

B. LAS SERVIDUMBRES MINERAS

ABSARA MARIANI

SUMARIO

I. INTRODUCCION.— II. LIMITACIONES A LA PROPIEDAD PRIVADA Y SUS DIFERENCIAS CON LAS SERVIDUMBRES.— 1. Limitaciones a la propiedad privada.— 2. Las servidumbres.— 3. Modo de constitución de las servidumbres.— III. LAS SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS.— 1. Nociones generales.— A. Las servidumbres en sentido subjetivo.— B. Las servidumbres en sentido objetivo.— C. Las servidumbres administrativas y el derecho venezolano.— 2. Diferencias entre servidumbre administrativa y limitaciones legales a la propiedad.— 3. Modo de constitución de las servidumbres administrativas.— 4. Constitución de servidumbres mediante procedimiento expropiatorio.— IV. LAS SERVIDUMBRES MINERAS.— 1. Naturaleza jurídica de las minas.— 2. El régimen minero después de la nacionalización.— 3. Características de las servidumbres mineras.— 4. Algunos tipos de servidumbres mineras.— 5. Modos de constitución.— 6. La ocupación temporal.

I. INTRODUCCION

El presente estudio ha surgido como consecuencia del proceso de nacionalización de la industria petrolera, el cual ha creado la necesidad de un ajustamiento de nuestro derecho positivo para su necesaria armonización con la nueva Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos. Por tal motivo, el problema de las servidumbres mineras debe ser estudiado en base a la nueva realidad que se ha presentado con la constitución de las nuevas empresas de la industria petrolera.

Los problemas que trataremos de dilucidar en el desarrollo del trabajo serán, en primer término, los relativos a la interpretación del artículo 6º de la mencionada ley, el cual establece en el ordinal 4º que "a los solos fines de agilizar y facilitar el proceso de nacionalización de la industria petrolera, el Ejecutivo Nacional constituirá o hará constituir las empresas que estime conveniente, las cuales al extinguirse las concesiones, pasarán a ser propiedad de las

empresas" a quienes se le atribuya las funciones de coordinación, supervisión y control de las actividades de las demás empresas. Se plantea si en virtud de lo dispuesto en la norma, debe o no entenderse que las empresas constituidas gozan, para el propósito de la realización de sus actividades propias, de los derechos de "constitución de servidumbres, de ocupación temporal y de expropiación de los terrenos que necesitaren", en los mismos términos en los cuales dichos poderes fueron atribuidos a los concesionarios de hidrocarburos por la Ley de Hidrocarburos.

En segundo lugar, hay que determinar en qué casos podría utilizarse la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social para la constitución de servidumbres. Esto da lugar a que se plantee, como cuestión previa, la de definir si es posible que a través del procedimiento expropiatorio se puedan constituir servidumbres, ya que algunos piensan que siendo la expropiación el acto jurídico mediante el cual se priva a un particular de la propiedad de un inmueble mediante el pago de una justa indemnización y siendo la servidumbre un gravamen que se impone a un bien determinado denominado fundo sirviente, sin que se prive al propietario del derecho de propiedad, no es posible la constitución de servidumbres por esta vía.

Planteadas estas interrogantes, he considerado de gran importancia teórica y práctica el estudio de las servidumbres administrativas en el derecho venezolano y, en especial, de las servidumbres mineras. A falta de una definición legal de las servidumbres administrativas, la doctrina patria se inclina a estudiar esta institución partiendo de la definición que el Código Civil trae de las servidumbres prediales, olvidando que las servidumbres administrativas tienen contornos propios y originales que los diferencian de las servidumbres civiles. La Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, de fecha 25 de junio de 1942, contenía una definición de las llamadas "servidumbres de utilidad pública" concebida en los siguientes términos: "Todo propietario está obligado a permitir el establecimiento en su fundo de las servidumbres que fueren necesarias para la ejecución de cualquier obra de utilidad pública o para el uso o mejor funcionamiento de servicios públicos" (Art. 56). Esta disposición no existe en la vigente Ley de Expropiación.

A falta de una definición legal de la servidumbre administrativa, las distintas leyes que regulan las relaciones de la administración pública con los propietarios de bienes inmuebles establecen una serie de limitaciones a la propiedad privada que van de la simple atemperación del carácter absoluto del dominio hasta una restricción grave a la propiedad. La doctrina administrativa venezolana carece de un estudio sistemático de esta diversidad de matices de las leyes admi-

nistrativas. De allí la necesidad de hacer el esfuerzo de deslindar claramente los conceptos de limitaciones legales a la propiedad y de servidumbre.

En el derecho administrativo existe la tendencia a englobar, bajo la denominación de servidumbres administrativas, a simples limitaciones del derecho de propiedad privada.¹ Sin embargo, estos dos conceptos responden a principios distintos y tienen una naturaleza jurídica peculiar, lo que permite diferenciar estas dos instituciones de derecho.

Esa misma falta de definición legal de la servidumbre administrativa ha conducido a parte de la doctrina, en especial de origen iusprivatista, a negar la existencia de las servidumbres administrativas o a elaborar una teoría unitaria de las servidumbres, en la cual las servidumbres administrativas serían una especie, como las servidumbres civiles, del género "servidumbre". Sin negar los elementos estructurales de toda servidumbre, considero que las servidumbres administrativas tienen características originales que las diferencian de las servidumbres civiles y, por esta razón, deben merecer un tratamiento jurídico distinto al que reciben las servidumbres civiles.

Materia discutida en la doctrina administrativa y en la jurisprudencia de los tribunales administrativos es la relativa a si las servidumbres administrativas pueden constituirse mediante el procedimiento expropiatorio. La doctrina y la jurisprudencia francesas se han pronunciado por la inadmisibilidad de la vía expropiatoria para la constitución de las servidumbres. En cambio, la doctrina y la jurisprudencia italianas se pronuncian por la admisibilidad. La práctica administrativa venezolana considera viable esta segunda vía, aun cuando no exista norma expresa que la consagre. En este estudio se expondrán las razones que nos permiten pensar que es posible usar el procedimiento expropiatorio para constituir las servidumbres administrativas.

Por último, analizaré las características que las servidumbres mineras tienen en la legislación venezolana y las distintas formas de constituir las. Haré las diferencias que tienen con la figura de la ocupación temporal, lo que me llevará a estudiar la naturaleza jurídica de esta institución.

Como cuestión terminológica utilizaré la expresión "servidumbre administrativa" para referirme a lo que otros autores denominan "servidumbres públicas", "servidumbres de derecho público", "servidumbres de derecho administrativo" o "servidumbres de cosa pública". Asimismo utilizaré la expresión "servidumbre civil" para referirme a las llamadas "servidumbres privadas" o "servidumbres de derecho privado".

1. Véase André Laubadere: *Traité élémentaire de droit administratif*, L.G.D.J., París, 1970, vol. II, p. 161.

II. LIMITACIONES A LA PROPIEDAD PRIVADA Y SUS DIFERENCIAS CON LAS SERVIDUMBRES

1. *Limitaciones a la propiedad privada*

La propiedad es uno de los derechos económicos que la Constitución reconoce a los particulares (Art. 99) y que el Código Civil define como "el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva" (Art. 545). El derecho de propiedad no es, sin embargo, ni absoluto, ni exclusivo, ni perpetuo. En virtud de su función social, este derecho está sometido a las "contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general", como dice el texto fundamental.

