

LA MINERÍA EN VENEZUELA Y EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL APROVECHAMIENTO DEL ORO

Mauricio Rafael Pernía-Reyes

Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Profesor de Derecho Público, Derecho Administrativo I, Derecho Administrativo III y de Instituciones Políticas de la Universidad Católica del Táchira. Especialista en Gerencia Pública por la Universidad Nacional Experimental del Táchira. Especialización en Derecho Procesal, Universidad Católica Andrés Bello (fase de tesis). Diplomado en Derecho Administrativo y Laboral por la Procuraduría General del Estado Mérida. Consultor Jurídico y Gerente General de empresas concesionarias de minas. Coordinador-fundador del Grupo de Estudios de Derecho Público e Instituciones Políticas UCAT. Autor de artículos científicos en Derecho Minero y Derecho de las Infraestructuras. Conferencista en congresos de Derecho Minero y Derecho Procesal. E-mail: perniareyes@ucatan.edu.ve

Recibido: 15-3-2012 • Aprobado: 30-4-2012

Revista Tachirense de Derecho N° 23/2012

ISSN: 1316-6883

103-129

Resumen

El presente trabajo tiene como propósito exponer el estado actual de régimen jurídico dual de la minería en Venezuela. El primero, que puede ser denominado como ordinario, y que regula a todos los yacimientos y minerales de la República, con ciertas excepciones derivadas de las competencias y la forma federal de Estado, y el segundo, el recientemente promulgado para el aprovechamiento del recurso oro y la totalidad de las actividades vinculadas a esta industria. Se analizan los presupuestos básicos de cada uno de los esquemas, concluyéndose que el Estado opta por la instrumentalización de la reserva de las actividades del oro fundamentado en la Constitución, ensanchando el número de actividades a su cargo, sustituyendo instituciones jurídicas tradicionales en nuestra legislación, y modificando substancialmente el modo de integración de capital privado en estas actividades.

Palabras claves

Concesiones. Nacionalización. Minería. Oro. Dominio Público

Abstract

This paper aims to present the current status of dual legal system of mining in Venezuela. The first, which may be termed ordinary and regulates all mineral deposits and the Republic, with certain exceptions resulting from the powers and the federal form of state, and second, the recently enacted for the exploitation of gold resources and all activities related to this industry. It discusses the basic assumptions of each of the schemes, concluding that the State elects to reserve the instrumentalization of the activities of gold based on the Constitution, expanding the number of activities within its purview, replacing traditional legal institutions in our legislation, and substantially changing the mode of integration of private capital in these activities.

Key words

Concessions. Nationalization. Mining. Gold. Public Domain

SUMARIO: Introducción. 1. Régimen jurídico ordinario de la minería en Venezuela. 1.1 Constitucionalización del régimen de los yacimientos mineros: a) titularidad pública del recurso; b) protección al medio ambiente; c) reserva legal nacional de la materia tributaria. 1.2 Régimen legal básico de la minería del Poder Público Nacional: a) la exploración; b) la explotación; las actividades auxiliares y conexas; c) modalidades para el ejercicio de actividades mineras; y d) extinción de los derechos mineros. 2. El régimen jurídico especial del oro. 2.1 Reserva estatal de las actividades principales y conexas del aprovechamiento del oro. 2.2 Naturaleza jurídica especial de los yacimientos de oro; 2.3 Del ejercicio de las actividades mineras del oro; 2.4 Migración a empresas mixtas de las modalidades comunes de explotación minera; 2.5 Regalías y las ventajas especiales; 3. Conclusiones.

Introducción

El presente trabajo tiene como objeto hacer un análisis, si bien abreviado, del régimen legal de las actividades mineras en Venezuela y en especial del relativo al aprovechamiento racional del recurso oro¹, que recientemente ha sido promulgado por el Ejecutivo Nacional, mediante Decreto Ley.

El análisis aquí expuesto comenzará por describir el régimen jurídico de las minas que ahora, con la entrada en vigencia del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro, así como las actividades conexas y auxiliares de éstas² (en adelante DLO), pasaría a ser el régimen ordinario pues ya no está sujeta a la regulación de la Ley de Minas vigente³ lo relativo a este recurso aurífero tal y como se deduce de la disposición derogatoria contenida en el artículo 37 del DLO⁴.

1 El oro (Au - del latín Aurum) es el elemento atómico numero 79 del sistema o tabla periódica de los elementos, comercialmente el mas conocido de los metales nobles. El cobre, la plata y el oro forman el grupo I-B de la tabla periódica de los elementos; los cuales son poco activos cuyas propiedades físicas se derivan de sus átomos y de la pequeña tendencia a ceder el electrón del nivel exterior. http://200.74.197.135/orobcv/index.php?option=com_content&view=article&id=61&Itemid=184 [Consulta, 2012, Marzo 24].

2 Decreto N° 8.413 publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.759 del 16 de agosto de 2011, con Reforma Parcial realizada mediante Decreto N° 8.683 del 8 de diciembre de 2011 y publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.063 Extraordinario, de fecha 15 de diciembre de 2011.

3 Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 5.382 Extraordinario, del 28 de septiembre de 1999.

4 En efecto, este artículo señala: "*Se derogan todas las normas que colindan con lo dispuesto en el presente Decreto Ley*".

Así mismo, se abordará el contenido del DLO que como se verá, modifica sustancialmente el régimen de las actividades mineras de este mineral por cuanto no se limita a declarar como de competencia estatal las labores para su aprovechamiento y de las actividades conexas, sino que varía la modalidad legal para que los particulares puedan acceder al mismo, su régimen tributario, incluso y en buena medida lo más resaltante, introduce nociones nuevas a la determinación de su naturaleza jurídica.

Para una mejor exposición de las ideas, estructuramos el presente trabajo en tres partes, a saber: Régimen jurídico ordinario de la minería en Venezuela (1); El régimen jurídico especial del oro (2), y; Conclusiones (3).

1. Régimen jurídico ordinario de la minería en Venezuela

El suelo y subsuelo de lo que es hoy Venezuela ha estado sometido a diversas legislaciones y reglamentaciones sobre su ocupación y aprovechamiento, por hallarse desde su historia temprana asociada a la idea de cuantiosas reservas de oro, cobre, perlas, salinas y, después, el carbón, petróleo, hierro y gas⁵.

Así, respecto a la legislación patria en materia de minas, el Instituto Tecnológico Venezolano del Petróleo señala que:

El estudio de la Legislación Minera en Venezuela se remonta al concepto de los contratos de arrendamiento de Exploración celebrados por la corona española durante el periodo de la Colonia sin embargo, el antecedente histórico del ejercicio de la exploración data en Venezuela de la época de la conquista en la cual, los conquistadores españoles buscaron infructuosamente lo que se denominaba "El Dorado"⁶.

De manera que, los antecedentes de la legislación minera venezolana tienen su fundamento en la española, tributaria del sistema regalista. Según este sistema, señala Amorér⁷:

...los yacimientos mineros pertenecen al Soberano, teniendo por objeto satisfacer las personales necesidades de los príncipes, quienes pueden

5 RUIZ RIVERA, Julián, introducción: *El cobre americano en la política de Castilla (Siglos XVI-XVII)* de Vivas Ramírez Fabricio, 1ª Edición, Caracas, Fondo Editorial de Humanidades y Educación de la Universidad Central de Venezuela, 2009, pp-7-8, señala que: *El cobre no se fue objeto de búsqueda en tiempo de la conquista como el oro, que atolondraba el entendimiento con sus maléficos efluvios. No obstante el territorio de Tierra Firme – la actual Venezuela- reunía todas las condiciones para albergar en sus entrañas las mayores riquezas del dorado metal por coincidir en todos los parámetros con el Cuerzono Aureo y las condiciones geográficas y climáticas precisas para darse allí, las cuales encandilaron a los Welser para conseguir la concesión del emperador Carlos I, con miras a la colonización de aquel territorio. Todavía a finales del siglo XIX, a propósito del enfrentamiento con Gran Bretaña por los territorios del Esequibo, el oro se mantenía como argumento de interés en el diferendo entre los dos países, prueba de los raciocinios aristotélicos sobre la curación del oro no eran tan extravagantes.*

6 PDVSA-INTEVEP (1997) en: <http://www.pdv.com/lexico/museo/minerales/legislacion.htm>[Consulta, 2012, Marzo 24].

7 AMORER, Elsa: *El régimen de la explotación minera en la legislación venezolana*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1991, p. 4.

concederlos a los súbditos mediante 'mercedes reales', en virtud de las cuales los interesados se obligan a prestar a los señores determinadas regalías.

En todo caso, la doctrina venezolana ha identificado cuatro grandes períodos en la evolución del Derecho Minero, a saber: el primero comprende desde los orígenes de la colonia hasta el año 1784; el segundo desde finales del siglo XVIII hasta los años de la post-independencia; el tercer se inicia con la Constitución de 1864 hasta la Ley de Minas de 1920 y, el cuarto período comienza con la Ley de Minas de 1920 hasta el período antes del Decreto con rango y fuerza de Ley de Minas de 1999⁸. Resulta pertinente agregar a lo anterior, dadas sus características, un quinto período que se iniciaría con el DLO en el 2011.

1.1 Constitucionalización del régimen de los yacimientos mineros

El constituyente venezolano de 1999 dedica diversos artículos para regular desde el rango de norma suprema los siguientes aspectos: a) la determinación del sujeto titular de los yacimientos mineros; b) su relación con el medio ambiente, y; c) el régimen fiscal de las minas. De seguidas se señala el contenido de esta regulación.

a) titularidad pública del recurso

En el artículo 12 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁹ (CRBV) determinó a los yacimientos de hidrocarburos, mineros y las costas marinas como del dominio público, detallando el catálogo de características que tal denominación comporta, al señalar que son inalienables e imprescriptibles¹⁰. Respecto del dominio público, Bocanegra y otros comentan que el mismo "(...) *está constituido por aquellas propiedades administrativas afectadas a la utilidad pública y que como consecuencia de esta afectación resultan sometidas a un régimen especial de utilización y protección*"¹¹.

