-de-la-th%C3%A9orie-des-droits-r%C3%A9els.pdf>; Grosdidier, Jean: <<L'attribution de droits réels aux occupants du domaine public: une reformulation a-propiété riste>>, *Les annales de Droit* 7, 2013, p. 111-136. <https://journals.openedition.org/add/821>.

³⁰ En Derecho venezolano véase Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo. Parte general...*, p. 759. Cfr. entre otros: De La Riva, *op. cit.*, pp. 57-58); Marienhoff, *Permiso especial...*, pp. 17-22). No es el caso entrar a examinar los criterios distintos, no siempre uniformes en la doctrina, entre cada categoría autorizatoria de uso de bienes demaniales. Para Venezuela, puede verse recientemente: Hernández-Mendible, *Los títulos...*, pp. 275-310). En el caso español, véase, por ejemplo: García Pérez, Marta: <<Naturaleza jurídica de la autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público>>, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña Núm. 1*, 1997, pp. 337-351.

³¹ No así en el caso de la concesión del demanio costero, escasamente regulada. Mientras que, en otros ordenamientos, se destaca la preponderante discrecionalidad administrativa en muchos aspectos de la concesión (v.g. Garrido Falla, *op. cit.*, p. 533).

³² V.g. Artículo 73.6 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

D. *La inexistencia de concesiones a perpetuidad*

Debido muy probablemente a las desafortunadas experiencias de muchos países iberoamericanos con las empresas multinacionales en esta materia³³, y también a la tendencia de ir reduciendo los plazos de las concesiones de explotación de hidrocarburos a los grandes consorcios petroleros internacionales en el caso venezolano, proceso este último que pareció culminar con la reserva de la década de los setenta, la regla es el otorgamiento de concesiones con tiempo prefijado, recogida actualmente en los artículos 113 y 156.16 del texto constitucional³⁴. A ello se agrega que un sector de la doctrina entiende que, por su propia naturaleza, la concesión de un bien del dominio público debe ser temporal³⁵.

Esbozados brevemente los principales caracteres que delinear el régimen de las concesiones de bienes del dominio público en Venezuela, procede entrar a analizar el asunto con más detalle, ahora en el caso concreto del demanio hídrico.

II. LA CONCESIÓN DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

1. *Antecedentes normativos*

Iniciando el último cuarto del siglo XIX, la codificación civil venezolana estableció un régimen dual para los cursos de agua, según se tratara de bienes del dominio público o bienes susceptibles de apropiación privada, como se acotó en otra ocasión³⁶. En el primero de los casos, su uso privativo correspondía entonces a los particulares mediante técnicas habilitantes, específicamente concesorias³⁷. Uso privativo que fue regulado mediante la legislación sectorial de las aguas del siglo XX, teniendo como punto culminante, antes de la publicación de los recursos hídricos que tuvo lugar con la Constitución de 1999, un reglamento parcial de 1996 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas. Allí se detalló el régimen para el otorgamiento de las respectivas concesiones de uso y aprovechamiento, asunto que será tratado más adelante.

³³ Quizá en parte, por ello, al referirse a los propósitos de las nacionalizaciones en Latinoamérica, incluyendo las que tuvieron lugar en Venezuela en la década del setenta del siglo pasado, se señala que tuvieron un contenido político y estratégico, como reacción contra el capital extranjero, más que contra el capitalismo, como afirma Caballero Ortiz, *op. cit.*, pp. 75-76)

³⁴ Artículo 113: “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”. Artículo 156.16, *in fine*: “El Ejecutivo Nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido”. Véase, por ejemplo: Brewer-Carías, *Prólogo...*, p. 13. En el caso de la concesión de aprovechamiento de aguas, ya la legislación preconstitucional fijaba su carácter temporal (artículo 92 de la hoy derogada Ley Forestal de Suelos y Aguas).

³⁵ Badell Madrid, *op. cit.*, pp. 298 y 302.

³⁶ *Cfr.* Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: <<Aproximación al régimen jurídico de los recursos hídricos en Venezuela. Especial referencia a su marco institucional y regímenes de control y sancionador>>, en Pimiento Echeverría J.A. y G. García Álvarez (Coords.), *Lecturas de Derecho de Aguas. El Derecho de Aguas en Latinoamérica y Europa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pp. 125-132, así como la bibliografía allí citada, especialmente: Brewer-Carías, Allan R.: <<Estudio sobre el régimen de las aguas>>, en *Ley de Aguas*, EJV, Caracas, 2007, pp. 22-39. Véase también: Hernández-Mendible, Víctor Rafael: <<El régimen de las aguas en Venezuela>>, *Revista de Derecho Público Núm. 165-166*, EJV, Caracas, 2021, pp. 253-254.

³⁷ Véase al respecto: Polanco Alcántara, Tomás: *Derecho Administrativo Especial*, UCV, Caracas, 1959, pp. 172-179.

2. *Su mayor importancia teórica luego de la publicación constitucional de los recursos hídricos*

Consecuencia de la publicación de todos los cursos de agua establecida en el artículo 304 de la Constitución de 1999³⁸, es la mayor importancia que –al menos en teoría- adquieren las técnicas autorizatorias y concesorias para la explotación de los recursos hídricos. Ello, toda vez que ya estos últimos dejan de ser de potencial apropiación privada, por lo que su uso y aprovechamiento –en la hipótesis de que no sea el común o general al que tiene derecho la colectividad- se supeditan a las políticas y gestión estatales³⁹.

Por consiguiente, la concesión de aprovechamiento de recursos hídricos se debería convertir en el título jurídico usual para los grandes aprovechamientos de las aguas (uso privativo) a ser empleado por los particulares o personas privadas⁴⁰. No obstante, todo indica que la escasa aplicación del régimen legal seguirá prevaleciendo⁴¹. De allí que lo que aquí se expone tiene un propósito y ámbito predominantemente teóricos.

Así las cosas, cabe exponer brevemente los principales caracteres de la concesión de aprovechamiento de aguas conforme a su regulación legal⁴² y reglamentaria⁴³, lo que se hace de seguida.

3. *Distinción con otras figuras afines de aprovechamiento de los recursos hídricos (asignaciones y licencias)*

La regulación de los usos privativos de las aguas, como bienes del dominio público, tiene su base en los artículos 61 al 70 y 75 al 83 de la Ley de Aguas. De acuerdo con el artículo 75 de esta: “*Los usos con fines de aprovechamiento de aguas para generación hidroeléctrica, actividades industriales y comerciales, serán sujetos al otorgamiento de una concesión o asignación*”. Ello queda complementado con lo dispuesto en el artículo 61.2 *eiusdem*, que clasifica a los usos de las aguas e incluye en la categoría de usos sujetos

³⁸ La <<constitucionalización>> de las aguas, a que se refiere Hernández-Mendible, *El régimen de las aguas...*, p. 253. Norma que tuvo como antecedente los trabajos realizados por la Comisión del Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos (COPLANARH) en la década del setenta del siglo XX. Véase al respecto la bibliografía citada en Torrealba Sánchez, *op. cit.*, pp. 125-169, especialmente: Brewer-Carías, Allan R.: *Derecho y Administración de las aguas y otros recursos naturales*, UCV, Caracas, 1976, pp. 45-78. Véase también: Azpúrua Q., Pedro Pablo: *Agua, ambiente y desarrollo. Papeles de Pedro Pablo Azpúrua*, UCAB -Fundación Polar, Caracas, s/f, pp. 21-576. <https://bibliofep.fundacionempresasolar.org/publicaciones/libros/agua-ambiente-y-desarrollo/>.

³⁹ Véase: Brewer-Carías, *Derecho y Administración...*, pp. 39-54.