El derecho de propiedad no puede ser absoluto porque la coexistencia de varios derechos impone la necesidad de limitaciones o reglamentaciones destinadas a garantizar la convivencia social. La necesidad de coordinar armónicamente los intereses de los individuos y de la misma colectividad es lo que justifica la institución de las limitaciones legales a la propiedad, como lo sostiene Renato Alessi.² O como dice Messineo, estas limitaciones son establecidas por la ley "a fin de asegurar la *armónica coexistencia* y la posibilidad del simultáneo ejercicio de *varios derechos* (contemporización, o *coordinación*) de *propietarios singulares* sobre inmuebles colindantes o próximos, o asegurar, indirectamente, necesidades elementales de la vida, como la luz, aire y agua y beneficios a la agricultura o a la industria, o bien a tutelar (con medidas preventivas) la higiene de los edificios. Tales limitaciones crean *deberes*, por cuya observancia queda comprendido o circunscrito el contenido (*intensidad*) del derecho del propietario que está gravado".³

Las limitaciones establecidas en la ley a la propiedad privada se justifican por razones de utilidad pública o por razones de utilidad privada (Arts. 99 de la Constitución y 644 del Código Civil). En el primer caso, las limitaciones impuestas por razones de utilidad pública o de interés general dan origen a lo que la doctrina denomina "el *régimen administrativo de la propiedad*".⁴ Las limitaciones por razones de utilidad pública tienen por objeto directo e inmediato imponer una carga a los fundos privados para tutelar un interés público o un servicio público. La relación que se establece entre el fundo privado y el servicio público es una relación directa. La utilidad obtenida por el servicio público es obtenida directamente del fundo privado. En el segundo caso, las limitaciones

2. Véase *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. II, Bosch, Barcelona, 1970, p. 475.

3. Francisco Messineo: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 283.

4. Véase Fernando Garrido Falla: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, pp. 228 y ss.

impuestas por razones de utilidad privada se estudian en el derecho privado y tienen por origen relaciones de vecindad derivadas de la contigüidad o proximidad de los fundos. En este tipo de limitaciones las normas de derecho privado tutelan de modo principal y directo un interés privado, aun cuando indirectamente se tutela un interés público, como es la armónica coexistencia de varios intereses contrapuestos.

Nuestro Código Civil, en la reforma del año 1942, abandonó la vieja diferenciación entre servidumbres establecidas por la ley y servidumbres establecidas por el hombre. En su lugar adoptó la terminología de limitaciones legales a la propiedad predial y de servidumbres prediales. Esta diferenciación no es solamente terminológica sino que tiene consecuencias jurídicas. Nuestro estudio se limitará a analizar las limitaciones legales impuestas por razones de utilidad pública, pues las otras son objeto de estudio por el derecho privado.

Las limitaciones a la propiedad privada por razones de utilidad pública son prohibiciones establecidas al ejercicio del derecho de propiedad. La ley impone al propietario del fundo una obligación de *no hacer*. La utilidad pública se obtiene con el cumplimiento de la prohibición legal. El incumplimiento de esta prohibición puede dar origen a un procedimiento policial o penal a fin de restablecer los fines violados con la contravención. Por ejemplo, la prohibición de construir en determinadas zonas o de construir hasta cierta altura, son limitaciones legales a la propiedad.

Las limitaciones legales a la propiedad privada no concluyen en simples prohibiciones. Ellas tienen por objeto definir el ámbito del poder del propietario, sobre todo cuando la propiedad tiene una función social que cumplir. Esta función social está definida en la ley, la cual impone también al propietario obligaciones positivas que sirven al interés general o a un servicio público. En la Ley de Reforma Agraria, por ejemplo, se impone a la propiedad privada, como obligaciones positivas, la explotación eficiente de la tierra; el trabajo y dirección personal y la responsabilidad financiera de la empresa agrícola por el propietario de la tierra (Art. 19). El incumplimiento de estas obligaciones da origen a la afectación de las tierras a la reforma agraria y, en consecuencia, a la expropiación. Otras veces la ley impone al propietario obligaciones de hacer y de no hacer. En el caso de los parques nacionales, los propietarios pueden utilizar su propiedad "para solaz y educación del público, para turismo o investigaciones científicas". Pero les está prohibido "la caza, la matanza o captura de la fauna y la destrucción o recolección de ejemplares de la flora" (Art. 12 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas).

Esta obligación de hacer, establecida entre las limitaciones legales a la propiedad, implica en la práctica una prohibición de usar el bien con determi-

nados fines. De ahí que pueda considerarse que las limitaciones a la propiedad consistan siempre en obligaciones negativas, pues las obligaciones positivas determinan implícitamente la prohibición de otros usos.

Las limitaciones legales nacen automáticamente al cumplirse los supuestos de hecho de la norma. Sin embargo, en algunos casos será necesario que la administración pública haga una determinación de los bienes afectados. Por ejemplo, cuando el Ejecutivo Nacional declara una región como parque nacional, debe proceder a deslindar la zona afectada por la limitación legal.

En las limitaciones a la propiedad falta el carácter de predialidad en sentido activo, ya que las limitaciones se establecen en favor de un servicio público o de un interés público.

Por último, las limitaciones legales, en principio, no causan indemnización cuando se establecen en forma general. Sin embargo, si la limitación se establece *uti singuli* y se sacrifica un interés privado para beneficiar a la colectividad, la indemnización sería procedente. Para Alessi, la noción de *sacrificio* se contrapone a la limitación, por tratarse de lesión de intereses y derechos concretos y no de comprensión general y abstracta de derechos por vía normativa.⁵ No obstante, cabe observar que si el sacrificio de un derecho patrimonial deriva de una norma general que ha sido individualizada por un acto administrativo, no puede hablarse propiamente de un sacrificio sino de una limitación legal. Por ejemplo, cuando la Junta Nacional Protectora y Conservadora del Patrimonio Histórico y Artístico de la Nación determina que un inmueble de propiedad privada es un monumento histórico por reunir las condiciones exigidas por la ley, no debe considerarse esta declaración como un sacrificio de un derecho individual, sino como una limitación a la propiedad, porque esta limitación tiene su origen en una norma general (Art. 1º de la ley).

2. *Las servidumbres*

El derecho de propiedad no es exclusivo, porque sobre la cosa ajena es posible establecer derechos reales en favor de otras personas distintas del propietario. Es decir, que el derecho de propiedad admite la concurrencia de varios derechos sobre el mismo bien, pero estos otros derechos no impiden el ejercicio del derecho de propiedad. Tal es el caso de las servidumbres, que son un *ius in re aliena*.

Nuestro Código Civil define a la servidumbre como "cualquier gravamen impuesto sobre un predio para uso y utilidad de otro perteneciente a distinto dueño" (Art. 709). De esta definición se deduce que son condiciones sustanciales

5. Véase Alessi: *ob. cit.*, p. 486.

para que se dé esta figura jurídica, que existan dos propietarios, uno del fundo dominante que tiene un derecho *intuitu rei*, es decir, un derecho inherente al fundo dominante y que se ejerce para el uso y utilidad de este fundo, y un propietario del fundo sirviente, cuya obligación consiste en soportar una determinada actividad que se ejerce sobre el fundo sirviente.

Es también sustancial de las servidumbres la existencia de dos fundos, uno dominante y otro sirviente. La predialidad ha sido considerada como una de las características esenciales de la servidumbre. En criterio de Barbero se puede suprimir el adjetivo "predial", con el cual el Código Civil califica a las servidumbres, porque ese adjetivo "no especifica ya especie alguna de «servidumbre», siendo necesario y común a todas ellas".⁶

La relación de servidumbre que se establece entre los fundos tiende a asegurar un mejor rendimiento del fundo dominante, rendimiento que se expresa en el uso o la utilidad que se extrae del fundo sirviente. Esta relación se manifiesta, desde el punto de vista económico, en un incremento del valor del predio dominante y una disminución del valor del predio sirviente. Y desde el punto de vista jurídico comporta una ampliación del derecho de goce del propietario del fundo dominante y, consecuentemente, una disminución de las potestades del propietario del fundo sirviente.⁷ Una de las características de las servidumbres es por eso la unilateralidad, en el sentido de que los beneficios de la relación de servidumbre los percibe el fundo dominante y el gravamen lo soporta el predio sirviente. Sin embargo, puede haber servidumbres recíprocas cuando los beneficios y desventajas corren en favor o a cargo de los dos fundos.

Las servidumbres tienen un carácter oneroso, pues el propietario del fundo sirviente debe recibir una indemnización por la disminución de sus derechos sobre el predio. Sin embargo, nada se opone a que las partes convengan en que la servidumbre se constituya en forma gratuita.

Las servidumbres tienen un carácter perpetuo porque la necesidad del fundo dominante de servirse del fundo sirviente tiene una causa perpetua (*causa perpetua servitutis*). Sin embargo, como lo señala Messineo y Barbero, la perpetuidad de las servidumbres es una tendencia porque puede haber servidumbres ocasionales.⁸

El contenido pasivo de las servidumbres consiste en un no hacer (*servitutis in faciendo consistere nequit*). El propietario del fundo sirviente debe tolerar la actividad del propietario del fundo dominante y no puede hacer nada que

6. Véase Doménico Barbero: *Sistema del Derecho Privado*, vol. II. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, p. 407.