⁸ BELLO, Humberto., *Historia de las Fuentes e Instituciones Jurídicas Venezolanas*. Caracas. Mobil Libros, 1989, p. 508.

⁹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.860, de 30 de diciembre de 1999; reimpressa por error material en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 Extraordinario, del 24 de marzo de 2000 y enmendada según Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N°5.908, del 19 de febrero de 2009.

¹⁰ Al respecto TURUHPIAL, Héctor, señala: "*Por primera vez en el ordenamiento jurídico venezolano se incluyen expresamente las minas dentro de los bienes del dominio público, conjuntamente con los hidrocarburos, salinas y tierras baldías, bienes todos estos que tradicionalmente formaban parte del dominio privado del Estado, siguiendo la doctrina y legislación proveniente de las Ordenanzas de la Nueva España que le atribuían el dominio a la Corona, asumiendo la tesis regalista cuyo fundamento histórico (...) nos devuelve a Roma, donde con el advenimiento del Imperio, los emperadores comenzaron a apropiarse de las minas y a incorporarlas a su patrimonio personal, hasta la época de JUSTINIANO, en las que las califica como cosas públicas, propiedad del pueblo en colectivo, susceptibles de ser dadas en arrendamiento con el objeto de percibir una renta que se denominaba vectigal.*" Caracas, FUNEDA, 2008, p. 134.

¹¹ Vid. BOCANEGRA SIERRA, Raúl, ALONSO María del Rosario y FERNÁNDEZ Francisco, "*Lecciones de Dominio Público*" Madrid, Editorial Colex, 1999, p. 18.

Los bienes del dominio público como propiedades administrativas, constituyen así una categoría sustantiva distinta de la propiedad de derecho común, toda vez que lo que persigue tal figura es que se consolide un régimen legal especial sobre determinadas cosas afectas a un fin de interés general y, por regla general, de utilidad pública, de manera que la explotación y uso de bienes del dominio público son regidas por el Derecho Público¹².

b) protección al medio ambiente

La protección y promoción de la defensa del medio ambiente la categoriza como una actividad transversal de diversos procesos industriales o de las actividades extractivas, por su inevitable impacto sobre el ambiente que estos representan. Esta tarea está encomendada a los poderes públicos en el artículo 127 de la CRBV, cuando indica que tienen la función de "proteger el ambiente". En este sentido, VILLEGAS MORENO, José Luis, comenta que:

El cumplimiento de este mandato constitucional se lleva a cabo fundamentalmente mediante normas de Derecho público y el papel central lo desempeña la Administración, lo que es consecuencia del carácter de interés o bien jurídico colectivo que tiene el medio ambiente y de la necesidad de que su protección se realice, como dice la Constitución, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable (Art. 128 constitucional), esto es, interviniendo en la utilización y disfrute de los recursos para evitar su pérdida o deterioro¹³.

En efecto, es la naturaleza vicaria de la Administración Pública venezolana, la que le confiere, mediante el cumplimiento de la CRBV y normas de rango legal y sublegal, el realizar tareas preventivas mediante la implementación de técnicas jurídicas que pueden ir desde la aplicación legal de procedimientos administrativos, licencias, o permisos, hasta la presentación de Estudios de Impacto Ambiental y Socio Cultural (EIASC) que, desde 1999 tienen rango constitucional.

Así, el artículo 129 de la CRBV señala que:

*Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de **estudios de impacto ambiental y socio cultural**. El Estado impedirá la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas. Una ley especial regulará el uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas.*

En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que

¹² De esto, GONZÁLEZ GARCÍA, Julio, comenta: "El resultado de ello es concluir que el bien y los fines que se pretenden conseguir están especialmente conectados con el ámbito de los intereses generales representados por ese ente público y no por otro." Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 1998, p. 139

¹³ VILLEGAS MORENO, José Luis. San Cristóbal, "Derecho Administrativo Ambiental", Colección Textos, Librería y Galería Sin Límite, 2009, p. 107.

afecten los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley.(Resaltado nuestro)

En definitiva, la actividad minera, como especie del género de las actividades extractivas, requiere cumplir con una serie de actividades antes, durante y después de la actividad minera, que por lo menos, incluye el período de vigencia del derecho otorgado para el aprovechamiento del recurso correspondiente.

Sin ánimos exhaustivos, los promotores de desarrollo mineros o concesionarios, deberán contar con: estudio de factibilidad técnico, financiero y ambiental al final de la fase exploratoria (i); constituir fianzas ambientales sobre el Estudio de Impacto Ambiental y Socio Cultural (EIASC) que debe presentar a la Administración Ambiental del Ejecutivo Nacional (ii); para la aprobación de lo anterior deberá transitar por la obtención inicial del derecho minero particularmente del denominado Certificado de Explotación, que junto al EIASC, dará como consecuencia la emisión de la Acreditación Técnica del mismo por la autoridad ambiental competente, siendo esta acreditación requisito para la obtención de la ocupación del territorio, la cual puede variar de autoridad competente en razón de que el área a explotar puede estar bajo un área bajo régimen de administración especial (ABRAE) como sea zona de seguridad fronteriza, turística, industrial, urbana, entre otras, para finalmente, obtener la Afectación de Recursos (iii), instrumento que permitirá a la Administración Ambiental la realización de prácticas fiscalizadoras como la auditoría ambiental, para medir el impacto de la actividad concesionada.

Así mismo, el concesionario debe asegurarse, de conformidad con la Ley de Minas de 1999, de materializar el cierre de minas, como proceso que permita restituir el ambiente al estado más próximo al original, esto es, antes de la intervención para el aprovechamiento minero.

c) reserva legal nacional de la materia tributaria

Por último, de las regulaciones de carácter constitucional que conforman la actividad minera venezolana, se señala lo correspondiente al criterio de fiscalidad sobre los yacimientos mineros. Así, el artículo 156 de la CRBV indica:

Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(...)

16. El régimen y administración de las minas e hidrocarburos, el régimen de las tierras baldías, y la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país.

Esta previsión del constituyente procura establecer una reserva legal a la ley formal y material para el establecimiento del régimen y administración de las minas, y con ello, regular lo referente a las modalidades de explotación y aprovechamiento del recurso, la aplicación del poder tributario de la República,

en materia de fiscalización y recaudación de los tributos correspondientes, excluyendo que mediante normas de distinto rango, así como otras personas de derecho público territorial, regulen estas actividades.

Los tributos mineros están constituidos por el impuesto superficial y el impuesto de explotación. El primero de ellos tiene como hecho imponible la carencia de explotación a partir de la fecha del otorgamiento del derecho minero, o de un acto posterior, como lo es el Certificado de Explotación. Se liquida por trimestres vencidos y su fijación está establecida de manera gradual que comprende las hectáreas otorgadas y el tiempo de vigencia del derecho minero. Por su parte, el impuesto de explotación se verifica y liquida mensualmente y toma como base la producción mensual del mineral y el precio de referencia fijado por el Ejecutivo Nacional para su venta, variando la alícuota dependiendo del mineral de que se trate.

Estas modalidades impositivas no han transitado sin oposición por parte de cierto sector de la doctrina que no les otorga la categoría de tributo, concretamente del impuesto de explotación, en razón de que por su naturaleza, se asemeja más a un pago al Estado, como la regalía, fundamentado en el aprovechamiento de un demanio, teniendo en cuenta que si bien su previsión está en la ley, no obstante su alícuota o forma de pago deviene de la emisión del título minero correspondiente que otorga el derecho real inmueble de la concesión. Así, a la clásica distinción de los tributos en impuestos, tasa y contribuciones, pareciera no subsumirse el impuesto de explotación pues su existencia no es por imposición de la ley, sino del pacto de concesión, luego, su origen es convencional¹⁴.

1.2 Régimen legal básico de la minería del Poder Público Nacional

La actual legislación así como su normativa reglamentaria corresponde al Decreto N° 295 del 5 de septiembre de 1999 con rango y fuerza de Ley de Minas y su reglamento general de 2001. Esta ley viene a sustituir la Ley de Minas de 1945 normativa bajo la cual se otorgaron la mayoría de los títulos mineros y demás derechos vigentes en la actualidad. Seguidamente trataremos las instituciones más resaltantes en esta legislación.

¹⁴ Así opina BADELL, Rafael, al señalar: "*El pago del "impuesto de explotación" es esencialmente convencional, encuentra su casusa en un contrato o convenio en el cual el cocesionario ha aceptado voluntariamente pagar una determinada cantidad como contraprestación al derecho otorgado por el Estado a la explotación de un recurso del dominio público; la circunstancia de que dicho pago este previsto en una ley (como ocurre con el impuesto de explotación previsto en la LM), en nada contradice su carácter convencional, pues la obligación de pago nace únicamente con la firma del contrato de concesión o, en su defecto, del convenio respectivo. Los tributos por el contrario, encuentran su causa en la voluntad unilateral del Estado -manifestada a través de la ley- de imponer de forma general, abstracta y coactiva una prestación obligatoria; el poder tributario no puede ser objeto de contratación.* En *Régimen Jurídico de las Concesiones en Venezuela*. Caracas, 2002, p.399

a) **la prospección y la exploración**

En razón de la magnitud de las inversiones que demanda la industria extractiva, la actividad de exploración y prospección cobra relevancia esencial e ineludible para que este negocio sea económico y resulte sostenible y sustentable¹⁵ para sus promotores, el Estado, la industria y las comunidades vinculadas a su desarrollo. En efecto, la determinación y ubicación geográfica del mineral, la caracterización del mismo, la disposición *in situ* de éste¹⁶, y demás características como acceso al yacimiento, vías de comunicación, infraestructuras, entre otras son evaluadas al momento de la exploración.