⁴⁰ En materia de aprovechamiento recursos hídricos, la concesión ha sido descrita como <<pedra angular de todo el sistema>> (Martín-Retortillo, Sebastián: *Derecho de aguas*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p.: 266) o <<eje del sistema de utilización de los recursos>> (*Ibidem*, p. 273).

⁴¹ *Cfr.* Duque Corredor, Román J.: <<Breve relación sobre la reforma del régimen jurídico de las aguas en Venezuela>>, *Congreso Internacional de Códigos y Desafíos para Enfrentar la Crisis del Agua*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 2014, pp. 315-323. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/43527>. La falta de aplicación de la legislación de aguas en Venezuela ya había sido puesta de manifiesto, por ejemplo, en: Azpúrua Q., Pedro Pablo y Cecilia SOSA G.: *Hacia una Ley de Aguas. Evolución del Proyecto de Ley (1972-1982)*, s/e, Caracas, 1982, s/p.

⁴² Ley de Aguas, G.O. Núm. 38.594 del 02/01/07.

⁴³ Reglamento de la Ley de Aguas, Decreto N° 3.367 del 12/04/18, G.O. Núm. 41.377 del 12/04/18.

a concesión, asignación o licencia, los siguientes: abastecimiento a poblaciones; agrícolas; actividades industriales; generación de energía hidroeléctrica y comerciales⁴⁴.

En tanto, los usos comunes o generales son libres (no sujetos a control previo), como establece el artículo 73, actualizando la regulación del Código Civil. A saber:

<<Usos no sujetos a control previo.

Todos pueden usar las aguas sin necesidad de concesión, asignación o licencia, mientras discurren por sus cauces naturales, para bañarse y otros usos domésticos, así como para abreviar el ganado y para la navegación. Igualmente, todos pueden usar y almacenar las aguas pluviales que precipiten en sus predios. Estos usos llevarán a cabo sin detener ni cambiar el curso de las aguas, deteriorar su calidad o afectar su caudal, ni excluir a otros usuarios y usuarias del ejercicio de sus derechos, cumpliendo con la legislación ambiental, sanitaria pesquera y de navegación>>.

Disposición que se reitera parcialmente en el artículo 61.1. *eiusdem*⁴⁵.

Queda así evidenciado que el régimen de uso y aprovechamiento de los recursos hídricos se basa en la distinción clásica entre usos comunes o generales y usos privativos o especiales⁴⁶, aplicable a los bienes del dominio público⁴⁷. Y, en el caso de los últimos, se aplican las técnicas habilitantes, que, de acuerdo con la Ley de Aguas, se manifiestan en tres categorías: concesión de aprovechamiento, asignación y licencia⁴⁸.

Ya se destacó la diferenciación clásica que recoge la Ley, entre usos privativos comerciales o industriales y usos comunes o generales (“domésticos”). En el caso de los particulares, será la modalidad concesoria la que proceda. En el supuesto de que los solicitantes sean órganos o entes públicos, la ley la denomina entonces “asignación”, para <<...la asignación de derechos preferentes sobre los volúmenes de agua necesarios para el cumplimiento de sus

⁴⁴ Puede verse el antecedente de esta disposición en: Polanco Alcántara, *op. cit.*, p. 173. Existe en la actualidad un muy incompleto proyecto de Ley Orgánica de Aguas presentado ante el Parlamento en junio de 2021. En la versión disponible en línea, en su artículo 30, intitulado: De los usos de las aguas, se establece: A los efectos del consumo responsable y sustentable de las aguas en fuentes superficiales y subterráneas, los usos más significativos y que están sujetos a la tramitación de concesiones, asignaciones y licencias, se reconocen como: 1. Abastecimiento para el Consumo Humano. 2. Agrícola y Pecuario. (Abarca Acuicultura, Piscicultura, Silvicultura, Ganadería, Pesca) 3. Actividades industriales (Incluye industria minera y petrolera) 4. Generación de energía eléctrica. 5. Comerciales y otras actividades económicas. 6. Usos de fuentes no convencionales: a. Agua de Mar. b. Agua de Lluvia.

⁴⁵ Tales normas tienen su antecedente en el Proyecto de Ley de Aguas elaborado por COPLANARH tres décadas antes (*Cfr. Azpúrua Q., op. cit.*, 471). Sobre este asunto puede verse, en el Derecho español: Martín-Retortillo, *op. cit.*, pp. 241-242.

⁴⁶ Cabe estar atento a los términos empleados en cada legislación, pues, por ejemplo, en el caso de los recursos hídricos, a veces se distingue entre usos comunes generales, usos comunes especiales y usos privativos.

⁴⁷ Véase también: Brewer-Carías, *Estudio...*, pp. 56-58; Fernández Morales, Juan Carlos: *Administración del Agua. Estudio Comparativo entre el Derecho español y venezolano*, ULA, Mérida-Venezuela, 2007, pp. 181-186. De manera general: Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo. Parte general...*, pp. 755-758; Turuhpial Cariello, *Teoría...*, pp. 436-437. En el Derecho español, pueden verse las consideraciones teóricas sobre el uso común general de los recursos hídricos, entre otros, de: Martín-Retortillo, *op. cit.*, pp. 233-237.

⁴⁸ Para el Derecho español, que distingue entre usos comunes generales, usos comunes especiales y usos privativos, y la necesidad de concesión para estos últimos, consúltense: *Ibidem*, pp. 247-250 y 258-261).

atribuciones>> (artículo 78)⁴⁹. El régimen de la asignación es el mismo de la concesión (y de la licencia), según dispone el artículo 79 *eiusdem*.

En cuanto a las licencias, estas son requeridas en las hipótesis de: <<...*usos de aguas en sus fuentes superficiales y subterráneas, con fines de abastecimiento a poblaciones, agrícolas y recreacionales sin fines de lucro...*>> (artículo 80). Es decir, usos que exceden de los llamados “domésticos”. Se trata del típico caso en el que distinguir el permiso de uso de la concesión sobre la base de meros criterios cuantitativos puede resultar insuficiente y problemático.

4. *Naturaleza jurídica contractual regulada por el Derecho Público*

Ya se adelantó la naturaleza contractual de la concesión de aprovechamiento de recursos hídricos⁵⁰, como lo dispone el artículo 76 de la Ley de Aguas al describirlas como <<*actos contractuales mediante los cuales se otorgan derechos e imponen obligaciones...*>>⁵¹. Ello se confirma al contrastar esa disposición con la caracterización legal de la licencia como <<acto administrativo>> que <<...*establece las condiciones bajo las cuales se aprovechará el recurso*>> (artículo 81)⁵². Puede verse claramente también aquí la antinomia con las disposiciones de la Ley Orgánica de Bienes Públicos, previamente referidas, en lo que se refiere al surgimiento de derechos en cabeza del concesionario.

5. *Objeto y beneficiarios.*

Cónsono con los criterios generales de la doctrina, la concesión de aprovechamiento de recursos hídricos se otorga a los particulares para la realización de actividades industriales y comerciales (artículo 75) que, por su magnitud, requieren usos privativos. No obstante, otros usos de importancia en lo cuantitativo solo requieren licencia, como lo son los agrícolas y de abastecimiento a poblaciones (artículo 80).

Se distingue así la concesión respecto del uso común general o libre por la magnitud, dado que la primera implica de suyo un carácter privativo. Lo que queda comprobado además, por el hecho de que la Ley aclare expresamente que, en ningún caso los usos generales o comunes, es decir, los libres, pueden conllevar la detención o alteración del curso de las aguas, o afectarlas en calidad o caudal, ni excluir a otros usuario en el ejercicio de sus derechos (artículo 73, *in fine*). Por argumento a contrario, los usos que hagan los particulares susceptibles de causar tales efectos, en caso de que puedan realizarse con sujeción al ordenamiento jurídico, estarán sometidos a concesión, en la mayoría de los casos, pues son privativos y no comunes.