7. Carlo Girola: *Le servitù prediale pubbliche*, Cedan, Padova, 1937, p. 56.

8. Messineo: *ob. cit.*, p. 493, y Barbero: *ob. cit.*, p. 410.

tienda a disminuir el uso de la servidumbre o hacerlo más incómodo (Art. 732 del Código Civil). No existe servidumbre cuando el uso o la utilidad del fundo dominante se obtiene mediante un "facere" del propietario del fundo sirviente. No obstante, en el título de la servidumbre se puede convenir en que el propietario del predio sirviente ponga toda su diligencia para facilitar la consecución de la utilidad por parte del fundo dominante. Pero este *facere* debe interpretarse como una prestación accesoria a la servidumbre.⁹ El artículo 730 del Código Civil parece contradecir la tesis de que la servidumbre no puede consistir en un *facere*. Dice este artículo: "Aun cuando el propietario del fundo sirviente esté obligado, en virtud del título, a hacer los gastos necesarios para el uso y la conservación de la servidumbre, podrá siempre librarse de ello, abandonando el predio sirviente al propietario del predio dominante". Carlo Girola rechaza esta tesis por considerar que ella exagera la importancia de la disposición citada, "sea en el sentido de creer que ella es suficiente para dar vida, en nuestro derecho, a la figura de la *servitus in faciendo*, sea en el sentido de sostener que el principio *servitus in faciendo consistere nequit* es un canon falso e inexistente. Con todo, se debe admitir que en nuestro sistema el *facere* puede constituir el contenido de una obligación accesoria de la servidumbre".¹⁰

3. Modos de constitución de las servidumbres

De acuerdo con el artículo 720 del Código Civil, "las servidumbres se establecen por título, por prescripción o por destinación del padre de familia". El título de la servidumbre puede ser un contrato en el que intervengan los propietarios de los fundos dominante y sirviente; puede ser un testamento mediante el cual el propietario del fundo sirviente impone una servidumbre en favor del propietario del fundo dominante; y puede ser mediante sentencia judicial en los casos de servidumbres coactivas. La constitución de las servidumbres por destinación del padre de familia y por prescripción tienen una importancia secundaria en el estudio de las servidumbres administrativas.

Las servidumbres suelen clasificarse en servidumbres voluntarias y servidumbres coactivas o forzosas. Las primeras tienen como hecho constitutivo un negocio jurídico o un hecho no negocial, como son la prescripción y la destinación del padre de familia. Las servidumbres coactivas tienen su fundamento en la ley y son impuestas en virtud de un mandamiento legal. El propietario del fundo sirviente que se encuentra dentro de los supuestos de hecho de la norma debe aceptar voluntariamente el gravamen y en caso contrario el propietario del fundo dominante puede acudir al juez para que la sentencia que se

9. Véase Barbero: *ob. cit.*, p. 411.

10. Véase Carlo Girola: *ob. cit.*, p. 238.

pronuncie sirva de título constitutivo de la servidumbre. Como veremos, en algunas servidumbres administrativas el título lo constituye una providencia administrativa. Barbero propone cambiar la terminología de servidumbres voluntarias y de servidumbres coactivas por la de servidumbres libres y de servidumbres coactivas. "Es mejor decir *coactivas* y *libres* —dice este autor—, a fin de no confundir el *derecho a la constitución* —preexistente para las primeras y no para las segundas—, con el modo de constitución o el *hecho mismo constitutivo*, que puede ser *voluntario* —por ejemplo el contrato— tanto para las unas como para las otras. Las unas son «libres» porque sin un hecho libre, contrato o testamento, destinación del padre de familia o usucapión (también la usucapión es un hecho libre), no pueden ser constituidas; las otras son *coactivas*, porque en defecto de un hecho libre pueden ser constituidas, *coactivamente*, por sentencia judicial, o en casos especiales, por providencia de la autoridad administrativa".¹¹

III. LAS SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS

1. *Nociones generales*

Con las servidumbres administrativas sucede lo mismo que con otras figuras jurídicas del derecho administrativo. Muchos de los conceptos fundamentales de esta rama del derecho público han tomado prestado ideas y principios del derecho privado. Sin embargo, cuando estos conceptos se aplican a dos realidades distintas, como son los intereses públicos y los intereses privados, tanto la doctrina como la jurisprudencia han tenido que admitir que esas instituciones, no obstante tener una fuente común en la teoría general del derecho, tienen características propias que permiten darles un tratamiento original. Así ha sucedido con los contratos administrativos que contienen normas exorbitantes de derecho privado, tales como la potestad de la administración pública para modificarlos o revocarlos unilateralmente.

A. *Servidumbres en sentido subjetivo*

En materia de servidumbres administrativas se enfrentan dos teorías. Una teoría que concibe la servidumbre administrativa en sentido subjetivo y otra que la concibe en sentido objetivo. Para la primera teoría las servidumbres civiles y las administrativas son similares. La diferencia estaría en el modo de constituirse, ya que las servidumbres administrativas tendrían su fuente en un acto autoritario (ley o acto administrativo), sin que sea necesaria la colaboración del propietario del fundo sirviente para constituir las. "El análisis de la legislación muestra que la mayor parte de las servidumbres impuestas por procedimiento administrativo

11. Véase Barbero: *ob. cit.*, pp. 418-419.

—dice Giannini— corresponden a figuras ya contempladas en el Código Civil: servidumbre de paso, de no edificar, de acueducto y de conductores eléctricos... y así sucesivamente. Hay una diferencia cuantitativa dada por esto: que mientras en derecho privado las servidumbres que pueden constituirse coactivamente son en número limitado, en derecho administrativo son, prácticamente, todas”.¹² Giannini observa, no obstante, que hay servidumbres administrativas que no corresponden a las previstas en el derecho civil. Pero estas servidumbres son, en sustancia, especies del género de servidumbre previsto por el Código Civil.

Si las servidumbres administrativas son estructuralmente similares a las servidumbres civiles, ¿cuál es el elemento o la característica que permite diferenciarlas? Esta cuestión tiene una respuesta subjetiva. La servidumbre administrativa se establece sobre bienes inmuebles privados en favor de un bien público. “La servidumbre, en su esencia, es una relación de fundo a fundo —dice Girola—; este es un elemento que, en todo caso, no puede faltar”.¹³ En criterio de este autor, “la servidumbre es siempre una relación entre dos fundos y este concepto general puede decirse que no es ni privado ni público; la relación se califica de privada o pública o según la naturaleza de los fundos entre los cuales se establece la servidumbre, ya que un fundo público puede estar en relación no solamente con otro fundo público, sino que puede estarlo en relación dominante o sirviente con un fundo privado”. De acuerdo con este punto de vista, la servidumbre administrativa presenta tres formas: 1º) Relación de subordinación entre fundos públicos; 2º) Servidumbre que grava un bien demanial en favor de un fundo privado (aquí se plantea la cuestión de si es posible constituir derechos reales sobre bienes públicos por necesidad o utilidad de fundos privados); 3º) Servidumbres impuestas sobre fundos privados en favor de bienes demaniales. En conclusión, la naturaleza jurídica de la relación de servidumbre cambia según la naturaleza pública o privada de los fundos. Será pública si uno de los fundos o ambos son públicos. Será privada si los dos fundos son privados.¹⁴

Girola sostiene que hay que diferenciar entre fundo y servicio público.¹⁵ El fundo no es otra cosa que un bien instrumental del servicio y no el servicio. El fundo sirve al servicio público por sus caracteres físicos, por su estructura física: la fortaleza, los bastiones sirven para la defensa militar porque tienen la estructura adecuada. El campo de aterrizaje sirve a la aviación en cuanto tiene determinados caracteres físicos, una estructura y una superficie determinadas,

12. Massimo Severo Giannini: *Diritto Amministrativo*, vol. II, Giuffré, Milano, 1970, p. 1.230.

13. Véase Carlo Girola: *ob. cit.*, p. 222.

14. Véase Carlo Girola: *ob. cit.*, p. 125.

15. *Idem.*

una dada ubicación, un terreno bien compacto, uniforme, etc. "El fundo y la función pública son inseparables; pero el uno se distingue siempre del otro como, lógicamente, se distingue el instrumento del fin para el cual es usado".¹⁶

A esta posición adhiere Zanobini cuando dice: "cualquier servidumbre constituida sobre bienes privados a favor de bienes pertenecientes al Estado, a la región, a la provincia o a la comuna, tiene carácter público sólo cuando el fundo dominante es un bien demanial: la servidumbre establecida en favor de bienes patrimoniales no puede tener sino el carácter de derechos reales privados; además, en este último caso, se puede distinguir entre servidumbres disponibles o renunciables y servidumbres indisponibles, según que el fundo dominante pertenezca a una y otra especie de bienes patrimoniales".¹⁷