Esta actividad "*busca obtener el descubrimiento del yacimiento*"¹⁷ está precedida de la **prospección** que constituye "(...) *la operación previa habitualmente necesaria, tendiente a descubrir y localizar los depósitos de minerales o rocas, o de estructuras geológicas favorables a su presencia*"¹⁸, la cual tiene diversas formas de materializarse pues esta puede ser aérea o terrestre, permitiendo la primera el reconocimiento de las extensiones de terreno vinculadas al eventual yacimiento mediante aeronaves y fotografía apoyado de datos satelitales con el propósito de ubicar estructuras geológicas aprovechables, mientras que la segunda exige de la realización de labores geofísicas, geodestas, geoquímicas, y la extracción de muestras, con el mismo fin indicado¹⁹.

Diferente de lo anterior, la **exploración** exige la ejecución de obras mineras, pozos, galerías, calicatas y perforaciones, pudiendo requerir de la remoción de terreno incluso, la utilización de figuras del Derecho Administrativo como la ocupación temporal –y eventual la expropiación-, uso de laboratorios, instalación de campamentos mineros, personal especializado, maquinarias y equipos, entre otros factores, destinados a descubrir los yacimientos y su evaluación técnico-

15 Partiendo del Informe Brundtland de 1987, GABALDÓN y MACIPE señalan que "*El desarrollo sustentable es una vía para lograr el progreso humano mediante la satisfacción de las necesidades de toda la sociedad, sin desmedro de las generaciones futuras*". GABALDÓN Arnoldo José, MACIPE, Antonio, "*Desarrollo sustentable y propiedad de los recursos naturales*", en "*Lo mío, lo tuyo y lo nuestro... visiones sobre la propiedad*", Informe del Capítulo venezolano del Club de Roma". Caracas, Club de Roma. Capítulo Venezolano, 2006, p. 109. En todo caso, y siguiendo a VILLEGAS MORENO, "*(...) por razones prácticas ambas expresiones serán utilizadas indistintamente para referirnos al desarrollo contenido en el espíritu del informe Brundtland (...)*" Vid. VILLEGAS MORENO, José Luis. "*Derecho Administrativo...*" Ob. Cit. p. 29.

16 La disposición de los minerales se ha clasificado así: minas de veta, de aluvión o de manto. Las primeras son las masas de mineral que rellenan una quiebra de las rocas, las segundas son aquellas constituidas por minerales sueltos o fragmentos de minerales arrastrados por las corrientes de las aguas o por movimientos terrestres y que por ello se encuentran en lugares distintos a su formación original; y las terceras son las capas de mineral poco espesas y casi horizontales. Cfr. González-Berti, Luis "*Compendio de Derecho Minero Venezolano*". Mérida, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, 1969.

17 Vid. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, en "*Régimen jurídico de los hidrocarburos. El impacto del Petróleo en Venezuela.*", Caracas, Epsilon Libros, 2008, p. 19.

18 Cfr. CATALANO, Edmundo Fernando, "*Curso de Derecho Minero*", Buenos Aires, Zavalía Editor, 1999, p. 13.

19 Ob. Cit. pp.13-14

económica y, con ello, tomar decisiones de naturaleza económica, financiera, legal y política.

La Ley de Minas de 1999 aun cuando no define esta labor minera, señala que este es un derecho exclusivo derivado del otorgamiento de la concesión minera y que confiere al concesionario, sus herederos y causahabientes, durante el período otorgado para tal tarea, para explorar el área concedida y de elegir para su explotación, la superficie que determine el estudio de factibilidad técnico, financiero y ambiental que servirá de base para la elaboración del programa de desarrollo y explotación minera²⁰.

Finalmente, esta labor es a riesgo y ventura del solicitante, toda vez que la República no asegura que con el otorgamiento del título, la existencia de los minerales o que éstos sean económicamente aprovechables²¹.

b) la explotación y las actividades auxiliares y conexas

Para esta fase del desarrollo minero, el concesionario toma la información producto de la prospección y la exploración y, elaborando el plan minero o proyecto de explotación que señala el diseño y modelo escogido²² para el aprovechamiento del mineral correspondiente, inicia la explotación en el lapso previsto para ello y por el tiempo de vigencia del título minero.

Se destaca en este punto que, a diferencia de la exploración, la Ley de Minas de 1999 si define a la explotación y ello por circunstancias especiales que destacaremos brevemente de seguidas. En efecto, el encabezado del artículo 58 de esta ley, señala:

Se entiende que una concesión está en explotación cuando se estuviere extrayendo de las minas las sustancias que la integran o haciéndose necesario para ello, con ánimo inequívoco de aprovechamiento económico de las mismas y en proporción a la naturaleza de la sustancia y la magnitud del yacimiento.

Esto es lo que se ha denominado en "concepto económico de explotación", en el cual no sólo se considera que se estén beneficiando los minerales extraídos o la simple extracción del recurso, sino que también incluye en este concepto el que se lleve a cabo las actividades preparatorias, destinadas al aprovechamiento futuro e inmediato del mineral en cuestión, y, ello incluye el personal, los equipos y las inversiones que sean proporcionales a las reservas²³ del yacimiento.

20 Artículo 48 de la Ley de Minas de 1999.

21 El artículo 34 de la Ley de Minas de 1999 señala: "*Se presume, hasta prueba en contrario, la existencia del mineral y que éste es industrial y económicamente explotable; pero con el otorgamiento del título no se hace responsable la República de la verdad de tales hechos. Así mismo, la República no responde por saneamiento legal.*"

22 Debe tenerse en cuenta que la disposición del mineral condicionará el método de explotación determinando si esta será a cielo abierto o subterránea, si se usarán explosivos para la remoción de capa vegetal y material estéril, o por el contrario se realizan excavaciones mediante maquinaria diseñada a tales efectos. Así, CATALANO Edmundo señala que "*La elección de un buen sistema de explotación es un punto de suma importancia y puede determinar el éxito o fracaso de la empresa.*" Ob. Cit p. 14.

23 Las reservas generalmente se discriminan del siguiente modo: Reservas probadas, reservas probables o reservas inferidas. Las probadas son aquellas sobre las cuales los datos de la exploración

A mayor abundamiento, este criterio se extiende al resto de concesiones de un titular de esos derechos mineros, siempre que en alguna de éstas se esté ejerciendo una actividad minera conforme a las condiciones señaladas anteriormente o en las instalaciones de una de ellas. Se debe aclarar que la Administración Minera del Ejecutivo Nacional estableció el criterio, vigente hoy, según el cual la explotación o extracción propiamente dicha del mineral debe ser con fines de comercio y relacionadas con la relevancia de las reservas del yacimiento para que se tome como una explotación en los términos de la ley, sin que se consideren como tales aquellas con fines exploratorios o sobre la calidad del mineral. Así, en Memorandum N° 177 de la Consultoría Jurídica del Extinto Ministerio de Energía e Hidrocarburos del 27 de octubre de 1960, señaló que:

*(...) no puede ser admitido que una concesión está en explotación con cualquier tipo de extracción de sustancias. En primer lugar esas extracciones no deben ser de carácter exploratorio, es decir, para estudios de las sustancias o de la potencialidad del yacimiento, porque tales extracciones y pruebas pueden dar por resultado, no el laboreo económico de la mina, sino su abandono. Por otra parte (...) no toda extracción puede considerarse suficiente para configurar la explotación. Ha de ser una extracción encaminada a ser puesta en el comercio y proporcionada la magnitud del yacimiento*²⁴.

En definitiva, esta operación material que puede ser adelantada por el concesionario o por terceros mediante arrendamiento o contrato de explotación²⁵, es la actividad que transforma el bien de dominio público de la mina o yacimiento, a la característica de bien de comercio, a boca de mina, capaz de generar riqueza mediante su venta directa o posterior a su industrialización, modificación o beneficio.

dan cuenta de las cantidades y calidades de mineral explotable del yacimiento. Son las probables aquellas, sobre las cuales, los estudios bien por su insuficiencia o por la naturaleza del yacimiento, no permiten arribar a conclusiones sobre la caracterización cualitativa o cuantitativa de los minerales depositados. Por otra parte, las inferidas son aquellas que se obtienen de la interpolación de diversos puntos de las mallas de perforación, y sobre cálculos aritméticos, para interpretar las cantidades del mineral que probablemente estén en el yacimiento. Igualmente existe un área denominada "Reservas Económicamente Explotables" que representa a los depósitos que cuentan con una adecuada concentración de un determinado mineral y, tienen una infraestructura y tecnología requeridas para emprender una explotación económicamente viable. En contraste, se denominan "Reservas Marginales" los cuales representan a los yacimientos que tienen la concentración del mineral requerida, pero no cuentan con la infraestructura o tecnología adecuada para su aprovechamiento. Cfr: Poveda, Paola (1998) *"Propuesta jurídica para la industrialización de la minería"* Tesis para optar al título de Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

²⁴ AMORER, Elsa *"El régimen de la..." Ob. Cit. p. 85*

²⁵ El artículo 29 de la Ley de Minas de 1999 señala que: *"El derecho de exploración y de explotación que se deriva de la concesión es un derecho real inmueble. El concesionario podrá enajenar dicho derecho, gravarlo, arrendarlo, subarrendarlo, traspasarlo o celebrar sobre el mismo subcontrataciones para la explotación, mediante permiso previo otorgado por el Ministerio de Energía y Minas, siempre y cuando demuestre efectivamente que la negociación cuya autorización se solicita, se hará exclusivamente para el eficiente desarrollo del proyecto de explotación, previamente aprobado por de los lapsos autorizados para la ejecución del mismo"*.

c) modalidades para el ejercicio de actividades mineras

En este punto señalaremos lo que la Ley de Minas de 1999 establece como los medios para el aprovechamiento de las minas, como bienes del dominio público. Así, el artículo 7 de la señalada ley, indica:

La exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos mineros sólo podrá hacerse mediante las siguientes modalidades:

- a) Directamente por el Ejecutivo Nacional;*
- b) Concesiones de exploración y subsiguiente explotación;*
- c) Autorizaciones de Explotación para el ejercicio de la Pequeña Minería;*
- d) Mancomunidades Mineras; y,*
- e) Minería Artesanal.*

Respecto de estas modalidades, Brewer-Carías, señaló que las Ley de Minas de 1999: "(...) siguió en términos generales la orientación de las leyes precedentes, estableciendo grados de intervención del Estado en relación con la libertad económica de los particulares en materia minera (...)"²⁶, siendo que en efecto, la ley prevé que puede acometer la explotación por su cuenta, de manera directa, como lo sería en el primer supuesto del artículo transcrito, situación que se puede concatenar con el 23 que establece la facultad del Ejecutivo Nacional para decretar la reserva de minerales y actividades mineras.