⁴⁹ La distinción tiene su antecedente en el Derecho positivo en la reglamentación preconstitucional (hoy derogada), inspirada a su vez en el Anteproyecto de Ley de Aguas de la década del setenta del siglo pasado. Véase el artículo 27 del Decreto 1.400 ya referido, Normas sobre la regulación y el control... Y esta, a su vez, en el Proyecto de Ley de Aguas elaborado por COPLANARH (Véase: Azpúrua Q., *op. cit.*, p. 472).

⁵⁰ Ya Polánco Alcántara, *op. cit.*, p. 177 señala que esta concesión debía otorgarse mediante contrato.

⁵¹ Ya la normativa reglamentaria preconstitucional, al igual que la legal, calificaba a la concesión de aguas como contrato (artículos 28, 29 y 32 del ya referido Decreto 1.400, Normas sobre la regulación y el control...). La naturaleza contractual de la concesión demanial hidráulica es también señalada por Fernández Morales, *op. cit.*, p. 186).

⁵² En el Derecho español: Martín-Retortillo, *op. cit.*, p. 267), la define como una resolución administrativa de carácter unilateral.

6. *Limitada discrecionalidad en el otorgamiento.*

Como ya se adelantó, en el caso venezolano, en el otorgamiento de estas concesiones demaniales no hay un amplio margen de discrecionalidad, como sí puede haberlo en otros ordenamientos⁵³. Ello, por varias razones, tanto técnicas como políticas. Lo anterior también se manifiesta en la regulación de los recursos hídricos.

Así, por ejemplo, el artículo 78 de la Ley de Aguas establece que los entes del sector público tienen derechos preferentes al uso de los volúmenes de agua necesarios para el cumplimiento de sus atribuciones, a través de las correspondientes asignaciones, para lo cual se reenvía al correspondiente reglamento (artículo 79).

Por otra parte, ese otorgamiento de concesiones está sujeto al sistema de planificación hídrica regulada en la Ley (artículo 83)⁵⁴, para lo cual, entre otros mecanismos, se establece un registro obligatorio de usuarios como sistema de apoyo para el control administrativo, los planes de gestión integral y la protección de los derechos de los usuarios (artículo 85). Registro que incluye, por supuesto, a los usos sujetos a concesiones (artículo 86), y que es además soporte probatorio de los derechos sobre los recursos hídricos (artículo 87).

Estas normas legales son complementadas por las reglamentarias. En ese sentido, el Capítulo II, artículo 4° del Reglamento de la Ley de Aguas, establece una serie de criterios técnicos para la elaboración del balance demanda-disponibilidad del recurso hídrico, reenviando a su vez a la elaboración de normas técnicas. También da pautas en materia de protección y conservación de aguas subterráneas que inciden en los criterios para el otorgamiento de concesiones. Por ejemplo, las limitaciones volumétricas para establecer reservas renovables de aguas subterráneas (Art. 11); la generación de mapas de vulnerabilidad de acuíferos para priorización de zonas críticas (Art. 12); así como la identificación y protección de zonas de recargas de acuíferos (Art. 15).

Mención aparte requiere el Capítulo IX, intitulado: Criterios para la determinación de los instrumentos de control previo. En ese sentido, el artículo 36 dispone que el otorgamiento de concesiones se hará tomando en cuenta la disponibilidad media anual de las aguas y la variabilidad estacional de la fuente, así como los lineamientos de los planes de gestión integral de las aguas. Se agrega en el precepto que el volumen de extracción estará sujeto a las condiciones especiales de sequías u otros eventos, por lo que los volúmenes establecidos en las concesiones y demás actos no se garantizan. Finaliza el dispositivo reiterando que la Administración Pública concedente tomará las medidas necesarias para la protección y aprovechamiento sustentable del recurso hídrico⁵⁵.

⁵³ En contra: Fernández Morales, *op. cit.*, pp. 187-188, aunque señala que esa discrecionalidad no es absoluta, dada la necesaria adecuación de la concesión con la planificación hídrica y la necesidad de motivación en su denegatoria, invocando el marco legal y doctrinario español. A nuestro modo de ver, en el estado actual de evolución del Derecho Público es difícil sostener la persistencia de discrecionalidades absolutas. Y, por otra parte, los condicionamientos técnicos que deben evaluarse en el otorgamiento de la concesión conforme a la normativa legal y reglamentaria son abundantes, lo que obstaculiza sostener que la decisión respectiva sea prevalentemente discrecional.

⁵⁴ Se destaca que la planificación es en extremo fundamental para el encuadramiento de las concesiones (Martín Retortillo, *op. cit.*, p. 273), para concluir que <<...en nuestros días cabe convenir que es difícil comprender como puede ser otorgada una concesión sin referencia a un plan>> (*Ibidem*, pp. 281).

⁵⁵ Incluso, en la reglamentación preconstitucional se llegó a plantear el carácter competitivo del otorgamiento de la concesión, sobre la base del artículo 30 del hoy derogado Decreto 1.400 (Normas sobre la regulación y el control...), que establecía una serie de criterios para la selección de concesionario en la hipótesis de concurrencia de varios solicitantes, norma que lamentablemente

Asimismo, el solicitante de la concesión debe acompañar estudio técnico e hidrogeológico, conforme a los criterios y métodos que establezca la Administración Pública concedente, que demuestre que la fuente tiene la capacidad para producir el volumen y calidad requeridos para el uso, así como que la concesión no afectará los aprovechamientos preexistentes. Y en el caso de aprovechamientos subterráneos, en la hipótesis de que dos usuarios aprovechen el mismo acuífero o se presuma que existe interferencia entre pozos, la Administración Pública concedente determinará las características hidráulicas de la fuente. Y, de comprobarse disminución en los niveles y caudal requeridos, elaborará un cronograma de aprovechamiento para los usuarios, garantizando el acceso al recurso, pero también la protección de este (artículos 37 y 38).

Como puede verse, la abundancia de condicionamientos, tanto de política territorial ambiental e hídrica, como estrictamente técnicos, limita ampliamente y hasta condiciona el margen de elección de la Administración Pública concedente en el caso de las solicitudes de aprovechamiento de recursos hídricos⁵⁶.

7. *Efecto: otorgamiento de un derecho real administrativo.*

No es especialmente explícita la Ley de Aguas en cuanto a definir la naturaleza del derecho que se adquiere con el otorgamiento de la concesión, pues su artículo 76 se limita a disponer que esas <<otorgan derechos e imponen obligaciones para el uso del recurso con fines de aprovechamiento>>⁵⁷.

No obstante, si se entiende el derecho real administrativo como aquel mediante el cual el beneficiario de una concesión demanial tiene derecho a que la Administración Pública concedente, durante la vigencia del título – y por ende, en tanto no se produzca una terminación anticipada del mismo-, no solo le respete su derecho al uso, goce y aprovechamiento (según el caso) del bien concedido, sino que incluso tenga el deber de realizar prestaciones para su cabal ejercicio, así como aquel que pueda ser defendido frente a perturbaciones de

no recogió ni la Ley ni el Reglamento vigentes. No obstante, consideramos que tales parámetros mantienen su utilidad y deberían utilizarse como criterios, a saber: 1) Su conformidad con la política de distribución del recurso establecida por el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, en desarrollo de lo previsto en el artículo 17 de estas Normas. 2) Su compatibilidad con el Plan Nacional y los Planes Regionales de Aprovechamiento de los Recursos Hídricos. 3) Las investigaciones y estudios realizados. 4) Las mayores ventajas ofertadas. 5) Las mejores condiciones técnicas y económicas para responder del ejercicio de la concesión o de la asignación. Ese carácter concursal o competitivo se reflejaba aún con más claridad en el artículo 31 del mismo reglamento, al establecer que La Administración podría otorgar concesiones mediante licitación cuando lo juzgara necesario o así estuviera previsto en la planificación, así como que esas concesiones podrían comprender, además, la construcción o administración de la infraestructura necesaria para la captación, aducción, suministro y distribución de dichos recursos. Sobre este punto puede verse: Fernández Morales, *op. cit.*, pp. 194-195.