B. *Servidumbres en sentido objetivo*

Las servidumbres administrativas en sentido objetivo serían aquellas que nacen "en el momento en que se reúnen las dos condiciones: afectación de la cosa al servicio público y constitución de un derecho real sobre ella", según expresa Otto Mayer. "Un *praedium dominans* —continúa este autor— será a menudo muy difícil de definir; en todo caso, la servidumbre nunca está ligada pura y simplemente al inmueble dominante; sólo existe durante el tiempo y en la medida en que ese inmueble sirve para una empresa pública determinada: por ejemplo, como fortificación, como calzada, como río navegable, etc". De acuerdo con este criterio, Otto Mayer define la servidumbre de derecho público así: "es un *poder jurídico* parcial constituido sobre un inmueble en favor de una empresa pública".¹⁸

Fernando Garrido Falla comparte este punto de vista de Otto Mayer cuando escribe: "en estas servidumbres administrativas la idea del predio dominante (por tanto, del bien o inmueble de dominio público) no es esencial; ni siquiera existe normalmente. La servidumbre pública se establece en beneficio de la colectividad (sin que ello quiera decir necesariamente que tal gravamen suponga un *uso público* del predio sirviente por parte de la comunidad)".¹⁹ Esta opinión se fundamenta en el artículo 531 del Código Civil español, que dice que "también pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad a quienes no pertenezca la finca gravada".

16. Véase Carlo Girola: *ob. cit.*, p. 225.

17. Véase Zanobini, Guido: *Corso di Diritto Amministrativo*, Vol. IV, Giuffré Milano, 1958, pp. 219-220.

18. Otto Mayer: *Derecho Administrativo Alemán*, tomo III, Editorial Depalma, Buenos Aires 1951 pp. 271 y ss.

19. Garrido Falla: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, p. 233.

La doctrina francesa admite un concepto amplio de las servidumbres administrativas. Laubadere considera que al régimen demanial le son aplicables las normas del derecho común relacionadas con el hecho de la vecindad de los fundos públicos y de los fundos privados, porque estas normas resultan del derecho de propiedad de la administración pública sobre su dominio. Pero observa también que "gran número de cargas especiales, previstas por textos diversos, pesan sobre las propiedades vecinas del dominio público... Corrientemente se llaman estas cargas especiales «servidumbres administrativas», pero es necesario añadir que esta expresión es igualmente empleada en sentido amplio, con la cual ella designa las cargas que gravan propiedades privadas, en interés general, independientemente del beneficio o de la contigüidad de las dependencias demaniales". Laubadere señala que "esta noción de servidumbre *lato sensu* o *servidumbre* de interés general es la que aparece en el caso de las *servidumbres de paso sobre propiedades privadas*; tales servidumbres existen desde hace tiempo para el paso de líneas telegráficas y telefónicas y de líneas de distribución de energía eléctrica".²⁰

Esta servidumbre de paso público sobre bienes de particulares ha sido definida "como un derecho real del goce en favor de una *universitas incolarum*, en sí indeterminable, que tiene por objeto el uso con el fin de transitar y a veces también detenerse, a pie o con vehículo, por un camino o área privada".²¹ Sin embargo, Giannini se pregunta si este derecho de paso es una servidumbre en sentido propio o si no es por el contrario un derecho real parcial público que impropriadamente se incluye entre las servidumbres. Giannini se inclina por esta segunda alternativa.

C. *Las servidumbres administrativas y el derecho venezolano*

En el derecho venezolano no hay una definición general de las servidumbres administrativas. Sólo el Código Civil contiene una definición de esta figura jurídica. Sin embargo, conviene destacar que la definición de servidumbre de utilidad pública que traía la derogada Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social de 1942, acogía el concepto *lato sensu* de servidumbre. Todo propietario estaba obligado a permitir el establecimiento en su fundo de las servidumbres que fueren necesarias para la ejecución de cualquier obra de utilidad pública o para el uso o mejor funcionamiento de servicios públicos. Esta definición no exigía, como condición esencial, la existencia de dos fundos. El propietario privado estaba en la obligación de soportar las cargas derivadas de una obra pública o de un servicio público.

20. Véase André de Laubadere: *ob. cit.*, p. 160.

21. Véase Giannini: *ob. cit.*, p. 1.231.

Algunas leyes administrativas venezolanas acogen el concepto amplio de servidumbre. La servidumbre de paso para cuidar y conservar los cementerios, cuevas, montículos, calzadas y petroglifos constituida sobre una propiedad particular, no exige un predio dominante (Art. 14 de la Ley de Protección y Conservación de Antigüedades y Obras Artísticas de la Nación). La Ley de Ferrocarriles establece una servidumbre de paso para el acarreo de los materiales extraídos de una propiedad privada para la construcción y conservación de la vía férrea (Art. 17) y en esta servidumbre tampoco hay predio dominante. La Ley de Servidumbre de Conductores Eléctricos impone a todo propietario la obligación de dar paso por su fundo a los conductores eléctricos, aéreos o subterráneos. Esta servidumbre implica el derecho a establecer los postes y el de pasar para la vigilancia y conservación de la línea (Art. 1º). En este tipo de servidumbre tampoco existe fundo dominante. Sin embargo, como lo veremos luego, una interpretación lata de esta normativa permite sostener que existe la predialidad activa necesaria para la existencia de una servidumbre.

Esta normativa legislativa conduce a sostener dos puntos de vista. Uno, que se admita como excepcional los tres casos citados de servidumbre de paso, por considerar que todo derecho real está determinado por ley y su número es limitado (*numerus clausus*). Y otra, que considere que el legislador ha hecho una calificación errada, pues no se trata de una servidumbre sino de una limitación legal a la propiedad privada.

2. Diferencias entre servidumbres administrativas y limitaciones legales a la propiedad privada

Hemos dicho que las limitaciones a la propiedad privada por razones de utilidad pública consisten en prohibiciones impuestas al propietario del fundo. Pero las limitaciones no se agotan en una simple obligación negativa (*non facere*), sino que también crean obligaciones positivas que definen el contenido del derecho de propiedad. En cambio, en las servidumbres rige el principio *servitus in faciendo consistere nequit*, aun cuando en el título de la servidumbre puedan establecerse prestaciones accesorias con el fin de facilitar la consecución de la utilidad del predio dominante.

Las limitaciones legales a la propiedad no dan origen a indemnización. En cambio, las servidumbres son en principio onerosas.

La administración pública resguarda el cumplimiento de las limitaciones a la propiedad privada mediante los procedimientos policiales y penales. En cambio, la defensa de la servidumbre civil se efectúa mediante la llamada acción

confessoria servitutis. Las servidumbres administrativas están protegidas por todos los derechos que tiene la administración pública para la defensa del dominio público.

Por último, en las limitaciones falta el carácter de predialidad en sentido activo. En cambio, de acuerdo con la doctrina de las servidumbres en sentido subjetivo, la predialidad es una condición esencial de la servidumbre.

Si aplicamos estos criterios a los tres casos de servidumbre de paso establecidos en la legislación venezolana, puede pensarse que ellos se acercan más a la figura de limitaciones legales a la propiedad que al instituto de la servidumbre. La ley prohíbe la destrucción de montículos, calzadas o construcciones de la época aborígen y la de los petroglifos (obligación de no hacer) e impone a los propietarios el deber de permitir el paso por sus propiedades para conservar esos bienes. Sin embargo, si esta obligación es perpetua (la ley dice servidumbre perpetua), el propietario debe ser indemnizado. Este carácter indemnizatorio acerca esta figura a la servidumbre. Nada impide que la ley conceda una indemnización cuando limita el carácter absoluto del derecho de propiedad. En los casos de la Ley de Ferrocarriles y de la Ley de Servidumbre de Conductores Eléctricos también se acuerda una indemnización al propietario que soporta el paso por su fundo, pero este carácter no es definitivo. Sólo queda la predialidad como elemento diferenciador siempre que se admita el criterio subjetivo. Sin embargo, nuestro Código Civil acoge el criterio de la predialidad en sentido activo como condición esencial de las servidumbres, y a falta de una norma legal sobre servidumbre administrativa, puede considerarse que las servidumbres administrativas requieren también la existencia de dos predios, siendo uno de ellos un bien del dominio público. Deseo destacar que el Código Civil sólo define las servidumbres civiles y no establece ningún criterio para diferenciarlas de las servidumbres administrativas, que responden a las necesidades de un servicio público establecido en un fundo público.