Estas modalidades constituyen grados de intervención, por un lado, y de otro, diversos derechos según si se habilitan a terceros para adelantar y realizar estas actividades, o si, por el contrario, se excluyen expresamente mediante acto administrativo de reserva. Resalta del elenco de modalidades, a los efectos del presente artículo, lo referido a las figuras de reserva y de la concesión. A continuación se comentarán someramente.

c.1) La Reserva:

Esta figura implica el ejercicio exclusivo por parte de la República, por órgano del Ejecutivo Nacional, de las actividades de exploración y explotación tanto de determinadas sustancias minerales así como de las áreas que la contengan. Esto supone que el Estado nacional extrae del libre comercio ambos factores (áreas y actividades), y que, por ello, no se excluye necesariamente la intervención de terceros pues, como se ha señalado, de las actividades a las que hace referencia el artículo 23 de la Ley de Minas de 1999, es a las denominadas "primarias" o "aguas arriba", es decir, aquellas que corresponden con intensivas inversiones de capital y de tecnología.

²⁶ Vid. BREWER-CARÍAS, Allan, "Las técnicas de regulación y la participación del capital privado en la industria minera" en "Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007", Colección de Estudios Jurídicos N° 86, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007, p. 515

Situación contraria es la prevista en el artículo 86 en la cual las actividades de almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercio, esto es, de las actividades conexas, auxiliares o "aguas abajo"²⁷ de los minerales, pueden no quedar incluidas en un decreto de reserva como consecuencia de la materialización del primer caso, siendo una decisión discrecional de la Administración Minera si estima conveniente dictar, en defensa de los intereses de la República, o cuando así convenga al interés público, un decreto de reserva de cualquiera de estas actividades con respecto a determinados minerales.

c.2 La Concesión:

La concesión, por su parte, constituye un régimen de explotación exclusiva pero no excluyente de la Administración Minera del Ejecutivo Nacional, toda vez que mediante el otorgamiento de concesiones facultativas, puede el Estado venezolano explorar y explotar el mineral mediante entes públicos (institutos autónomos, institutos públicos o empresas del Estado) o permitir a terceros privados llevar a cabo tales actividades. Estos particulares, dada la naturaleza de derecho real inmueble que comporta la concesión, pueden transferir este derecho mediante arrendamiento, subcontratarlo para la explotación e incluso, hipotecarlo²⁸.

Vale la pena señalar, como lo hace Araujo-Juárez²⁹, el alcance teórico y conceptual de las concesiones, al considerar este autor las diferencias entre esta figura y las autorizaciones administrativas. Señala el profesor Araujo Juárez que cuando las actividades económicas:

*(...) están bajo la reserva del Estado o son calificadas de servicio público y, por tanto, las mismas son de titularidad y responsabilidad del Estado, el grado de intervención administrativa en el ejercicio de las mismas por los particulares es más fuerte en estos casos; por ende, el título habilitante necesario es una concesión administrativa, cuyo otorgamiento es discrecional y tiene carácter constitutivo, en virtud de que crea o constituye facultades o derechos no reconocidos previamente al particular por el Ordenamiento jurídico o que antes no formaban parte de su patrimonio (...)*³⁰

De lo anterior, en materia de concesiones mineras estamos en presencia de verdaderos títulos habilitantes y cuya naturaleza administrativa es la de un contrato administrativo, dado el carácter estatutario de sus cláusulas, constituidas por las ventajas especiales ofrecidas por el concesionario y aceptadas por la República³¹.

²⁷ Respecto de las actividades aguas arriba y aguas abajo, véanse las notas al pie números 44 y 45 de este artículo.

²⁸ Véase nota al pie número 25

²⁹ *Vid.* ARAUJO JUÁREZ, José, "Los títulos habilitantes de Comunicaciones". *Revista Tachirense de Derecho*. N° 20. San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira, enero-diciembre 2009, pp.175 y ss.

³⁰ *Ob. Cit.*, p.181

³¹ El debate en relación con la naturaleza jurídica de la concesión minera se circunscribe a las tendencias que la consideran o bien un acto administrativo o como un contrato administrativo. En

d) extinción de los derechos mineros

La extinción de los derechos mineros consiste en el cese de las actividades, labores y derechos entre el concesionario y la Administración Minera del Estado venezolano y la concreción de la reversión de la concesión a la República. Los motivos de extinción se circunscriben a cuatro, a saber: i) por nulidad; ii) por cumplimiento del término de la concesión, iii) por caducidad, y, iv) por renuncia. Tratemos brevemente cada una de estas circunstancias de ley.

d.1) Nulidad del derecho minero:

La nulidad tiene, entre otros, criterios subjetivos en la Ley de Minas de 1999, y están referidas a las inhabilidades establecidas en los artículos 20, 21 y 22³², según lo remite el artículo 96 *ejusdem*. Así también en ese mismo artículo, indica que serán nulos de pleno derecho en el caso de traspasos de concesiones y demás autorizaciones realizadas a un Estado extranjero.

este sentido se pronunció la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Política Administrativa, sentencia del 14 de marzo de 1991, con ponencia del magistrado Román DUQUE CORREDOR, señalando que las concesiones mineras: "... caben dentro del género de los contratos administrativos, que no obstante presentar una parte legal o estatutaria, no dejan de tener una naturaleza fundamentalmente contractual". Igualmente BON señala en relación con las concesiones de ocupación del dominio público en el ordenamiento jurídico francés que: "Estas concesiones, al igual que todos los contratos conllevan ocupación de dominio público, son contratos administrativos, por aplicación de las disposiciones de un decreto ley de 17 de junio de 1938". Sin embargo, autores pertenecientes a las escuelas tradicionales del derecho, sostuvieron que las concesiones mineras son contratos civiles, y que se deben regir por las disposiciones del derecho común. Así, JÉZE, citado por DUQUE, José Román señala que: a) el otorgamiento de la concesión de una mina es un acto administrativo unilateral; b) que las condiciones impuestas a la concesión, no son más que las condiciones impuestas a un acto unilateral; c) la concesión no crea una situación jurídica individual, sino que le da estatus legal ya fijado por la Ley al concesionario y, la concesión puede ser retirada en los casos previstos en la Ley. *Cfr.* DUQUE SÁNCHEZ, José Román *Manual de Derecho Minero*. Caracas. Publicado por la Universidad Católica Andrés Bello. 1996, p. 76. Así como también a: BON, P. "El Régimen de las Concesiones Administrativas". *En las Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo: Las Formas de la Actividad Administrativa*. Caracas. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 1996, p. 249.

³² Estos artículos señalan que serán nulos las concesiones y derechos mineros otorgados a:

1. El Presidente de la República, los Ministros y Vice-Ministros, miembros, del Congreso de la República, los miembros de la Corte Suprema de Justicia, los Diputados de las Asambleas Legislativas, Alcaldes, Concejales, el Procurador General, el Fiscal General y el Contralor General de la República, los Gobernadores de Estado, el Gobernador del Distrito Federal, los miembros, del Consejo de la Judicatura, los funcionarios del Ministerio de Energía y Minas y del Ambiente y de los Recursos Naturales.

2. Los Presidentes, o Directores de Institutos Autónomos y de Empresas del Estado.

Parágrafo Primero. El Ejecutivo Nacional, cuando así se justifique, podrá incorporar por vía reglamentaria, cualesquiera otros funcionarios además de los indicados en este artículo.

Parágrafo Segundo. Las prohibiciones aquí consagradas, afectan también al cónyuge, concubina o concubinario y a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los funcionarios indicados. Además, el artículo 21 señala que las personas afectadas por las incapacidades a que se refiere esta Ley, no podrán adquirir derechos mineros mientras no haya transcurrido un lapso no menor de cinco (5) años, desde la cesación del impedimento que las originó; y el artículo 22 indica que los gobiernos extranjeros no podrán ser titulares de derechos mineros dentro del territorio nacional. Cuando se trate de entes que dependan de dichos gobiernos o de empresas en las cuales ellos tengan una participación tal, que por capital o estatutos, les

En materia de minería, es igualmente aplicable el contenido del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sobre la regulación de las nulidades.

d.2) Cumplimiento del término del derecho minero:

Este punto no requiere de mayor análisis, bastando con señalar que esta es la causa natural de extinción de las concesiones y demás derechos mineros, y que ocurrirá en la fecha indicada en el título minero publicado en Gaceta Oficial, produciéndose sin requerimiento de pronunciamiento alguno³³.

d.3) Por caducidad del derecho minero:

La caducidad, contrario al cumplimiento del término, constituyen formas anticipadas de terminación del contrato de concesión minera, y que están tasadas en la Ley de Minas de 1999, en su artículo 98. Estas constituyen obligaciones de hacer, no hacer y de dar³⁴ a las cuales está sujeto el concesionario y que basta la verificación de alguna de éstas para que opere esta fórmula de terminación de la relación entre la Administración Minera y el particular.

d.4) Por renuncia del derecho minero:

De las fórmulas indicadas hasta el momento, esta es la única de las formas de extinción del derecho de concesión minera que expresa la voluntad del particular, la cual, en virtud del principio de formalidad de los contratos públicos, se debe materializar mediante escrito auténtico dirigido al Ministro competente

confiera el control de la empresa, para el otorgamiento del derecho minero, requerirán la aprobación previa del Congreso de la República.