⁵⁶ Y es que, a pesar de que en la legislación española se consagra expresamente la discrecionalidad en el otorgamiento de las concesiones, señala la doctrina de ese país lo siguiente, que entendemos con mayor razón aplicable al supuesto venezolano: <<Resulta obligado realzar el contexto de las cláusulas generales que, como ya se dijo, entorna con carácter limitativo la discrecionalidad de todo el régimen concesional, y cuya vinculación jurídica resulta incuestionable: explotación racional de los recursos, afectación de las aguas a la riqueza nacional, menor consumo de agua; etc. En definitiva, todo un conjunto de cláusulas, de alcance inequívoco que, en efecto, imponen un muy notable condicionamiento de la discrecionalidad, al mismo tiempo que, en cuanto a los principios jurídicos que establecen, constituyen elemento a tener en cuenta para la confrontación jurisdiccional de lo actuado por la Administración>> (Martín-Retortillo, *op. cit.*, p. 290).

⁵⁷ Coincidía respecto a que el otorgamiento de la concesión para el aprovechamiento de recursos hídricos creaba un derecho: Badell Madrid, *op. cit.*, p. 416.

terceros mediante el uso de los medios jurídicos de defensa respectivos, de una interpretación armónica de la Ley puede concluirse que se está en presencia de esta categoría de derechos⁵⁸.

En ese sentido, los artículos 66 y 67 de la Ley de Aguas establecen un régimen de servidumbres con el fin de que los concesionarios ejerzan su derecho a ocupar los terrenos necesarios para la ejecución de las obras y para la realización de las actividades propias del uso sobre bienes públicos (artículo 66). Servidumbre a título gratuito si es sobre bienes demaniales (no prevé el caso de que se trate de bienes públicos del dominio privado), y a título oneroso si recae sobre bienes privados (artículo 67).

De forma similar, en una norma de dudosa constitucionalidad, los concesionarios tienen derecho a ocupar temporalmente terrenos de propiedad pública o privada que se requieran con el fin de realizar los estudios requeridos para ejercer sus derechos, previa autorización del Ministerio competente para otorgar la concesión, indemnizando por el daño emergente a los terceros afectados (artículo 68)⁵⁹.

Todos estos derechos que se otorgan al concesionario, incluso algunos cuestionables, llevan a sostener con razonable certeza que se está en presencia del otorgamiento de un ver-

⁵⁸ Véase: González Pérez, *op. cit.*, pp. 92-98. Sobre la caracterización general de los derechos reales en el ordenamiento venezolano, puede verse, entre otros: Domínguez Guillén y Pérez Fernández, *op. cit.*, pp. 185-255, y respecto a los derechos reales administrativos puede verse la referencia de Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo. Parte general...*, pp. 758-759.

⁵⁹ Y es de dudosa constitucionalidad, primero por el hecho de que, tratándose de la afectación del derecho de propiedad y de otros derechos de los terceros, pueda ser autorizada por la Administración Pública sin intervención judicial, lo que es admisible en la ocupación temporal regulada en la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social porque, en esta, la misma se destina a la ejecución de una obra previamente declarada de utilidad pública conforme a las exigencias de la misma Ley. En cambio, la ocupación temporal prevista en la Ley de Aguas no viene justificada por una previa declaratoria de utilidad pública que le dé sustento a la limitación legal de los derechos de los terceros particulares sobre ese bien que va a ser temporalmente ocupado, al punto de que no se requiera intervención judicial para su ejercicio. Ello, dado que la declaratoria de utilidad pública en esta ley sectorial se refiere a una genérica y etérea <<gestión integral de las aguas>> (artículo 7), declaración que, a nuestro modo de ver, no permite entender que el otorgamiento de concesiones de aprovechamiento de recursos hídricos sea de utilidad pública *per se* (y en esto la Ley vigente se diferencia del Proyecto COPLANARH, mucho más concreto y explícito, como puede verse en: Azpúrua Q., *op. cit.*, p. 465). Y, en segundo término, entendemos que es también constitucionalmente cuestionable que el legislador restrinja previamente la indemnización al daño emergente, excluyendo por argumento a contrario el lucro cesante, atentando injustificadamente contra el patrimonio del afectado y, por tanto, desnaturalizando el propósito de la indemnización (dejar indemne), que busca reparar cabalmente el daño patrimonial (Sobre el carácter integral del resarcimiento del daño, que incluye el lucro cesante en el caso del daño material, puede verse en el Derecho venezolano, entre otros: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Curso de Derecho Civil III. Obligaciones*, Editorial R.V.L.J., Caracas, 2017, pp. 240-242 y 276-277. Lo anterior, además, no queda subsanado en nuestro criterio por el hecho de que el artículo 68 *in fine*, atribuya al juez civil la potestad para fijar el monto en caso de desacuerdo entre las partes, pues este ya estará limitado en su prudente arbitrio. Otro argumento para apuntalar lo señalado es que en el Proyecto de Ley de Aguas elaborado por COPLANARH, se preveía la ocupación temporal conforme a lo previsto en la legislación de expropiación e indemnizándose al afectado por tal medida, sin las cortapisas que tiene el texto comentado (Azpúrua Q., *op. cit.*, p. 473). Como puede verse, el régimen de la ocupación temporal por parte del concesionario en la Ley de Aguas no respeta las garantías sustantivas ni procesales de los derechos de terceros, lesionando por consiguiente los derechos constitucionales de propiedad y de tutela judicial efectiva, así como a la Justicia como valor constitucional (Véase sobre el asunto: Domínguez Guillén, María Candelaria: <<Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones>>, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Núm. 7*, R.V.L.J., Caracas, 2016, pp. 88-106).

dadero derecho real administrativo anejo a la obtención de la concesión de aprovechamiento⁶⁰, y, por tanto, oponible *erga omnes*⁶¹.

8. *Carácter personalísimo vs. finalidad*

La concesión para el uso y aprovechamiento de recursos hídricos pareciera tener un carácter personalísimo o *intuitu personae* en el ordenamiento jurídico venezolano⁶², dado que el artículo 70 de la Ley de Aguas prohíbe su cesión o transferencia total o parcial⁶³:

Prohibición de cesión o transferencia. Se prohíbe a los y las titulares de concesiones, asignaciones y licencias, cederlas o transferirlas a terceros, total o parcialmente.

No obstante, eso parece relativizarse, en razón de que tal prohibición no viene dada tanto por las características personales del concesionario como por la finalidad específica de la concesión. En efecto, según lo establece el artículo 72 *eiusdem*, en la hipótesis de que se produzca la enajenación del inmueble donde se haya otorgado la concesión, esta podrá ser reasignada previa solicitud por (*rectius*: ante) la Administración Pública concedente, remitiendo al desarrollo reglamentario respecto a los criterios, requisitos y tramitación de tal reasignación.

En ese sentido, el artículo 51 del Reglamento no aporta mayor detalle, al limitarse a disponer que tal reasignación podrá realizarse hasta seis (06) meses antes del vencimiento del contrato o acto administrativo (también se admite la reasignación de licencias), así como que el nuevo usuario completará el período restante de la concesión y asumirá todos los deberes y derechos relacionados con el aprovechamiento otorgado en las mismas condiciones en que lo fueron originalmente. A su vez, el artículo 52 enumera los instrumentos que deben acompañarse a la solicitud de reasignación, a saber: la respectiva planilla; el título que acredite la condición de nuevo propietario del inmueble donde se encuentra la concesión y la copia del título del otorgamiento original.