Ahora bien, aun acogiendo el criterio subjetivo de servidumbre administrativa, puede observarse que en el caso de la servidumbre de paso prevista en la Ley de Ferrocarriles, el predio dominante estaría constituido por la vía férrea, formada por el terreno y los rieles. Este punto de vista explica también la servidumbre de *desagüe* impuesta a los terrenos colindantes con la vía que no pertenezcan al ferrocarril.

En el caso de la servidumbre de conductores eléctricos, deseo transcribir la opinión de Messineo: "Se ha dudado de si la servidumbre de conducción eléctrica es una verdadera servidumbre, porque faltaría el fundo dominante (alguien, por eso, haría de ella una limitación legal de la propiedad, introducida en interés público); pero se ha replicado que el *fundo dominante* es el *establecimiento*

que produce la energía eléctrica y la distribuye. Al otro argumento, con el cual se ha querido negar la naturaleza de servidumbre a la conducción eléctrica —esto es, que la conducción eléctrica no encuentra su origen en la convención o en la sentencia, sino directamente en la ley, por lo que, precisamente, sería una limitación legal de la propiedad—, se ha opuesto que el *cuarto apartado del artículo 122 del T. U. citado*, se refiere, como hemos visto, a actos de constitución de la servidumbre y a la necesidad de estipular pactos; y con ello se reafirma el origen convencional de la conducción eléctrica”.²² Por otra parte, no puede confundirse el derecho a constituir la servidumbre, que en las servidumbres administrativas deriva de la ley, con el modo de constitución que puede ser voluntario. En el caso de la servidumbre de conductores eléctricos, la empresa que produzca, use o distribuya energía eléctrica, deriva su derecho de paso de la ley respectiva. Pero la empresa puede convenir con los propietarios las condiciones de la servidumbre y el monto de la indemnización.

Donde realmente resulta difícil determinar un predio dominante es en la servidumbre de paso prevista para la conservación de los cementerios, cuevas, montículos, calzadas y petroglifos. Estos bienes no son propiedad del Estado. La ley atribuye al Estado “todos los objetos arqueológicos que contengan las huacas, montoyes y cementerios y cuevas de la época anterior a la dominación española” (Art. 13). Si los cementerios, cuevas, montículos, calzadas y petroglifos son de propiedad privada no habría ciertamente predio dominante. Y esta figura jurídica podría tipificarse como un derecho real que el Estado tiene sobre esos bienes de los particulares. Y si además esos sitios se abren para la visita del público puede catalogarse como un derecho real de uso público, que es aquel constituido “a favor de determinada colectividad sobre bienes de propiedad privada”.²³ En cambio, si esos bienes son propiedad del Estado, el fundo dominante sería el cementerio y demás bienes arqueológicos y paleontológicos.

Como conclusión opino que la diferencia fundamental entre las servidumbres administrativas y las servidumbres civiles está en la función pública que tienen las primeras. Sin embargo, de acuerdo con la tesis subjetiva, la nota diferenciadora estaría dada por la circunstancia de que la predialidad activa de la servidumbre administrativa sería un predio público. Ahora bien, la calificación de si una servidumbre es administrativa o civil es una cuestión que resulta de un texto de ley. Si la norma legal califica una servidumbre de administrativa, independientemente de que exista predialidad, el intérprete debe atenerse a esta calificación. En ausencia de una calificación legal, ¿cuál criterio debemos seguir?

22. Véase Messineo: *ob. cit.*, p. 513.

23. Guido Zanobini: *ob. cit.*, p. 222.

No hay duda de que los fundos públicos pueden tener, por razón de la vecindad a un predio privado, necesidad de gozar de una servidumbre activa de las previstas en el Código Civil. Por ejemplo, un predio privado que se encuentre en situación inferior está obligado a recibir las aguas que, naturalmente y sin obra del hombre, caen en un fundo público que ocupa una posición superior. Esta servidumbre nace en razón de la situación en que se encuentran los predios. Poco importa que uno de los predios sea público para que se origine la servidumbre. La naturaleza pública o privada de los fundos tiene interés, desde el punto de vista de la concepción subjetiva, para calificar la servidumbre de administrativa o de civil. Considero, pues, que a falta de una norma legal expresa, el Código Civil rige las relaciones de vecindad entre un fundo público y un fundo privado, en el entendido de que las servidumbres en favor o a cargo de un fundo público están condicionadas a que ellas no alteren o modifiquen el servicio público, la obra pública o la finalidad pública del bien.

Esta salvedad que he hecho responde a la idea de que en las servidumbres administrativas lo fundamental no es el predio sino el servicio o la obra pública. En efecto, todo servicio público o toda obra pública tiene su asiento en un predio. El predio es una de las condiciones materiales para la prestación del servicio público o de la obra pública. Lo fundamental en esta relación de servicio público u obra pública con el fundo en que tiene su asiento es precisamente el fin público que realiza el servicio o la obra. Si lo principal es el servicio o la obra pública y lo instrumental el predio, no hay razones valederas para colocar la predialidad en el primer plano. La ley, teniendo en cuenta una obra pública o un servicio público, puede darle las facilidades necesarias para constituir servidumbres que vendrán a contribuir a una mejor prestación del servicio público.

Si se suprime el criterio de la predialidad para definir las servidumbres, ¿cuál sería la nota para diferenciarlas de las limitaciones legales por razones de utilidad pública? Las limitaciones legales gozan de la característica de la generalidad, por lo cual todo propietario puede estar sujeto a ellas. Asimismo, el interés general no se concreta en una institución determinada, sino el beneficiario de la limitación es la colectividad en sentido abstracto. En cambio, en las servidumbres administrativas sólo los propietarios que entran en relación con un servicio público o una obra pública estarán sometidos a un *ius in re aliena*. Además, el beneficio que produce la servidumbre se personaliza o concretiza en un servicio público o en una obra pública.

En resumen, las servidumbres administrativas resultan de una calificación legal. Cuando existe esta calificación el intérprete debe atenerse a ella. A falta de una calificación legal, las servidumbres administrativas pueden constituirse con las formalidades y en los supuestos previstos en el Código Civil. Estas

servidumbres se constituyen teniendo en cuenta el factor de la vecindad de los fundos públicos y de los fundos privados. Sin embargo, esta no es la situación normal en las servidumbres administrativas porque algunas veces, como consecuencia de la construcción de una obra pública, se extinguen las servidumbres pasivas constituidas sobre el fundo expropiado o se extinguen o modifican, por ser incompatibles con la obra pública, las servidumbres activas establecidas en favor del fundo público. Esta circunstancia revela que lo importante en las servidumbres administrativas no es el carácter público del fundo sino el servicio público o la obra pública. El predio es un simple instrumento o medio para la prestación del servicio. La predialidad es, por tanto, un factor secundario en la calificación de las servidumbres administrativas. En éstas lo que interesa es la existencia de un servicio público o una obra pública.

3. *Modos de constitución de las servidumbres administrativas*

Las servidumbres administrativas tienen su fuente en la ley y, por tanto, son una especie de las servidumbres coactivas. En algunos casos la servidumbre se constituye por mandato directo de la ley. La propiedad privada queda gravada cuando se dan los supuestos de hecho de la norma jurídica. La servidumbre de desagüe prevista en la Ley de Ferrocarriles sería de este tipo. Todo propietario de terrenos colindantes con la vía férrea está obligado a recibir las aguas pluviales o de filtraciones naturales provenientes de la vía férrea. Esta servidumbre se constituye automáticamente al darse los supuestos de hecho de la norma.

Hay casos en que la ley establece la servidumbre en forma general y abstracta, pero deja a la autoridad administrativa la determinación de las propiedades que quedarán afectadas. Esta decisión tiene carácter constitutivo y, en consecuencia, crea automáticamente la servidumbre. La servidumbre de ocupación temporal prevista en el artículo 47 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social se constituye mediante una orden escrita del Gobernador del Estado, del Distrito Federal o del Territorio Federal donde se ejecute la obra, la cual deberá ser protocolizada en la correspondiente oficina de registro (Art. 48).