³³ Artículo 97 de la Ley de Minas de 1999

³⁴ El artículo 98 de la Ley de Minas de 1999 señala como causales de caducidad de las concesiones mineras, las siguientes:

1. Cuando no se efectúe la exploración dentro del lapso previsto en el artículo 49 de esta ley;
2. Cuando no presenten los planos dentro del lapso establecido en el artículo 50 o durante la prórroga que se hubiere otorgado conforme a esta Ley;
3. Cuando no se inicie la explotación dentro del lapso previsto en el artículo 61 de esta Ley;
4. La paralización de la explotación por un lapso mayor al establecido en el artículo 61 de esta Ley;
5. La falta de pago durante un (1) año de cualesquiera (Sic.) de los impuestos o multas exigibles conforme a esta Ley. En este caso, mientras no se hubiere dictado la resolución correspondiente, el Ministerio de Energía y Minas, puede a petición de parte, aceptar el pago de los impuestos adeudados y de sus intereses, y declarar extinguida la causal de caducidad;
6. Cuando no se entregue el estudio de factibilidad técnico, financiero y ambiental en el lapso previsto, conforme a las normas aplicables;
7. El incumplimiento de cualesquiera de las ventajas especiales ofrecidas por el solicitante a la República;
8. Incurrir en más de tres (3) ocasiones en un período de seis (6) meses en infracciones legales que hayan originado la aplicación de las sanciones pecuniarias máximas establecidas en esta Ley;
- y
9. Cualquier otra causal expresamente prevista en el título minero respectivo.

en materia de minas haciéndose constar esta decisión en la Gaceta Oficial de la República³⁵.

Se resalta en el artículo 101 de la Ley de Minas de 1999 que la extinción de los derechos mineros no libera al titular de las obligaciones causadas cuando éstos tenían vigencia.

2. El régimen jurídico especial del oro

En este capítulo comentaremos el alcance, cambios (innovaciones y retrocesos) que supone la entrada en vigencia del DLO. Como ya se ha comentado, el Ejecutivo Nacional, extrae del régimen jurídico ordinario la totalidad de las labores mineras del recurso oro que, por la base normativa constitucional y legal señalada en la exposición de motivos del DLO, se sustenta por un parte, en la propiedad del Estado venezolano sobre los yacimientos de minas e hidrocarburos³⁶, en la potestad del Estado para reservarse mediante ley orgánica, y por razones de conveniencia nacional determinadas industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico³⁷, como elementos de fondo, y por otra parte, como elementos adjetivos, se fundamenta en la posibilidad del Presidente o Presidenta de la República en dictar decretos con fuerza de ley³⁸ y finalmente en la propia ley habilitante vigente para el momento de redacción de este artículo³⁹.

Visto el andamiaje jurídico en el cual se sostiene el DLO, conviene considerar si, en efecto, requería el Estado venezolano de acometer tal tarea por la vía elegida, si se toma en cuenta que mediante Decreto número 2.039 del 15 de febrero de 1977, el Ejecutivo Nacional se "*reservaba la exploración y explotación de todos los minerales que no hubiesen sido reservados con anterioridad (se entiende que en la Ley de Minas de 1945)*"⁴⁰, y de contar además con normas expresas en la legislación vigente que le permiten al Estado venezolano, decretar la reserva

En efecto, el artículo 23 de la Ley de Minas vigente establece que el Ejecutivo:

El Ejecutivo Nacional, cuando así convenga al interés público, podrá reservarse mediante Decreto, determinadas sustancias minerales y áreas que las contengan, para explorarlas o explotadas solo directamente por órgano del Ministerio de Energía y Minas, o mediante entes de la exclusiva propiedad de la República.

35 Artículo 100 de la Ley de Minas de 1999

36 Véase punto 1.1 de este artículo.

37 Artículo 302 CRBV: *El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo.*

38 Numeral 8 del 236 CRBV

39 Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan.

40 Artículo de VENECONOMÍA, Vol. 28 No. 12, septiembre de 2011

De lo anterior, para alcanzar alguna conclusión válida, resulta necesario transitar por la estructura del DLO con el propósito de conocer si se requería de un acto normativo de rango de ley, o bastaba hacer uso de los instrumentos normativos ya vigentes y señalados *supra*.

De seguidas se expondrá lo referente a la reserva estatal de las actividades principales y conexas del aprovechamiento del oro, así como la naturaleza jurídica especial de los yacimientos de oro, del ejercicio de las actividades mineras del oro, la metodología para la migración a empresas mixtas de las modalidades comunes de explotación minera y el régimen de regalías y las ventajas especiales previstos en esta novísima legislación.

2.1 Reserva estatal de las actividades principales y conexas del aprovechamiento del oro

El DLO tiene como propósito regular el régimen jurídico de las minas y yacimientos de oro⁴¹, reservando para ello al Estado venezolano las actividades primarias, conexas y accesorias al aprovechamiento de este mineral. El alcance de dicha reserva incluye, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 del DLO, las actividades de exploración y explotación, conocidas como actividades primarias, así como las actividades auxiliares y conexas como el almacenamiento, tenencia, circulación y comercialización interna y externa del oro, con el agregado que estas deben "*coadyuvar al ejercicio de las actividades primarias*".

Ahora bien, tal y como se indicó al comienzo de este capítulo, el Estado venezolano ha contado con sendos instrumentos, uno de rango legal y otro sublegal, que bien hubiesen permitido regular la salida de esta industria del régimen de habilitaciones administrativas que comporta el régimen de concesiones, que, como se tuvo oportunidad de indicar, permite al concesionario, hacerse de un derecho real inmueble mediante la celebración del contrato de interés público nacional que reviste a la concesión⁴², para pendularmente transitar a un régimen de empresas mixtas que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo

41 Vale la pena diferenciar un concepto de otro. En efecto, por yacimiento minero se entiende a la "*Unidad natural de sustancias inorgánicas que forman masas más o menos homogéneas, aprovechables económicamente*", mientras que por mina se expresa "*Conjunto de minerales, de igual o semejante naturaleza, económicamente aprovechable, que por virtud de la Ley, constituyen una propiedad inmueble, inagotable, perfectamente determinada transmisible administrativamente a los particulares cuando lo permite la Ley y cuando no lo permite, en simple tenencia por los efectos de su explotación*". Cfr. PERNIA, Mauricio: "*Naturaleza Jurídica de los contratos de arrendamiento minero en la legislación venezolana (Caso: Carbosuroeste y Fosfasuroeste, periodo 1989-1997)*." San Cristóbal, 2008, pp. 96-97

42 Cabe admitir entonces, tal y como lo hacen D. Moya-Ocampo Panzera y M. Moya-Ocampo Panzera (2004), que tanto el contrato de concesión minera en la legislación venezolana, así como los contratos accesorios a este, son contratos de interés público nacional. En efecto, estos autores concluyen que: 1. Las minas son bienes de dominio público pertenecientes a la República. 2. Los contratos de interés público, son una especie de los contratos administrativos caracterizados por la magnitud e importancia con que inciden sobre la colectividad, con lo cual es el quantum los que los determina, vale decir, las significación, relevancia, riqueza, trascendencia e importancia en lo económico. 3. Las concesiones mineras, así como el arrendamiento, subarrendamiento y subcontrataciones para la explotación, de acuerdo a su significación, relevancia, riqueza, trascendencia e importancia en lo económico pueden ser contratos de interés público nacional de los previstos en el artículo 150 de la Constitución. (p.180).

5 del DLO, constituyen en rigor empresas del Estado, toda vez que para su validez para el ejercicio de las actividades y labores mineras ya enumeradas, la República tenga el control del cincuenta y cinco por ciento (55%) del capital social⁴³.

El alcance de la reserva que hace el Estado comprende la totalidad del elenco de actividades aguas arriba⁴⁴ y aguas abajo⁴⁵ de la industria minera que es en realidad el cumulo de actividades de la industria extractiva en general. Así, las actividades denominadas *aguas arriba*, comprenden, generalmente, la obtención y el procesamiento de información geológica cuyos datos están destinados a la toma de decisiones oportunas sobre la rentabilidad y sostenimiento del proyecto minero⁴⁶, así como la propia explotación del yacimiento; de las correspondientes a la industrialización, separación, beneficio, transformación, transporte y comercialización de la sustancia mineral aprovechada, se les conoce igualmente como actividades *aguas abajo*.

Corresponderá en el inciso 2.3 del presente estudio abordar cuál es el efecto en la participación de los particulares en el negocio minero del oro.