En todo caso, esa posibilidad de “reasignación” al nuevo titular del inmueble donde opera la concesión obstaculiza sostener el carácter realmente personalísimo de la concesión.

9. *Contraprestación*

Por otra parte, el artículo 94 de la Ley de Aguas regula de forma bastante imprecisa el canon o pago de la concesión, denominándolo “contraprestación”, el cual estaría destinado a la conservación de la cuenca, sobre la base de una serie de parámetros, reenviando al reglamento los detalles de su cálculo. Como antecedente de esa regulación parece encontrarse una suerte de contribución parafiscal hoy derogada (de precario anclaje constitucional al haber sido establecida por norma sublegal)⁶⁴, lo que contribuiría a explicar la escasa claridad del

⁶⁰ En similar sentido: Azpúrua Q., *op. cit.*, p. 36). Para el Derecho de aguas español: Martín-Retortillo, *op. cit.*, pp. 258-260.

⁶¹ *Cfr.* González Pérez, *op. cit.*, pp. 101-102.

⁶² Así lo establecía expresamente el artículo 29.8.5 del Decreto 1.400 (Normas sobre la regulación y el control...). Una opinión doctrinaria señala esta característica como común a las concesiones administrativas (Matilla Correa, *op. cit.*, pp. 109-111).

⁶³ Sobre la cesión de derechos al uso privativo de las aguas, puede verse: Fernández Morales, *op. cit.*, pp. 203-207.

⁶⁴ Decreto Núm. 2.331 del 05/06/92 publicado en G.O. 35.042 del 04/09/92, derogado por la Disposición Derogatoria Única, *in fine*, de la Ley de Aguas. La inconstitucionalidad de esa regulación –a pesar de no estar ya vigente– fue declarada por sentencia de la SPA-TSJ Núm. 93 del 10/03/22.

precepto⁶⁵. Además, el hecho de que el texto legal se aparte de su antecedente más inmediato, a saber, las normas reglamentarias preconstitucionales, que establecían un canon y lo distinguían de cualquier aporte para la conservación de la cuenca hidrográfica⁶⁶, parece confirmar su naturaleza tributaria o parafiscal, antes que vinculada con una contraprestación contractual.

Pero hay más. El artículo 2° del Reglamento, contentivo de una serie de definiciones, se refiere a esa contraprestación como: <<...el pago que deben realizar todas las personas (...) beneficiarias de concesiones, asignaciones o licencias de aprovechamiento del recurso hídrico, con el objetivo de contribuir con la conservación de la cuenca, el cual será pagado de acuerdo a lo establecido en el acto autorizatorio correspondiente>>. Se calcula multiplicando el volumen de agua aprovechada por el factor de uso (este último resulta del producto entre la tarifa y el uso aprovechamiento), y <<su resultado se expresa en unidades tributarias>>.

El asunto parece volverse más complejo, pues el mismo precepto alude a una tarifa, definiéndola como: <<Canon establecido para la conservación y recuperación de la cuenca, expresado en Unidades Tributarias por metro cúbico de agua aprovechada>>, al igual que se refiere a un <<Uso por aprovechamiento>>, concibiéndolo como <<...una variable incluida en el cálculo del factor de uso, cuyo valor toma en cuenta el tipo de uso del agua, el tipo de fuente y la personalidad jurídica del solicitante. Es un valor adimensional; es decir, no se relaciona con ninguna dimensión física>>.

Como puede verse, el precepto dista de resolver las múltiples dudas acerca de la naturaleza jurídica y la forma de cálculo de tal contraprestación, así como de si es o no distinta de otras tarifas, contribuciones o cánones, asunto cuyo desarrollo excedería el propósito de estas páginas.

10. Plazo y causales de nulidad.

Establece el artículo 77 de la Ley de Aguas que el plazo máximo de las concesiones de aprovechamiento será de veinte años, prorrogable, para luego agregar que el mínimo no

⁶⁵ Lo que parece quedar corroborado con la regulación de la contraprestación en el Capítulo XIV, Del cálculo de la contraprestación por aprovechamiento, del Reglamento de la Ley de Aguas. El artículo 57 establece una fórmula matemática con sus respectivas tablas; el artículo 58 refiere que tales aportes serán usados para la conservación de la cuenca de la cual se surte el usuario, o si esta no lo requiere, del uso del <<aporte recaudado>> para la conservación de otras cuencas; el artículo 59 alude al cálculo de la contraprestación para las empresas hidroeléctricas y de abastecimiento de agua potable, determinado mediante el cálculo del 1% del ingreso total bruto para las empresas hidroeléctricas y el 0.5% para las de agua potable (salvo que se trate de entidades sin fines de lucro prestadoras del servicio de abastecimiento de agua potable, en cuyo caso será del 0.6%, conforme dispone el artículo 60. Por último, el artículo 61, intitulado <<Tarifa del aprovechamiento en el cauce del río Orinoco>>, establece lo que llama una <<tarifa>> que se aplicará a los usuarios que realicen el aprovechamiento directamente en el cauce del río Orinoco. Como puede verse, lejos de aclarar el asunto, el reglamento complica aún más la tarea de intentar esclarecer la naturaleza jurídica de la <<contraprestación>>, si es que todas esas normas se están refiriendo a ella, lo que también se presta a dudas.

⁶⁶ Véase el hoy derogado Reglamento (Decreto 1.400, Normas sobre la regulación y el control...): Artículo 28. *En las concesiones a título oneroso, el interesado cancelará al Fisco Nacional un canon por el aprovechamiento del recurso, calculado en base a la cantidad del recurso a aprovechar, su escasez relativa en el lugar donde se realizará el aprovechamiento, su calidad, la variabilidad de su régimen y su energía potencial. Parágrafo Único: El monto, forma y oportunidad del pago del canon señalado en este artículo, será establecido por el Ejecutivo Nacional mediante Decreto. En dicho Decreto se establecerán estímulos para la eficiencia en el manejo del recurso por parte de los concesionarios.*

podrá ser inferior al que se requiera para depreciar el valor de las obras construidas o amortizar el de las inversiones realizadas para el ejercicio de la actividad a que se destine ese aprovechamiento⁶⁷.

Por otra parte, además de lo dispuesto por el régimen general de las nulidades en el Derecho Administrativo, conforme a los artículos 83 y 106 de la Ley de Aguas las concesiones de aprovechamiento de recursos hídricos serán nulas si resultan contrarias a la ley, a reglamentos o a instrumentos de planificación territorial o de gestión integral de la aguas.

Nada establece, como ya se señaló, el Reglamento sobre terminación anticipada de la concesión, a diferencia de la normativa reglamentaria previa (Artículos 37 y 38 del Decreto 1400 (Normas sobre la regulación y el control...)⁶⁸. Tampoco sobre eventuales prórrogas hasta llegar al límite máximo, como sí contemplaba el artículo 39 de la normativa sub-legal derogada. En ambos casos habrá que atenerse a lo que disponga el contrato respectivo y, en su defecto, al marco legal aplicable supletoriamente.

11. Otras particularidades de la concesión

Una particularidad de esta concesión demanial la consagra el artículo 64 *eiusdem*, aunque no ajena a las cláusulas de la contratación pública, a saber: la *potestas variandi* por parte de la Administración Pública concedente, que implica el poder de suspender temporalmente las concesiones, o bien de modificar sus condiciones “...en situaciones de emergencia que provoquen conflictos por escasez temporal o permanente de las aguas”. Veamos su texto:

Suspensión o modificación temporal. El ministerio que ejerza la Autoridad Nacional de las Aguas podrá suspender temporalmente las concesiones, asignaciones y licencias de aprovechamiento o modificar sus condiciones, en situaciones de emergencia que provoquen conflictos por escasez temporal o permanente de las aguas. Asimismo, los beneficiarios de concesiones, asignaciones y licencias podrán solicitar la revisión del alcance y contenido de las mismas por causas que pudieran sobrevenir.