Hay casos también en que la servidumbre no nace automáticamente, no obstante que el fundo sirviente cumple con las condiciones previstas en la ley. La norma legal exige que, a falta de acuerdo, el propietario del fundo dominante se dirija a la autoridad judicial para que constituya la servidumbre. Tal es el caso de las servidumbres mineras que requieren que el concesionario obtenga de la autoridad judicial una autorización para el comienzo inmediato de los trabajos. Esta autorización tiene valor constitutivo (Art. 55 de la Ley de Hidrocarburos).

Cabe preguntarse si es posible acudir a la fuente del Código Civil para constituir servidumbres administrativas. Estas servidumbres se originarían fundamentalmente por la vecindad o contigüidad de un fundo privado a un fundo público. El derecho civil es una fuente supletoria, siempre que el contrato que se celebre no altere o cambie la naturaleza del bien público o los fines del servicio público al cual está afectado.

4. *Constitución de servidumbres mediante el procedimiento expropiatorio*

La propiedad no es un derecho perpetuo ya que el Estado, mediante la expropiación por causa de utilidad pública o social, puede extinguirlo. La expropiación consiste "en la privación singular, acordada imperativamente, de la propiedad privada o de derecho o intereses patrimoniales legítimos cualesquiera que fueran las modalidades y las personas o las entidades a que pertenezcan. La expropiación forzosa abarca, pues, no ya sólo a los bienes inmuebles que fueron su objeto primordial en el pasado, configurándose como una especie de venta forzosa, sino a cualquier contenido patrimonial de que se prive particularmente a los sujetos".²⁴

No ha habido dudas sobre que la expresión derechos relativos a los bienes inmuebles comprende no sólo la propiedad sino también derechos reales limitados, como son la enfiteusis, el uso y la habitación. En cambio, no hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia sobre la cuestión de si pueden constituir servidumbres mediante el procedimiento expropiatorio.

La concepción tradicional enseña que la expropiación tiene por objeto privar a un particular de la propiedad de un bien inmueble y hacer que ese bien pase al patrimonio del Estado. Además, la expropiación tiene como efecto la extinción de todos los derechos reales existentes sobre el inmueble expropiado, incluidas las servidumbres. Esta es la finalidad que cumple el requerimiento que hace la autoridad judicial al Registrador Subalterno para que le remita "los datos concernientes a la propiedad y gravámenes relativos a la finca que se pretende expropiar" (Art. 21 de la Ley de Expropiación). Del monto de la indemnización se destina una parte para cancelar el gravamen cuando la finca está gravada (Art. 44 de la Ley de Expropiación).

La doctrina francesa tradicional sostiene que las "servidumbres no pueden ser jamás objeto de una expropiación especial. Estas son cargas del inmueble que desaparecen por efecto de la expropiación del fundo sirviente y se resuelve

24. Véase Martín Mateo, Ramón: *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, 1974, p. 467.

en una indemnización... No es siempre obligatorio acudir al procedimiento expropiatorio para hacer desaparecer las servidumbres. En la práctica, se procede a menudo por medio de «obras públicas» efectuadas sobre el inmueble que destruyen la servidumbre. El «daño permanente» así causado es reparado por una indemnización de la competencia de la jurisdicción administrativa”.²⁵ Sin embargo, una Ordenanza de 23 de octubre de 1958 “ha abierto, al lado de la expropiación de inmuebles, la facultad de expropiar «derechos reales inmobiliarios», lo que alude prácticamente al más frecuente que es la servidumbre. Es preciso no confundir —dice Laubadere— esta facultad de expropiación de servidumbres existentes, con el objeto de hacerlas desaparecer, con la expropiación con miras a *la constitución de servidumbres*, que permanece imposible”.²⁶ En estos casos se requiere de una ley especial que autorice el establecimiento de la servidumbre. Y en Francia la práctica de constituir servidumbres en virtud de leyes especiales se ha hecho muy frecuente.²⁷

La doctrina y la jurisprudencia italianas han tenido una concepción más amplia de la expropiación y de los bienes que pueden ser expropiados. Pasquale Carugno sostiene que: “La expropiación por causa de utilidad pública puede también tener por contenido la sola imposición de una servidumbre”. Y cita en su apoyo una decisión del Consejo de Estado de fecha 16 de febrero de 1938. “Es cierto —dice este autor— que el artículo 1º de la ley de 1865 habla de la expropiación de bienes inmuebles o de derechos relativos a los inmuebles, y que el artículo 40 de la misma ley alude al sacrificio parcial y a la disminución del derecho de propiedad como consecuencia de la expropiación y de la ejecución de trabajos, no ya a la constitución de un gravamen como fin directo del procedimiento. Pero el concepto de expropiación parcial no puede entenderse a menos de comprender también aquel de la constitución de una servidumbre. Nunca se presentó dudas en los casos en que se trataba de establecer una servidumbre *legal* para una finalidad pública. ¿Cómo puede razonablemente discutirse la posibilidad de valerse de la expropiación por causa de utilidad pública para la construcción de un acueducto o para la instalación de un teleférico, cuando tal empresa deba satisfacer un indiscutible interés público, si un simple particular para su propia utilidad, en virtud de una norma especial, puede ocupar definitivamente la propiedad ajena y conseguir el mismo resultado (constitución de la servidumbre legal)? Para excluir la expropiación en estos casos no vale alegar que donde provean a esta materia disposiciones del Código Civil o normas contenidas en leyes especiales no es lícito valerse de otro procedimiento

25. Véase G. Baudry: *L'Expropriation pour Cause D'Utilité Publique*, Recueil Sirey, París, 1953, p. 11 y nota 23.

26. Laubadere: *ob. cit.*, p. 216.

27. Véase *Répertoire de droit publique et administratif*, mise à jour, 1975, p. 567.

y particularmente del de la expropiación por causa de utilidad pública que tiene carácter excepcional. Es normal que la ley prevea para alcanzar un mismo fin el ejercicio de dos facultades y la aplicación de dos distintos procedimientos y no se alcanza a entender la razón por la cual el interesado no pueda servirse de la expropiación cuando tal medio responda mejor a los fines de la empresa". Carugno concluye citando una decisión del Consejo de Estado de 13 de julio de 1919, que dice: "Cuando, a juicio insindicable de la competente autoridad administrativa, se manifiesta un interés público inmediato y directo a la construcción de una vía, de un acueducto, las disposiciones del Código Civil no excluyen ni impiden que pueda y deba recurrirse a la norma de derecho público sobre expropiación por causa de utilidad pública".²⁸

Nuestra Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social tiene un contenido muy similar a la ley de expropiación italiana de 1865. A pesar de que la primera ley de expropiación venezolana es la de 13 de julio de 1860, que determina los casos en que puede tomarse la propiedad particular para uso público, es, sin embargo, la ley de 2 de agosto de 1909 la que le da la estructura a toda la legislación posterior en esta materia. En esta ley, como en la italiana de 1865, se establece la posibilidad de expropiar bienes inmuebles o derechos sobre inmuebles (Art. 3º). Y aparecen por primera vez los artículos relativos al pago de indemnización por constitución de servidumbres. Estos artículos son, sustancialmente, los mismos artículos 36 y 37 de la ley vigente, que tienen un gran parecido con los artículos 45 y 46 de la ley italiana.

Es cierto que nuestra ley de expropiación pareciera referirse únicamente a "bienes inmuebles". El artículo 3º dice que "no podrá llevarse a efecto la expropiación de bienes inmuebles sino mediante los requisitos siguientes". Fue la ley de expropiación de 1923 la que inexplicablemente suprimió del artículo 3º la mención de que la expropiación podía recaer también sobre derechos inmobiliarios. No obstante esta supresión, se mantuvo en el resto del articulado de la ley el mismo principio. Por ejemplo, el artículo 32 de la ley vigente dice: "Declarada por la autoridad judicial la necesidad de adquirir el todo o parte de la propiedad o *algún otro derecho*...". Y el artículo 35 dice: "En el justiprecio de toda finca o *derecho que se trate de expropiar*...". "Cuando el justiprecio verse sobre parte de una finca o *derecho*...". Estas normas permiten pensar que la expropiación puede recaer sobre bienes inmuebles o sobre derechos relativos a los mismos.