2.2 Naturaleza jurídica especial de los yacimientos de oro

Tradicionalmente la legislación respecto de los minerales en el actual territorio venezolano ha hecho referencia a la exclusión de libre aprovechamiento por parte de los particulares, tal y como se comentó *supra*, con la excepción contenida, por ejemplo, en el artículo 7 de la Ley de Minas de 1945, que establecía, para ciertos minerales, el principio de accesión o adhesión⁴⁷. No obstante, la expresa declaración de bienes del dominio público, y por tanto inalienables e imprescriptibles, se le agrega que son atributos de la soberanía territorial del

43 En efecto, el artículo 102 del Decreto N° 6.217 15 de julio de 2008 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública señala: "*Las Empresas del Estado son personas jurídicas de derecho público constituidas de acuerdo a las normas de derecho privado, en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social. Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.890 Extraordinario de fecha 31 de julio de 2008.*"

44 Actividades aguas arriba (*Upstream* en inglés): Labores relacionadas con la exploración y que abarca, de conformidad con ciertas escuelas geológicas, a la obtención final de los datos del yacimiento, o la suma de la obtención de tales datos y de las autorizaciones gubernamentales requeridas para el inicio de actividades extractivas.

45 Actividades aguas abajo: (*Downstream*, en inglés): operaciones de valor agregado aplicadas al mineral una vez explotado, con el fin de adaptarlo como insumo para otras industrias, o para su comercialización nacional o internacional. Comprende igualmente el almacenamiento, transporte interno, clasificación, entre otras labores.

46 Ver RIVERO BETANCOURT, Miguel, (2009) "Breve estudio sobre la industria del gas natural en Venezuela". *Derecho y Sociedad* N° 8 Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. Caracas.

47 Así, el señalado artículo establecía: "*Las piedras de construcción y de adorno o cualquiera otra especie, que no sean preciosas, el mármol, pórfido, caolín, magnesita, las arenas pizarras, arcillas, calizas, yeso, puzolanas, turbas, las sustancias terrosas y el guano, pertenecen al propietario del suelo quien puede explotarlas sin formalidades especiales.*"

Estado y carentes de naturaleza comercial por ser recursos naturales no renovables y agotables⁴⁸.

Los bienes del dominio público, institución que reposa sobre la extracción de un conjunto de bienes del tráfico jurídico ordinario con el fin de impedir su apropiación por los particulares⁴⁹, adquiere en el DLO características expresas referidas a su participación en los elementos de la soberanía⁵⁰, toda vez que se le denomina como atributo de ésta, cuyo impacto inmediato se verifica en la actividad planificadora del Estado en materia de ordenación del territorio así como en la toma de decisiones sustentados en los principios de seguridad y defensa de la República, hecho que hace de la minería del oro, un eje transversal en la actividad administrativa del Estado venezolano.

La categorización como bienes carentes de naturaleza comercial de los yacimientos de oro, se declara sobre la base de la condición de recursos naturales no renovables y agotables. Esta condición suma al recurso características como la imposibilidad de su regeneración así como su agotamiento supone lo siguiente: el consumo y el ritmo de explotación del recurso oro inexorablemente apareja su decrecimiento en condiciones naturales y, con ello, su agotamiento. Así, pueden existir recursos naturales que bien siendo no renovables, su uso racional le puede extender su presencia haciéndolo útil a la humanidad por mayor tiempo⁵¹, bien sea en criterios de economía, infraestructura o como elemento de cambio⁵².

48 En efecto, el artículo 3 del DLO señala: "*Los yacimientos de oro existentes en el territorio nacional cualquiera que sea su naturaleza, pertenecen a la República y son bienes del dominio público y atributos de la soberanía territorial del Estado, por lo tanto inalienables, imprescriptibles y carentes de naturaleza comercial por ser recursos naturales no renovables y agotables*".

49 Cfr. PAREJO, Luciano: Los bienes públicos en el Derecho Español, con especial referencia al régimen de los de carácter demanial. En *Dominio Público: naturaleza y régimen de los bienes públicos*. DE REINA, Gabriel, Coord. Buenos Aires, Heliasta, 2009, p. 32

50 Como lo señala Mommer, la soberanía en materia de recursos naturales no renovables, en su forma más elemental se concreta y reduce al poder, de manera que la consecuencia inmediata se verifica en el derecho de otorgar o negar el acceso a la tierra. "*No existe otra manera de posesionarse de un lote de tierra que a través del poder soberano. Una vez otorgado, empero, el acceso está todavía sujeto al derecho del dominio eminente del soberano, aun cuando este derecho revista la forma de propiedad territorial privada*". Así, "*el dominio eminente se define por el derecho a gravar, regular, supervisar y anular el derecho concedido a los particulares*". Vid. MOMMER, Bernard, *Petróleo global y Estado nacional*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 116. A mayor abundamiento, y ampliando el sentido de soberanía, el propio DLO hace mención expresa en su artículo 27 la condición de estratégicos no solo a los yacimientos y minas de oro, sino también a las zonas auríferas, las cuales se determinan en el plan de ordenación del territorio, y tendrán así, la doble condición de zona de interés minero y de zona de seguridad fronteriza, como todo lo que ello supone en el manejo administrativo de la seguridad y defensa de la República y sus bienes junto con las de labores mineras.

51 En esta materia, debe tenerse en cuenta el denominado costo y/o valor de oportunidad. Constituyen criterios financieros, industriales y políticos que tienen como propósito determinar el momento oportuno de invertir con recursos propios o no, en una actividad concreta. Nótese, por ejemplo, que el aprovechamiento intensivo de las reservas de plomo que en el pasado resultaba útil e imprescindible para diversas industrias y constituía una oportunidad rentable, ha perdido en la actualidad tales características vistos los resultados de condición tóxica en algunos subproductos y por la aparición de nuevos insumos de mayor eficiencia. Por ello, los minerales deben ser aprovechados en el momento oportuno y es esto lo que determinará si su explotación es acelerada o no.

52 Para TROCONIS, Nelson los recursos no renovables son: (...) "*aquellos que se forman por el transcurso del tiempo, siendo su principal característica el hecho de agotarse con su uso*

De lo anterior se debe entender que el carácter no comercial corresponde a los yacimientos de oro en el territorio nacional y no al mineral propiamente dicho que conforma un bien de comercio tal y como queda en evidencia del texto del artículo 21⁵³ del DLO, el cual lo relaciona como un bien del cual el Estado tendrá el monopolio de su comercialización.

2.3 Del ejercicio de las actividades mineras del oro

Las actividades, ahora reservadas, para el aprovechamiento del oro se acometerán de manera exclusiva y excluyente, en uno de los dos supuestos siguientes, a saber:

- a) Por la República o a través de los institutos públicos o empresas de su exclusiva propiedad, o filiales de éstas, o;
- b) Por empresas mixtas, en las cuales la República o alguna de las empresas señaladas en el punto anterior, tenga el control de sus decisiones y mantenga una participación, mayor del cincuenta y cinco por ciento (55%) del capital social.

De lo anterior se resaltan los siguientes elementos: en primer lugar de la simple lectura, pareciera que el legislador delegado excluye a los entes instrumentales tradicionales en la estructura organizativa de la Administración Pública venezolana, como lo son los institutos autónomos, de consagración constitucional⁵⁴, por la figura administrativa creada en el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública de "institutos públicos"⁵⁵, los cuales están sujetos expresamente a los principios y bases establecidos en la normativa que regule la actividad administrativa, así como a los lineamientos de la Planificación Centralizada⁵⁶. En segundo lugar, en la

y consumo todo de acuerdo a su abundancia e intensidad de explotación, ya que su capacidad regenerativa o de recuperación prácticamente es imponderable. Siendo por lo que algunos los llaman extractivos, comprendidos por esta 'propiedad cualitativa' las piedras preciosas, metales y minerales del subsuelo, tales como el hierro, bauxita, aluminio, carbón, petróleo, gas, entre otros." En Tutela Ambiental. Revisión del paradigma ético-jurídico sobre el ambiente. Caracas, Ediciones Paredes, 2005, p.67.

⁵³ En efecto, el artículo 21 del DLO establece: "*Todo el oro que se obtenga como consecuencia de cualquier actividad minera en el territorio nacional, será de obligatoria venta y entrega a la República Bolivariana de Venezuela, a través del ministerio del poder popular competente o del ente o entes que éste disponga. La República o los entes públicos designados al efecto, ejercerán el monopolio de la comercialización del oro en los términos que establezcan las políticas que dicte el Ejecutivo Nacional al respecto. Quedan excluidas del ámbito de aplicación del presente Decreto Ley, la comercialización de las joyas de oro de uso personal*".

⁵⁴ En efecto, el artículo 142 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala: "*Los institutos autónomos sólo podrán crearse por ley. Tales instituciones, así como los intereses públicos en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, estarán sujetos al control del Estado, en la forma que la ley establezca*".

⁵⁵ El artículo 96 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública establece: "*Los institutos públicos son personas jurídicas de derecho público de naturaleza fundacional, creadas por ley nacional, estatal, u ordenanza municipal, dotadas de patrimonio propio, con las competencias determinadas en éstas*".

⁵⁶ Artículo 99 *Idem*.

clasificación subjetiva, esto es, de los sujetos, que intervienen o ejecutan las labores mineras están constituidos por la República, los institutos públicos, las empresas del Estado o filiales de éstas y las empresas mixtas que, como se comentó supra, son igualmente empresas del Estado.

Lo anterior permite concluir que para el negocio minero del oro, los particulares ingresan sólo si se asocian con empresas estatales para crear nuevas empresas mixtas con, el mejor de los casos, cuarenta y cinco por ciento (45%) del capital social del nuevo ente. Con esto se supera el concepto de concesión, como habilitación administrativa. En efecto, al ser ahora una actividad reservada, ya no es un derecho del particular del que solo se exige para su ejercicio la remoción del obstáculo administrativo o el otorgamiento facultativo de una habilitación administrativa, sino que, en efecto, debe considerarse el asociarse con el Estado, por medio de una empresa pública e ir en minoría accionaria del ente empresarial resultante, con lo que ello comporta.