Se trata de una norma que regula, al menos, dos supuestos distintos que no están claramente diferenciados en su tratamiento. El primero, una emergencia que provoque una crisis temporal de disponibilidad de los recursos hídricos, que debería implicar entonces una igualmente temporal modificación de los términos de la concesión, y solo en última instancia su suspensión, atendiendo al principio de proporcionalidad de la actividad administrativa.

La segunda hipótesis, en cambio, implicaría un cambio radical en la situación fáctica que permitió el otorgamiento de la concesión, modificación determinada por una emergencia de “escasez permanente”. En tal hipótesis, la modificación o suspensión de la concesión sería, en un primer caso, igualmente temporal, entre tanto la Administración Pública logra solucionar o, al menos mitigar, tal escasez. En la hipótesis contraria, esto es, ante el acaecimiento de una emergencia que produce efectos permanentes impeditivos para que el uso y aprovechamiento concedido se mantenga en los términos originales, se trata de una causa de modificación permanente de circunstancias que obligarían a todo evento a un cambio igual-

⁶⁷ La norma tiene su antecedente en el Proyecto de Ley de Aguas elaborado por COPLANARH (Azpúrua Q., *op. cit.*, p 474). Ya se señaló que el artículo 92 de la preconstitucional Ley Forestal de Suelos y Aguas imponía la temporalidad de esas concesiones (máximo 60 años) que se regularían “por contratos especiales”. La prohibición de perpetuidad de las concesiones demaniales es, hasta donde sabemos, regla tradicional en el Derecho positivo venezolano. Sobre la temporalidad de las concesiones del dominio público hídrico puede verse también: Fernández Morales, *op. cit.*, p.190).

⁶⁸ Sobre la terminación anticipada de la concesión en el Derecho venezolano puede verse: *Ibidem*, pp. 202-203. También regulaba las causales de terminación anormal o anticipada el Proyecto de Ley de Aguas de COPLANARH (Azpúrua Q., *op. cit.*, pp. 478-479).

mente permanente en los términos de la concesión, es decir, a una renegociación contractual, y no a una suspensión indefinida⁶⁹. Esta última, en nuestro criterio daría lugar más bien a una terminación anticipada.

Queda, no obstante, otra posibilidad, atendiendo al tenor literal del título del precepto, a saber: que siempre se trate de una modificación temporal de los términos de la concesión, independientemente de que la escasez recursos sea temporal o permanente. En tal caso, lo que se está regulando es una *potestas variandi* siempre temporal, en atención al respeto a los derechos del concesionario, por lo que la Administración Pública concedente estará obligada a que tanto la suspensión como la modificación sean temporales.

Ello implica que tanto esta última, como en general todo el sector público competente para afrontar la emergencia, deberán resolver o mitigar esta de tal forma que, a la larga, la concesión siempre regrese a su operatividad en los términos en que fue otorgada, o, al menos, en condiciones aceptables para el concesionario. Esta solución interpretativa parece más cónsona con la protección de los derechos de este último, y no implica un deber absoluto de la concedente de mantener la concesión en casos de que esto resulte imposible, sino que, en el último caso, el supuesto de hecho será el de finalización anticipada de la concesión. Supuesto que, como ya se señaló, lamentablemente no encuentra regulación expresa para el caso de la concesión de recursos hídricos, más allá de expresarse la regla general de que el ente concedente no garantiza el caudal hídrico ni en cantidad ni calidad (artículo 36, único aparte, del Reglamento de la Ley de Aguas)⁷⁰.

Para cerrar este sub-epígrafe, cabe referir el contenido del artículo 63 (intitulado reserva y uso temporal de caudales y volúmenes) de la Ley de Aguas, que establece la potestad de la Administración Pública concesionaria para <<...reservar ciertos caudales para fines específicos o para ulterior asignación o concesión a entes públicos...>>, así como <<...autorizar el uso temporal de los mismos cuando los planes de gestión integral de las aguas no establezcan su utilización inmediata>>.

Se trata de una norma usual, en el sentido de que, dado que la gestión integral del recurso es un asunto de interés general y vista la publicación de todas las aguas, la reserva de cierta cantidad de esta –con sujeción al principio de proporcionalidad– para usos específicos de los entes públicos es admisible. No obstante, destaca el impropio uso de la expresión <<concesión a entes públicos>, dado que, como ya se vio, esa figura tiene como destinatarios a entes privados. Cabe señalar entonces que parece tratarse de un *lapsus calami* del Legislador, que en este precepto pareció equiparar la asignación con la concesión⁷¹.

⁶⁹ Sobre la revisión de las concesiones del demanio hídrico puede verse entre otros: Fernández Morales, *op. cit.*, p. 192).

⁷⁰ <<Disponibilidad para el otorgamiento. El otorgamiento de la concesión, asignación o licencia, para el aprovechamiento de las aguas superficiales o subterráneas se concederá tomando en cuenta la disponibilidad media anual de las aguas y la variabilidad estacional de la fuente, así como los lineamientos de los planes de gestión integral de las aguas. El volumen de extracción otorgado estará sujeto a condiciones especiales ante sequías y otros eventos extremos. En ningún caso, los contratos o actos administrativos señalados en este artículo garantizarán la invariabilidad de los volúmenes de extracción que allí se indiquen. En general, la Autoridad Nacional de las Aguas tomará todas las medidas que considere necesarias para la protección y el aprovechamiento sustentable del recurso>>.

⁷¹ Quizá el equívoco tiene su origen en los trabajos preparatorios de elaboración del Proyecto de Ley de Aguas presentado por COPLANARH en la década de los setenta. En el texto de una de las versiones del Proyecto se señala como potestad de la Administración Pública la de <<... reservar el aprovechamiento de los caudales que al efecto señale para fines específicos o para su ulterior asignación o concesión a entes públicos...>> (Azpúrua Q., *op. cit.*, p. 470).

Referidos los principales aspectos sustantivos de la concesión de aprovechamiento de recursos hídricos, procede ahora referirse a los procedimentales.

12. *Procedimiento para el otorgamiento*⁷².

A. *Preliminar.*

Es común en el Derecho positivo venezolano –y es el caso de la Ley de Aguas- que las leyes remitan la regulación de los procedimientos administrativos a los reglamentos, a pesar de que se trata de una materia de reserva legal nacional en nuestra tradición constitucional, como se refleja hoy en el artículo 156.32 de la Constitución de 1999. Por tanto, somos del criterio de que las normas reglamentarias deberían desarrollar los lineamientos que cada Ley sectorial establezca y no contener las pautas íntegras en materia procedimental, dado que se trataría de una cuestionable deslegalización. Pero, en razón de que ello no siempre es así, entendemos que esas regulaciones reglamentarias serán admisibles solo en tanto que no limiten derechos constitucionales sin basamento en norma legal expresa, se encuentre ella contenida en la respectiva regulación sectorial o, en su defecto, en el régimen general, que en el caso que nos ocupa es la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁷³.

Hecha esta acotación, pasa a describirse brevemente cómo se regula el procedimiento para la tramitación de la solicitud de concesión del demanio hídrico.

B. *Inicio*

Obtenidas las autorizaciones reguladas en las leyes de planificación territorial y ambiental (Art. 39 del Reglamento), la solicitud para el otorgamiento de la concesión se presentará ante la Administración Pública competente (actualmente el Ministerio de Atención de las Aguas), según la trascendencia o no para el interés nacional o estatal, en la sede central de esta o en sus dependencias regionales (Arts. 40 al 42). Los recaudos formales y el contenido del Estudio de impacto ambiental y sociocultural están descritos en los artículos 43 y 44, y se refieren tanto a exigencias técnicas para la evaluación de la solicitud como a la descripción de los impactos ambientales, la formulación de las medidas para la protección y conservación de ambiente, al igual que a la valoración de los costos ambientales a los fines de la protección de la respectiva fianza de fiel cumplimiento. A ello se agrega la formulación de los planes de supervisión y seguimiento ambientales.