El artículo 36 de la Ley de Expropiación vigente, que aparece en el título relativo al avenimiento y al justiprecio, establece una norma general sobre

28. Véase Pasquale Carugno: *L'Espropriazione per Publica Utilità*, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 64 y ss.

la indemnización debida a los propietarios cuando "se los prive de una utilidad, queden gravados con una servidumbre o sufran un daño permanente que se derive de la pérdida o de la disminución de sus derechos". El artículo 37 dispone que "Las servidumbres sin daño o sin grave incomodidad para el propietario, no dan derecho a la indemnización". Estos artículos han sido interpretados en Italia en el sentido de que las servidumbres allí previstas nacen forzosamente como consecuencia de una obra pública sobre fundos que no han sido materialmente ocupados y, por tanto, no dan origen a indemnización, o cuando el propietario del fundo dominante se le priva de la utilidad que le proporcionaba la servidumbre extinguida con la expropiación o cuando el predio queda gravado como consecuencia de la obra pública construida en el fundo expropiado, que pasa a ser el predio dominante. En estos casos, en razón de que el propietario ha sufrido un perjuicio económico, el ente expropiante debe pagar indemnización.

La doctrina italiana no ha interpretado estos artículos en el sentido de que ellos pueden originar un juicio de expropiación para constituir una servidumbre en favor de un predio público. La interpretación más corriente es que esos artículos dan origen a servidumbres como consecuencia inevitable de una obra pública. Sin embargo, la práctica administrativa venezolana ha interpretado dichos artículos en el sentido de que la administración pública puede hacer uso del procedimiento expropiatorio para constituir servidumbres. Esta práctica se ha usado para la constitución de servidumbres de conductores eléctricos y de servidumbres mineras. Esta interpretación coincide con la interpretación francesa que considera que las servidumbres administrativas pueden constituirse mediante el procedimiento expropiatorio cuando una ley especial así lo autorice. A título de ejemplo, menciono los siguientes decretos: decreto N° 694, de fecha 8 de enero de 1975; *G. O.* N° 229.709; decreto N° 1.117, de fecha 9 de mayo de 1968, *G. O.* N° 28.623; decreto N° 1.460, de fecha 31 de octubre de 1973, *G. O.* N° 226.573; decreto N° 1270, de fecha 11 de abril de 1973, *G. O.* N° 30.079.

Considero que el procedimiento expropiatorio es un modo de constituir servidumbres administrativas en casos muy concretos. La forma normal de constituir estas servidumbres es mediante la imposición hecha por la ley o por un acto administrativo autorizado por una norma legal. Pero a falta de uno de estos títulos, la administración pública puede acudir a alguna de las figuras de servidumbres previstas en el Código Civil que tienen un origen negocial. En este caso, si el particular se opone al establecimiento de la servidumbre y si la constitución de este derecho real está declarado de utilidad pública, la administración puede acudir al procedimiento expropiatorio. Asimismo, cuando una ley especial establece la servidumbre pero deja a la administración pública en

libertad de llegar a convenios con los particulares, puede también acudir al procedimiento expropiatorio.

IV. LAS SERVIDUMBRES MINERAS

1. *Naturaleza jurídica de las minas*

Desde las Ordenanzas de Minería de Nueva España (México), de fecha 22 de mayo de 1783, que entraron en vigencia en Venezuela al año siguiente, continuando con el decreto del Libertador fechado en Quito el 24 de octubre de 1829, hasta la legislación vigente, las minas y los yacimientos petroleros han sido propiedad de la Nación. Debo observar, sin embargo, que a partir de la Constitución de 1864 y hasta la Constitución de 1945 se estableció que cada Estado conserva la propiedad de las minas que se encuentran en su jurisdicción, pero la administración correría a cargo del Ejecutivo Nacional. La Constitución de 1947 no hace un pronunciamiento expreso sobre la propiedad de las minas y de los hidrocarburos, pero mantiene la administración a cargo del Poder Nacional. La Constitución de 1961, si bien no hace una declaración expresa sobre la propiedad de las minas, permite interpretar que ella pasó de los Estados a la Nación. En efecto, el ordinal 10º del artículo 136 de la Constitución dispone que el régimen y administración de las minas e hidrocarburos corresponde al Poder Nacional. Esta redacción, unida al hecho de que en la competencia estatal no aparece atribuida la propiedad de las minas a los Estados, permite concluir que las minas pertenecen a la Nación. En otros términos, Venezuela acoge el sistema demanial.

Ahora bien, los bienes de la Nación pueden ser del dominio público o del dominio privado (Art. 539 del Código Civil). Esta clasificación conduce a analizar si las minas y los hidrocarburos son bienes del dominio público o bienes del dominio privado. Esta determinación tiene una gran importancia jurídica, pues de la calificación que se les dé dependerá que las servidumbres mineras tengan naturaleza administrativa o civil. En efecto, según opinión de algunos autores, "las servidumbres constituidas para beneficio de bienes patrimoniales no pueden tener sino el carácter de derechos reales privados".²⁹

Cuando la ley no incluye un bien en la categoría de bienes del dominio público o de bienes del dominio privado, como es el caso de la Ley de Minas y de la Ley de Hidrocarburos, hay que investigar la intención del legislador o precisar el destino que se le ha dado al bien.

La Ley de Minas y la Ley de Hidrocarburos califican todo lo relativo a las minas y a los hidrocarburos de utilidad pública (Art. 1º), y la segunda ley

29. Véase Zanobini, Guido: *ob. cit.*, p. 219.

prohíbe implícitamente la enajenación de los yacimientos de hidrocarburos cuando dice que: "Las concesiones de exploración y explotación previstas en esta Ley, *no confieren la propiedad de los yacimientos...*" (subrayado mío) (Art. 3º, párrafo 3º). Los bienes del dominio público se pueden determinar, a falta de calificación legal, por un elemento subjetivo (sólo una persona de derecho público puede ser titular de bienes del dominio público); por un elemento objetivo (las cosas susceptibles de integrar el dominio público); por un elemento teleológico (la afectación del bien a un uso público o al funcionamiento de un servicio público); y por el régimen jurídico a que está sometido el bien (inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad)³⁰

Ahora bien, las minas y los hidrocarburos pertenecen a los Estados o a la Nación, según la interpretación que se acoja. Esta pertenencia cumple con la condición de la titularidad pública del bien. Las minas son bienes inmuebles por su naturaleza (Art. 527 del Código Civil), con lo cual se confirma la tesis tradicional que considera que sólo bienes inmuebles pueden ser objeto de la demanialidad. Como hemos visto, la Ley de Minas y la Ley de Hidrocarburos afectan las minas y los hidrocarburos a una finalidad de utilidad pública. Sin embargo, el elemento teleológico de la afectación es un criterio *necesario*, pero no *suficiente*, como dice Garrido Falla, pues los bienes del dominio privado pueden clasificarse en bienes afectados y en bienes no afectados a un servicio público.³¹ No obstante, lo que en nuestro criterio da a las minas y a los hidrocarburos la categoría de bienes del dominio público es la inalienabilidad. El régimen jurídico de los bienes del dominio privado lo determina el Código Civil, en cuanto no se oponga a las leyes especiales respectivas (Art. 544 del Código Civil). Y este código dispone que los bienes del dominio privado "pueden enajenarse de conformidad con las leyes que les conciernen" (Art. 543). Es cierto que hay bienes del dominio privado indisponibles. Pero esa indisponibilidad consiste en que dichos bienes "no pueden ser sustraídos al destino recibido sino en las formas establecidas por las leyes correspondientes". Como lo señala Alessi, la indisponibilidad es una *inalienabilidad limitada*, "sometida a limitaciones de naturaleza diversa, que se pueden reagrupar en dos categorías: de un lado los límites *formales* (integrados por la necesidad de que la enajenación se someta a determinadas formalidades...); de otro lado, los límites *sustantivos*, que consisten en la indicación, más o menos concreta, de las condiciones de hecho en presencia de las cuales solamente puede ser permitida la enajenación".³² La inalienabilidad absoluta de los hidrocarburos da a estos bienes el carácter de bienes del dominio público.

30. Véase Fernando Garrido Falla: *ob. cit.*, pp. 414 y ss.

31. Garrido Falla: *ob. cit.*, p. 421.

32. Véase Alessi: *ob. cit.*, pp. 432 y 433.

Los bienes del dominio público de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades pueden ser de uso público o de uso privado (Art. 540 del Código Civil). El uso privado está constituido por el destino que se le da a un bien para el uso directo del ente público o para determinados usos privativos efectuados por los particulares para cumplir una función de interés público. En este segundo caso, la ocupación del bien del dominio público excluye la utilización por los demás particulares. La doctrina cita, como ejemplo de uso privativo de bienes del dominio público, las concesiones mineras, que tienen la naturaleza de la concesión demanial.