Estas empresas mixtas requieren de la aprobación de la Asamblea Nacional, solo si se dedican a las actividades primarias, según se desprende del artículo seis (6) del DLO, cuyo instrumento válido es ese acto jurídico materializado mediante acuerdo de este órgano legislativo del Poder Público Nacional con por lo menos la mayoría simple de sus miembros. Por su parte, el análisis que llevará a cabo la comisión competente de la Asamblea Nacional en esta materia estará compuesta de: a) las circunstancias pertinentes a dicha constitución de la empresa mixta; b) sus condiciones, que responderán al tipo de actividad, lugar, y elementos característicos propios del proyecto a evaluar, y; c) las ventajas especiales previstas a favor de la República. Esta información deberá ser enviada por el Ejecutivo Nacional por el ministerio del poder popular competente en la materia.

Respecto de la delimitación y prórroga, el DLO no está circunscrito al área que si se establece en la Ley de Minas vigente para las concesiones las cuales deben tener una extensión horizontal de forma rectangular determinada por puntos fijos y líneas rectas sobre la superficie terrestre, cuya unidad de medida superficial será la hectárea variando el área de la concesión entre un mínimo de cuatrocientas noventa y tres hectáreas (493 has.) y un máximo de quinientas trece hectáreas (513 has.)⁵⁷. En contraste, el área de las empresas mixtas será designada por el ministerio del poder popular con competencia por la materia, además determinará en ese mismo acto el número de años que durará la misma.

De lo anterior, el ministerio competente señalará el área y la duración de la actividad asignada a la empresa mixta lo que pareciera también asociarse a la duración de la sociedad mercantil resultante de la unión de capital público y privado, pues la empresa se crea y se le autoriza para un área determinada, entendiendo que las actividades a realizar son las primarias o aguas arriba, como ya se tuvo oportunidad de señalar en este trabajo, de manera que éstas, de serles extendida su vigencia, será para el mismo tipo de actividades y en el

⁵⁷ Así mismo el artículo 28 de la mencionada ley, establece que: "*La extensión vertical estará definida por la proyección de su extensión horizontal hacia el centro de la tierra e ilimitada en profundidad. Los lotes estarán conformados por unidades parcelarias, las cuales representan la unidad mínima de división del lote y cuyas características dimensionales se establecerán en el parcelamiento minero, que al respecto elabore el Ministerio de Energía y Minas*".

área señalada originalmente. La vigencia, y en esto si coincide con la Ley de Minas, el DLO establece que no será por más de veinte (20) años, prorrogables por un máximo de dos períodos de hasta diez (10) años cada uno⁵⁸. La solicitud debe hacerse en el último tercio antes del vencimiento del período por el cual fue otorgado el derecho.

Así mismo, el Ejecutivo Nacional podrá transferirle a esta empresa mixta bienes del dominio privado de la República y otros derechos para el más eficiente desarrollo del proyecto minero, incluso, también las actividades conexas, auxiliares o aguas abajo todo ello sin perjuicio de revocarlo y revertirlo en todo tiempo a su condición original, cuando así convenga al interés nacional, o si estas empresas no dan cumplimiento de sus obligaciones⁵⁹. Se agrega que el Estado, como es tradicional en esta materia, no garantiza la existencia del mineral o si este existiendo, es económicamente aprovechable, pues la República no responde por saneamiento legal o contractual⁶⁰.

Por último, el DLO autoriza a las empresas mixtas a celebrar los contratos necesarios para gestionar las actividades primarias otorgadas por el Ejecutivo Nacional⁶¹.

2.4 Migración a empresas mixtas de las modalidades comunes de explotación minera

Al momento de entrar en vigencia el DLO, se mantiene en operación diversos derechos mineros constituidos por las distintas modalidades previstas en la Ley de Minas, a saber: a) concesiones mineras; b) autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería, y; c) contratos para la exploración y explotación del oro. Siendo esto así, la migración establece la metodología mediante la cual se materializa el cambio al esquema de empresa mixta⁶². El DLO hace mención aparte de las otras modalidades también presentes en el aprovechamiento del recurso oro en Venezuela, como la pequeña minería, la minería artesanal y las mancomunidades mineras sobre las cuales el Ministerio del Poder Popular competente hará "especial consideración".

Esta consideración las excluye del proceso de migración, o por lo menos no estuvieron sujetas al período de noventa (90) días sino de (180) días continuos siguientes contados a partir de la publicación en Gaceta Oficial del DLO⁶³.

Por otra parte, teniendo en cuenta el componente social asociado a estas industrias y la previsible resistencia al cambio, el DLO previó, ante la posibilidad de alteraciones del orden público o la paralización de las actividades⁶⁴, lo referente al control de las operaciones⁶⁵, que no es más que la atribución al ministerio del poder popular competente para que, valorando el mérito oportunidad y conveniencia, se hiciera acompañar de cualquier otro órgano o ente del Estado,

58 Artículo 8 del DLO.

59 Artículo 9 del DLO

60 Artículo 10 del DLO

61 Artículo 11 del DLO

62 Artículo 12 del DLO

63 Artículo 14 del DLO

64 *Vid. Veneconomía mensual*, Vol. 28 N° 12, de septiembre de 2011, Caracas.

65 Artículo 15 del DLO

si al momento de tomar posesión de los bienes o del control de las operaciones relativas a las actividades reservadas, las personas naturales o jurídicas vinculadas con la materia no presten colaboración en la entrega pacífica y ordenada de las operaciones, instalaciones, documentaciones, bienes y equipos afectos a las actividades señaladas, con señalamiento expreso de la aplicación de sanciones administrativas o penales a tal efecto.

El procedimiento y ejecución para esta migración de las modalidades de aprovechamiento minero ya descritas al esquema de empresas mixtas, se delega en una comisión creada por el ministerio del poder popular competente, para que adelante las negociaciones con los concesionarios así como con los autorizados para el ejercicio de la pequeña minería o los beneficiarios de contratos para la exploración y explotación del oro⁶⁶.

Debe señalarse además que la migración produce el efecto de hacer vigente el proceso de reversión de los bienes vinculados a las concesiones, a las autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería y los contratos para la exploración y explotación del oro, de manera que pasan libres de gravámenes, cargas y en plena propiedad a la República. Debe tenerse en cuenta que las inversiones sobre los bienes cuya propiedad se transfiere a la República, que no están amortizadas por el concesionario y demás titulares de los derechos mineros señalados, se indemnizarán según su valor en libro⁶⁷, siendo expresa la condición de que dichas inversiones hayan sido debidamente notificadas al órgano o ente competente, en el marco del plan de explotación de la concesión o contratos de exploración y explotación del oro. En el caso de las autorizaciones se dispondrá de medidas especiales para la compensación de los titulares de dichos derechos⁶⁸.

Por último, el Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería está facultado para tomar todas las medidas necesarias para garantizar la continuidad de las actividades relacionadas con las actividades reservadas, para lo cual podrá solicitar la colaboración de otros órganos y entes de la República.

2.5 Regalías y las ventajas especiales

Corresponde en este apartado abordar lo referente a las regalías y el régimen de las ventajas especiales del oro. Se inicia por tratar a figura de la regalía⁶⁹, la cual opera como un derecho de participación del Estado en los volúmenes de mineral extraídos por la empresa mixta, facultad que se fundamenta en ser el Estado el propietario del yacimiento⁷⁰. Esta fórmula no está presente en la Ley de Minas vigente y que hasta la entrada en vigencia del DLO no figuraba en la actividad minera del oro en Venezuela. Esta novedad, así como la propia reserva

⁶⁶ Artículo 13 del DLO

⁶⁷ Es decir, la cantidad con la que un activo es incluido en el balance general después de la depreciación acumulada hasta ese momento. *Cfr.* MARQUEZ, Harold, *Diccionario de Contabilidad*, Caracas, Editorial CEC, S. A., 2004, p.159.

⁶⁸ Artículo 16 del DLO

⁶⁹ Es la participación en los ingresos o beneficios que se le debe pagar al propietario de un bien o derecho por permitir su uso o explotación. *Cfr.* MARQUEZ, Harold, *Diccionario de Contabilidad... op. cit.*, p.138

⁷⁰ Artículo 12 de la CRBV.

de las actividades primarias y conexas junto con la migración a empresas mixtas pudiera deberse a la reproducción por parte del Ejecutivo Nacional, del esquema que se implementó en la explotación del petróleo, particularmente el implementado luego de la eliminación de los contratos de servicios de la faja petrolífera del Orinoco, por empresas mixtas.

Esta regalía es del trece por ciento (13%) para las empresas mixtas pudiendo ser rebajado hasta un mínimo del tres por ciento (3%) por el oro extraído de la mina o yacimiento. Tal variación responde a la distinción que hace el DLO en empresas mixtas sin vinculación a proyectos comunitarios, que correspondería al primer caso, y el segundo, las empresas mixtas cuyos proyectos estén asociados o vinculados a proyectos con las comunidades, con la comunidad indígena, mineros o mineras artesanales o pequeños mineros y mineras agrupados en cooperativas o empresas de propiedad social comunal. Tales parámetros los fijará el Ejecutivo Nacional⁷¹. Se resalta que, aun cuando el DLO no señala nada al respecto, la periodicidad del pago de la regalía se entiende que corresponde a la producción de oro mensual.

Así las cosas, el Ejecutivo Nacional puede optar en recibir la regalía en dinero o en especie. En el primer caso, mediante la metodología o técnica que se dicte para medir las cantidades de mineral correspondiente, a valor de mercado o a valor convenido y, en su defecto por el precio que señale el liquidador. La empresa mixta pagará lo conducente dentro de los cinco (5) días siguientes a la entrega de la planilla liquidada por el ministerio del poder popular competente. Para el segundo caso, el Estado podrá hacerse de los servicios de la empresa que designe a tal efecto, a los fines de su beneficio, almacenamiento y transporte, y ésta deberá prestarlo hasta el lugar que se indique, recibiendo el pago que se conviene para tales servicios, y en caso de no haber acuerdo, a la tarifa que fije el ministerio del poder popular con competencia en la materia⁷².