Adicionalmente, el artículo 45 del Reglamento reitera las exigencias ya esbozadas en la Ley de Aguas para el otorgamiento de concesiones y otros títulos habilitantes, a saber: 1) Disponibilidad del recurso en cantidad y calidad requerida para el uso a que se destine el aprovechamiento, incluyendo la garantía de que los volúmenes ya comprometidos con la misma fuente de agua no serán afectados; 2) Que no se ponga en riesgo la salud pública o el ambiente; y 3) No afectación de los derechos de terceros.

C. *Sustanciación*

A pesar de la remisión legal al Reglamento, este último no contiene mayor regulación sobre la sustanciación del procedimiento una vez interpuesta la solicitud. De allí que cabe entender que, si es admitida luego de la verificación de los requisitos formales, será tramitada entonces sobre la base de los lineamientos generales de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

⁷² Véase sobre los antecedentes normativos: Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: <<El procedimiento administrativo de concesión por adjudicación directa de uso y aprovechamiento de recursos hídricos>>, *Revista de Derecho Núm. 10*, TSJ, Caracas, 2003, pp. 2003: 353-376.

⁷³ G.O. Núm. 2.818 extraordinario del 01/07/1981.

La única peculiaridad que en esta etapa establece, no solo el Reglamento sino también la propia Ley, es la regulación de la oposición por parte de terceros a la solicitud. Veamos esto seguidamente.

D. Oposición

La Ley de Aguas contempla expresamente la posibilidad de oponerse a la solicitud, así como establece las causales de esta, en el artículo 65, en los siguientes términos:

Artículo 65.- Toda persona que se crea con derecho o causa justificada podrá oponerse al otorgamiento de las concesiones, asignaciones y licencias de aprovechamiento de aguas y licencias de vertido. Son causales fundamentales para la oposición: 1. La existencia de mejor derecho. 2. La posibilidad de lesiones a derechos preexistentes, 3. La existencia de impedimentos técnicos, debidamente fundamentados. 4. Afectación al ambiente y generación de impactos ambientales y socioculturales irreversibles. 5. Estar en contraposición con los planes de ordenación territorial. La reglamentación de esta Ley establecerá el procedimiento a que se sujetará el trámite de las oposiciones.

Desafortunadamente, el reglamento no desarrolla este precepto, lo cual consideramos que hubiera sido conveniente al menos para las dos primeras causales, a los fines de esclarecer con precisión en qué consiste cada una y en qué se diferencian⁷⁴.

Dado que ello no es así, y a reserva de un estudio más detallado, proponemos como hipótesis interpretativa que el mejor derecho se refiere a aquel que tenga un potencial concesionario a obtener el otorgamiento, por cumplir de manera más idónea y cabal los requerimientos técnicos y ajustarse mejor en su propuesta a la planificación territorial, ambiental e hídrica⁷⁵. Mientras que la posibilidad de lesiones a derechos preexistentes se vincula con la probable afectación a los derechos de terceros respecto a usos privativos del mismo recurso en la misma zona o en zona aledaña, sean concesionarios, asignatarios o licenciarios. O bien, al riesgo de disminución del caudal en cantidad o calidad al punto de poner en riesgo los usos comunes o domésticos de los ribereños y demás usuarios. O incluso, a que la concesión pueda otorgarse de manera distinta en lo que se refiere a su ubicación, con el fin de no hacer demasiado gravosa una servidumbre u otra limitación al ejercicio de derechos de esos terceros⁷⁶.

Sin embargo, este último supuesto parece escasamente probable, dado que la mayoría de esos riesgos de producir situaciones innecesariamente dañosas deberían haberse evidenciado en los estudios técnicos presentados por el solicitante de la concesión, en caso de haber sido realizados adecuadamente.

⁷⁴ El artículo 34 del Decreto 1.400 (Normas sobre la regulación y el control...) regulaba la oposición y contemplaba como causales: 1) Argumentos de mejor derecho, 2) Argumentos de lesiones de derechos preexistentes y, 3) Impedimentos técnicos. Pero hay que tomar en cuenta que hasta 1999 había aguas susceptibles de titularidad privada. Además, concibiéndose con más claridad el otorgamiento de concesiones de recursos hídricos como potestades sujetas a procedimientos de concurrencia competitiva, resulta más claro el sentido de las dos primeras causales. Hoy en día, los dos primeros supuestos requerirían de mayor aclaración, salvo que se refieran al régimen transitorio de la Ley de Aguas, en lo concerniente a la publicación de aguas otrora de titularidad privada. En ese mismo sentido, ya Polanco Alcántara, *op. cit.*, p.173), se refiere como límite de la concesión de aprovechamiento de aguas a algunos derechos de los ribereños conforme al Código Civil, pero esas disposiciones quedaron derogadas con la Ley de Aguas.

⁷⁵ En similar sentido, *Ibidem*, pp.176-177), señala que en la Ley Forestal de Suelos y Aguas de 1942 disponía que, en caso de concurrencia simultánea de varias solicitudes para el aprovechamiento de las mismas aguas, la Administración Pública concedente debía considerar cuál ofrecía mayores ventajas y beneficios para la Nación, lo cual, en su criterio, seguía siendo aplicable.

⁷⁶ El ejemplo lo refiere Azpúrua Q., *op. cit.*, p. 218, como propuesto en las discusiones del Proyecto de Ley de Aguas de COPLANARH.

Lo que sí regula el Reglamento –aunque incipientemente- es el trámite procedimental de la oposición. De acuerdo con su artículo 49, esta puede ejercerse en cualquier fase de procedimiento, expresando claramente el opositor las razones en las que se fundamenta su solicitud y acompañada de los documentos que la justifiquen, de acuerdo con los causales establecidos en el artículo 65 de la Ley de Aguas. Admitida esta, se notifica al interesado –solicitante de la concesión- quien dispondrá de diez (10) días hábiles para responder a la oposición y presentar los documentos que estime pertinentes para respaldar sus alegatos. La interposición de la oposición no paralizará el procedimiento. Sin embargo, este no será decidido (en realidad, es la solicitud de otorgamiento la que no será decidida, decisión que culmina el procedimiento) hasta tanto se resuelva la oposición (artículo 50).

Un vacío reglamentario que deja en desventaja al texto vigente respecto al derogado (Decreto 1400, Normas sobre la regulación y el control...), es que el primero nada pauta respecto a la publicidad que debe hacerse a la solicitud de concesión, especialmente necesaria para que los interesados puedan apersonarse en el procedimiento con el fin hacer oposición. Y es que nadie puede oponerse a algo que desconoce⁷⁷.

En general, la regulación derogada, en lo atinente a la incidencia de oposición así como en otros asuntos, sin ser exhaustiva, era mucho más completa y orientaba de mejor forma la sustanciación del procedimiento administrativo⁷⁸. De hecho, el único aspecto realmente novedoso que contiene la reglamentación vigente en este punto es que su artículo 50 establece no solo que la oposición debe admitirse, sino que, realizado ello, debe notificarse “de inmediato” al solicitante de la concesión, para que dentro de los diez (10) días hábiles, a su vez, la responda y contradiga argumental y probatoriamente. Aclara también que la interposición de la oposición no tiene efectos suspensivos del procedimiento, pero que este no puede culminar hasta tanto se resuelva esta. Da la impresión, pues, curiosamente, de que, mientras en la normativa derogada se hacía énfasis en el resguardo de los derechos de terceros y en la protec-

⁷⁷ También los diversos textos del Proyecto de Ley de Aguas de COPLANARH hacían referencia a la necesaria publicación de las solicitudes de concesión con el fin de que pudieran concurrir al procedimiento todos los potenciales afectados por ellas (Azpúrua Q. y Sosa G., *op. cit.*, s/p.).