Por otra parte, los tradicionales tributos como el impuesto superficial y el impuesto de explotación no están previstos en la ley y, en su lugar, el DLO hace uso de las ventajas especiales para la captación de recursos distintos a la regalía. Aun cuando escapa del objeto de este trabajo pues requiere de un análisis pormenorizado, vale destacar al respecto que éstas sirvieron como instrumento habilitador del órgano legislativo del Poder Público Nacional al Ejecutivo Nacional, con el propósito de facultar a este último para pactar con el solicitante de concesión, el incremento de la alícuota de los impuestos mineros aquí señalados, tal y como lo establecía el artículo 91 de la Ley de Minas de 1945⁷³.

71 Artículo 18 del DLO

72 Artículo 19 del DLO

73 La doctrina ha manifestado reservas respecto de la modificación de los porcentajes de los impuestos mineros, mediante la presentación de las ventajas especiales. Se presenta de seguidas la opinión de Elsa Amorer: *"En lo que respecta a las ventajas especiales (...) desconocemos cual puede ser su contenido, en especial las referidas a la materia legal, ya que con presencia de la administración reglada, no le es dado ni a la Administración ni a los administrados introducir o pactar disposiciones legales, diferentes a aquellas normas que regulan la materia y que son objeto de una ley especial como lo es la Ley de Minas; razón por la cual disentimos del contenido del artículo en referencia." Cfr. AMORER, Elsa, El Régimen de la explotación minera... op. cit., p.126. En contraste, el criterio institucional del Ejecutivo Nacional, por órgano de la Procuraduría General de la República, señala: "(...) por vía de interpretación, debe eliminarse toda normativa*

El "carácter tributario" de las ventajas especiales surgido del pacto convencional del título de concesión, vigente en las concesiones desde 1945 hasta 1999, permitió incrementar las alícuotas de los impuestos, principalmente el de explotación, que se verifica mensualmente, a diferencia del impuesto superficial, cuyas planillas se liquidan por trimestres vencidos. Para ello, se valoraba el contenido de la oferta del solicitante, para luego, mediante las "*Normas para el otorgamiento de concesiones mineras y contratos mineros*"⁷⁴ presentarle a los solicitantes la alícuota a ofrecer de acuerdo al mineral o proyecto minero, y así sustituir la que establecía la Ley de Minas para los impuestos mineros, cuyo nuevo porcentaje en algunos casos, superaba en cinco (5) o seis (6) veces la alícuota señalada por la ley⁷⁵.

Si bien el artículo 20 del DLO no señala el carácter tributario de estas ventajas especiales, se puede presumir tal concepción por el Ejecutivo Nacional de la lectura del encabezado de este artículo. Así:

El ministerio del poder popular con competencia en la materia, establecerá al momento de otorgar los derechos mineros, a las empresas para realizar las actividades primarias, la alícuota correspondiente a las ventajas especiales.

Este criterio fiscal se había superado, por las debilidades respecto a la vulneración del principio de reserva legal, en la Ley de Minas vigente, pues ésta en su artículo 35, excluye cualquier referencia a pagos, dinero o de los elementos del impuesto. De este modo, la Ley de Minas señala, respecto de las ventajas especiales:

El Ministerio de Energía y Minas podrá estipular ventajas especiales para la República, en materia de suministro de tecnología, abastecimiento interno, provisión de infraestructura, dotación social, obligaciones de entrenamientos capacitación, formación y especialización geológico-minera, entre otras, que podrán ofrecer los particulares en la oportunidad de solicitar la respectiva concesión de conformidad con los requisitos que se establezcan en los reglamentos de esta Ley.

del proyecto referencias específicas a 'impuestos' y denominarlos 'cargas de carácter patrimonial' (o por cualquier otro respecto dice la ley). Es decir, considerarlas como ventajas especiales mínimas que los interesados en obtener concesiones mineras, deben ofrecer al Estado. Por lo tanto, la exigencia de estas ventajas especiales radica en su estipulación en las concesiones otorgadas y no en un inexistente poder tributario del Ejecutivo, como pudiera pensarse, ejercido a través de convenios." Ob. Cit. p.127.

⁷⁴ Resolución 115 del Ministerio de Energía y Minas de fecha 20 de marzo de 1990, publicadas en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.448 de fecha 16 de abril del mismo año.

⁷⁵ *V. gr.* El título minero de la concesión CAZADERO 12 señala en su ventaja especial quinta (5°) que el concesionario –Carbones del Suroeste, C. A.,- ofrece: "*Pagar como impuesto de explotación el seis por ciento (6%) del valor comercial de mineral en la mina, en lugar de lo establecido en el Ordinal 3° del artículo 87 de la Ley de Minas.*" *Vid.* Gaceta Oficial de la República de Venezuela bajo el N° 4.806 Extraordinario del 18 de noviembre de 1994. Se destaca que el mencionado artículo 87 de la Ley de Minas de 1945 establecía el uno por ciento (1%) del valor comercial en mina del recurso en cuestión.

En todo caso, el DLO se asegura de crear instrumentos de captación de recursos económicos paralelos a la regalía, mediante instrumentos indeterminados pues la alícuota no señala que concepto representa, que quedarán a criterio del ministerio del poder popular que corresponda en razón de la materia.

Finalmente, y como se mencionó *supra*, la venta del explotador está reducida al propio Estado como único comprador, de manera que no tiene elección alguna la empresa mixta, siendo que es una actividad que el Estado se reserva como monopolio, con la excepción de las ventas de joyas para uso personal.

3. Conclusiones

La reserva en materia de minas se puede entender como la facultad que la Constitución y la Ley otorgan al Ejecutivo Nacional para sustraer del régimen de concesiones, contratos de exploración y explotación, autorizaciones de pequeña minería, mancomunidades mineras y minería artesanal, determinados minerales ubicados en el territorio nacional, con el propósito de acometer tales tareas con sus propios recursos directamente, o asociado con personas naturales o jurídicas de carácter privado.

Así, teniendo en cuenta las opciones que ofrece el ordenamiento jurídico para la valoración del mérito, oportunidad y conveniencia en la toma de este tipo de decisiones, el Ejecutivo Nacional mediante habilitación legislativa, promulga el DLO seleccionando así la fórmula constitucional, imprimiéndole la categoría de Ley Orgánica en lugar del decreto cuyo rango resulta inferior, anticipándose a la necesidad de contar con instrumentos de tal jerarquía, capaz de movilizar las distintas unidades del ese órgano del poder público hacia el cumplimiento de esa norma legal y de los substanciales cambios allí contenidos.

Este DLO regula la totalidad de las actividades posibles en la minería del oro y ello, estructurado de manera que se permite mayor margen de discrecionalidad al Ejecutivo Nacional, en materia de elección de áreas, vigencias en los períodos de aprovechamiento, precios, actividades a realizar, destino del mineral, circunstancias estas que revelan el ensanchamiento de las operaciones a cargo del Estado venezolano en materia del recurso oro y el limitado rol de la participación de los particulares en estas actividades de naturaleza estratégica para la República, según lo destaca la ley.

Se considera que la figura de la concesión como instrumento resulta eficaz, siempre que las tareas de fiscalización y control minero sean las necesarias a cada proyecto minero, y que el Estado genere, mediante el ciclo correspondiente, las Políticas Públicas pertinentes a los distintos minerales y sus diversos usos en la industria básica y transformadora nacional. Esto se señala toda vez que el DLO materializa lo que durante los últimos seis (6) años se ha venido proponiendo, que es la desaparición del modelo de concesiones mineras como elemento clave del cambio en la industria minera venezolana, exponiéndose como nuevo paradigma, la constitución de empresas mixtas.

Las instituciones del derecho siempre van a constituir instrumentos y no fines, en razón de lo cual la supresión de este modelo por otro no constituye garantía alguna del aprovechamiento racional del recurso oro pues, ello equivaldría a decir que el actual modelo de la Ley de Minas de 1999 es un obstáculo para

la planificación y el control de las actividades descritas a lo largo de este artículo. Creemos que la experiencia en materia petrolera sigue siendo aún temprana, pero da muestras útiles en materia de captación de recursos, pero también hace propietarios a los terceros de bienes de los que antes solo era prestador de servicios.

Por otra parte, se considera un retroceso en materia de ventajas especiales el que estas aún se consideren como instrumentos para la obtención de recursos cuando tal concepción se había superado con la Ley de Minas de 1999 la cual no contempló de manera laguna que las ventajas especiales ofrecidas por los solicitantes de concesión, contemplaran obligaciones dinerarias, sino actividades materiales y concretas distintas a el flujo de efectivo que supone el esquema, a nuestro entender, en el DLO. Además, resulta llamativo el hecho de que si bien no señala que es de carácter tributario, resulta claro que admite una vía para que la empresa mixta operadora de minas de oro pague, un monto en bolívares que no conocerá sino al momento de la negociación con el Ejecutivo Nacional pues, como se señaló, la solicitud de aprobación de esta persona jurídica que se presente por el Ejecutivo Nacional a la Asamblea Nacional, ya debe contener estos datos.

En definitiva, las regalías y las ventajas especiales vienen a sustituir a los impuestos mineros aquí tratados.

Este esquema responde al modelo de Estado que se adelanta desde el Ejecutivo Nacional y contiene elementos de intenso Derecho Público que va a poner a prueba las instituciones y del cual aún resulta temprano para presentar sus consecuencias.