⁷⁸ Con fines ilustrativos la transcribimos parcialmente: <<Artículo 33. Recibida la oferta por el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, será evaluada y en caso de ser aprobada, se ordenará la publicación de su texto íntegro por cuenta del solicitante, dos (2) veces, con intervalo no mayor de siete (7) días, en un diario de los de mayor circulación nacional. Esta publicación se realizará a los efectos de salvaguardar los posibles derechos de terceros, mediante la apertura de un plazo para la formulación de oposición. Parágrafo Primero: En todas las publicaciones que se efectúen, se hará constar el número y fecha del oficio por medio del cual se autorizó la publicación. Parágrafo Segundo: Un ejemplar de cada publicación será presentado por el interesado, para ser agregado al expediente administrativo instruido al efecto, dentro de los treinta (30) días continuos siguientes a la fecha de la última publicación. Parágrafo Tercero: Transcurridos los dos (2) meses a que se refiere el parágrafo anterior sin haberse hecho la referida presentación, quedarán sin efecto todas las actuaciones practicadas. Artículo 34. A partir de la última publicación en prensa de la oferta de contrato, se abrirá un lapso de diez (10) días hábiles para la interposición de oposición, la cual será tramitada conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Son causales fundamentales de la oposición: 1. Alegatos de mejor derecho; 2. Argumentos de lesiones de derechos preexistentes; 3. Sustentos de impedimentos técnicos; Las personas con interés legítimo, personal y directo, podrán presentar oposición, mediante documentos demostrativos de sus alegatos, argumentos, sustentos o razones, debiendo acompañar todos los recaudos para determinar la procedencia de la misma. Artículo 35. Vencido el plazo para la oposición sin que se presente alguna, o si interpuesta queda firme su declaratoria sin lugar, el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables procederá al otorgamiento de la concesión y, mediante Resolución, ordenará la publicación del respectivo contrato en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela>>. (Decreto 1400, Normas sobre la regulación y el control...).

ción de la legalidad al momento de tramitar el otorgamiento de la concesión (y por eso se regulaba la publicidad de la solicitud) en la vigente el enfoque es más hacia la defensa de los intereses del concesionario.

E. *Terminación*

Nada regula a este respecto el Reglamento, por lo que resulta necesaria la aplicación de la legislación general, esto es, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en lo que se refiere a la culminación de procedimiento. Entendemos que es de vital importancia el requisito de la motivación en el acto administrativo que se pronuncie sobre la procedencia o no del otorgamiento de la concesión, en especial, en lo atinente a la información técnica que respalde el criterio sobre ello. Ello, se haya producido o no oposición por parte de terceros.

De hecho, habrá de tratarse de una motivación bastante pormenorizada para exteriorizar debidamente que la Administración Pública concedente verificó el cumplimiento de los parámetros en cuanto a la planificación territorial, ambiental e hídrica, por una parte, y por la otra, los múltiples requisitos en lo atinente a la protección en cantidad y calidad del recurso hídrico en el caso concreto, así como de los usos comunes o privativos de terceros pautados por la normativa y previamente referidos en estas páginas.

CONSIDERACIONES FINALES

De forma semejante a lo que sucede en varios países iberoamericanos, en Venezuela no existe una regulación general que pueda considerarse mínimamente idónea en lo que se refiere al establecimiento de las pautas que informan a la concesión de bienes del dominio público como categoría jurídica del Derecho Administrativo. De hecho, el reciente intento de disciplinar el tema de los bienes públicos mediante Ley resultó poco afortunado, por no decir infructuoso, en opinión de la doctrina especializada.

Menos aún se ha construido una teoría general de la concesión, ni de la concesión de bienes demaniales, en el Derecho Administrativo venezolano. Sí existen, en cambio, trabajos en diversos ámbitos sectoriales, especialmente en el caso de las concesiones mineras y de exploración y explotación de hidrocarburos, lo que obedeció a la propia dinámica económica y financiera de evolución y funcionamiento del Estado venezolano.

En efecto, en una sociedad rentista dependiente del Estado desde hace casi un siglo, el Derecho Administrativo en materia minera y, aún más, de hidrocarburos, tuvo marcada importancia como marco regulador del creciente protagonismo de esas actividades en tanto se convirtieron en la principal fuente de ingresos económicos del país.

Así pues, el estudio de las concesiones demaniales inició básicamente con el desarrollo de la legislación minera y de hidrocarburos, produciendo valiosos aportes doctrinarios en estos sectores, pero no un marco normativo o conceptual general.

En materia de recursos hídricos, la dualidad de regímenes aguas públicas-aguas privadas, persistente desde el último tercio del siglo XIX y que se extendió durante todo el siglo XX, generó un régimen igualmente sectorial, mediante las leyes que se ocuparon de ir normando los aspectos administrativos no regulados en el Código Civil. Por consiguiente, el tema de las concesiones de uso y aprovechamiento de aguas encontraba como primer obstáculo el que su empleo se debía limitar a las hipótesis de grandes aprovechamientos de aguas del dominio público. Tal supuesto encontró poca regulación en las disposiciones de rango legal, y más escasa aplicación aún. Ejemplo de ello es que no fue sino hasta la última década del siglo XX cuando se produjo un instrumento normativo sub-legal con vocación de integridad y sistematicidad sobre el tema de los recursos hídricos y de su aprovechamiento, en desarrollo de las leyes de décadas previas.

A partir de la publicación de todos los recursos hídricos en la Constitución de 1999, el tema de las concesiones de aprovechamiento de aguas debió haber adquirido mayor importancia. Ello, habida cuenta de que se trata de la técnica iuspublicista usual para la instrumentación y control de los grandes aprovechamientos de las aguas, ahora como bienes del dominio público en todas sus manifestaciones. No fue así, lo que se refleja en que hubo que esperar 7 años para que entrara en vigencia el instrumento de rango legal que desarrollara el mandato constitucional, y 11 más para que este último, a su vez, fuera objeto de desarrollo reglamentario.

En cuanto al marco general de las concesiones demaniales de recursos hídricos, puede señalarse que este responde a los caracteres clásicos de tal categoría en la legislación venezolana, en cuanto a que resultan los títulos habilitantes para el uso y explotación de cierta magnitud de una serie de bienes del dominio público (los llamados usos privativos). Título que, mediante la técnica de la contratación pública, otorga un derecho real administrativo de forma temporal y bajo una serie de condiciones técnicas detalladas que determinan y condicionan el ejercicio de las potestades administrativas tanto en su otorgamiento como en sus atribuciones de supervisión y seguimiento. Así pues, la presencia de la discutiblemente llamada <<discrecionalidad técnica>> es índice de la muy limitada verdadera discrecionalidad administrativa en toda la materia.

En lo que respecta a los pormenores de las concesiones de aprovechamiento de recursos hídricos, tanto la Ley como el Reglamento respectivos regulan de forma insuficiente, y a veces incluso deficiente, aspectos de especial importancia, contrastando esos vacíos con las soluciones previamente establecidas por el régimen preconstitucional, e incluso por el Proyecto de Ley de Aguas de COPLANARH. Ejemplo de ellos, la naturaleza y determinación de contraprestación o canon por el aprovechamiento concedido o los supuestos de terminación anticipada de la relación concesoria-contractual en el ámbito sustantivo. Y, en el procedimental, la tramitación de la oposición al otorgamiento de la concesión en el respectivo procedimiento administrativo. Se plantea, así pues, de *lege ferenda* y cuando la ocasión sea más propicia, la revisión del régimen legal y reglamentario de la concesión tratada en estas páginas.