La concesión minera otorga al concesionario el derecho exclusivo de explotar un bien del dominio público, como es la mina. La concesión de exploración de hidrocarburos —dice el artículo 17 de la ley— confiere al concesionario el derecho de explorar, con carácter exclusivo, el lote concedido. Y la concesión de explotación —dice el artículo 26 de la ley— confiere al concesionario el derecho exclusivo de extraer, dentro de los límites de la correspondiente parcela de explotación, las sustancias concedidas y aprovecharlas una vez extraídas.

La concesión minera y de hidrocarburos se otorga mediante resolución del Ministerio de Minas e Hidrocarburos. Es decir, resulta de un acto administrativo unilateral. La voluntad del concesionario es un simple requisito de eficacia de la concesión.

La concesión confiere al concesionario el derecho real inmueble de explorar el área concedida y de explotar, por tiempo ilimitado, los yacimientos que se encuentren en ella (parágrafo tercero del artículo 3º de la Ley de Hidrocarburos y artículo 105 de la Ley de Minas). El concesionario se encuentra en la situación de todo titular de un derecho real, es decir, en una situación *erga omnes*, que le permite perseguir su derecho frente a cualquier tercero.

Este uso privativo que los particulares pueden hacer de las minas y de los hidrocarburos, previa una concesión minera, es el que diferencia también los bienes del dominio público de los bienes del dominio privado. La utilización por terceros de bienes patrimoniales se hace mediante contrato de arrendamiento e, incluso, de venta cuando el bien es disponible. El hecho de que la concesión minera no sea un contrato sino un acto administrativo unilateral refuerza el carácter de las minas y de los hidrocarburos como bienes del dominio público de uso privado.

Además de estos argumentos jurídicos, podemos exponer, en favor de la tesis de las minas y de los hidrocarburos como bienes del dominio público de uso privado, razones de orden económico y fiscal. La riqueza minera y de los hidrocarburos es la fuente principal de los ingresos públicos nacionales. Con

esa riqueza el Estado venezolano desarrolla los planes que tiene para la expansión de la economía nacional. La circunstancia de que recientemente se haya nacionalizado la industria y el comercio de los hidrocarburos no cambia la calificación que hemos hecho. La nacionalización de esas fuentes de riqueza tiene por objeto asegurar los ingresos provenientes de las minas y de los hidrocarburos. Pero también persigue el propósito de trasladar a la Nación el control efectivo de una industria cuyo control en manos de empresas trasnacionales colocaba a Venezuela en situación de dependencia.

2. *El régimen minero después de la nacionalización*

La Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos dispone que las actividades que el Estado se reserva, las ejercerá directamente por el Ejecutivo Nacional o por medio de entes de su propiedad. En casos especiales, el Ejecutivo Nacional o los referidos entes podrán celebrar convenios de asociación con entes privados (Art. 5º). Cuando las actividades reservadas las ejerza directamente el Ejecutivo Nacional no se plantea ningún problema jurídico, ya que el sujeto titular del bien sigue siendo el Estado y la explotación la ejerce directamente el Ejecutivo Nacional. Los problemas jurídicos se plantean cuando las actividades reservadas las ejercen las empresas constituidas por el Ejecutivo Nacional conforme a lo dispuesto en el artículo 6º de la ley de la materia.

Esas empresas se han constituido bajo la forma de sociedades anónimas que tienen carácter mercantil. Uno de los elementos del dominio público es que la titularidad de ese dominio debe corresponder a una persona jurídica de derecho público. El artículo 539 del Código Civil confirma esta interpretación cuando señala que: "Los bienes de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades, son del dominio público o del dominio privado". Este artículo sólo menciona a personas jurídicas públicas de carácter territorial. Surge, entonces, la duda de si las personas jurídicas institucionales, como los institutos autónomos, o las empresas del Estado, pueden ser titulares de bienes del dominio público. "La solución negativa se impone —sostiene Fernando Garrido Falla— cuando se trata de calificar bienes pertenecientes a empresas públicas que actúan sometidas al régimen jurídico-mercantil. Es indudable... que la constitución de esas empresas y la finalidad que persiguen con su actuación son de interés público, e incluso que en muchos casos gestionan un servicio público, en el sentido tradicional de esta expresión. Con todo, el carácter comercial de estas empresas parece ser, como se ha puesto de relieve, un principio incompatible con el de la demanialidad".³³ En efecto, una de las características de los bienes del dominio

33. Véase Garrido F.: *ob. cit.*, p. 416.

público es la inenajenabilidad, o sea, que se encuentran fuera del comercio. Si la explotación de los yacimientos fuere objeto de la actividad comercial, ella entraría dentro de las relaciones jurídico-privadas y los yacimientos podrían ser enajenados.

La Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos distingue claramente entre propiedad de los yacimientos y los medios de gestión económica de la industria y el comercio nacionalizados. La ley lo que nacionaliza es la *exploración del territorio nacional en busca de petróleo*; la explotación de yacimientos; la manufactura o refinación, y el transporte. Y, en consecuencia, se declaran extinguidas las concesiones otorgadas por el Ejecutivo Nacional (Art. 1º). La ley no toca la materia de la propiedad de los yacimientos que continúan siendo de propiedad de la Nación. Como la ley reserva al Estado la exploración, la explotación, la refinación y el transporte de los hidrocarburos, tenía que prever los medios de gestionar estas actividades. Una de las formas de gestión previstas es la empresa del Estado. Es decir, lo que se ha nacionalizado es el concesionario, pero no la concesión, como lo afirma George Vedel en su trabajo sobre *Le régime des biens des entreprises nationalisées*. En efecto, la *concesión es un modo de gestión indirecta* de servicios públicos o de bienes del dominio público. La nacionalización lo que persigue es la *sustitución del concesionario por un modo de gestión directa*, como es en el caso que se analiza la empresa del Estado.

Se entiende por gestión directa "aquella en la que el servicio se presta sin necesidad de contratación, resultando legitimado el gestor por vía legal o reglamentaria. Con arreglo al criterio de exclusividad, la gestión directa comprende la realizada por el Estado, Provincias o Municipios, bien sea: a) por sí, mediante sus órganos normales y regulares en acción; b) o a través de "organismos autónomos" y "empresas de economía exclusiva".³⁴

La Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos autoriza al Ejecutivo Nacional para transferir a las empresas del Estado los bienes recibidos de los concesionarios y los bienes inmuebles del dominio privado de la Nación (Art. 21). Es decir, que el Ejecutivo Nacional no puede transferir los yacimientos petrolíferos porque ellos son del dominio público de la Nación. Entre los bienes que los concesionarios transmitieron a la Nación se encuentra lógicamente el *derecho real inmueble de explorar el área concedida y de explotar, por tiempo determinado, los yacimientos que se encuentren en ella*. Y estos derechos fueron transmitidos luego a las empresas del Estado creadas conforme a lo previsto en el artículo 6º de la materia.

34. Véase J. A. Manzanedo, J. Hernando y E. Gómez Reino: *Curso de Derecho Administrativo Económico*, Madrid, 1970, pp. 860-861.

La Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos aspira a que las empresas del Estado creadas para la administración y gestión de las actividades reservadas operen en óptimas condiciones de eficiencia en que operaban los concesionarios. De allí que para no ocasionar trastornos en las gestiones de las actividades de la industria, la nacionalización se hizo manteniendo el esquema jurídico básico anterior, pero cambiando la persona del concesionario y el título que lo legitima para explotar la actividad reservada.

3. *Características de las servidumbres mineras*

La Ley de Hidrocarburos consagra, entre los derechos complementarios de los concesionarios, los de constitución de servidumbres, de ocupación temporal y de expropiación de los terrenos que necesitaren (Art. 52). Asimismo, el Título VIII de la Ley de Minas se refiere a las servidumbres que pueden ser constituidas por los concesionarios.

Las servidumbres mineras, como toda servidumbre administrativa, tiene su origen en la ley y, por tanto, es una servidumbre coactiva. Sin embargo, estas servidumbres no nacen automáticamente sino que es necesario que el concesionario se avenga con el propietario o que el juez autorice el comienzo inmediato de los trabajos (Art. 55 de la Ley de Hidrocarburos). En consecuencia, el título de las servidumbres mineras puede ser un contrato o una sentencia judicial.

En segundo término, son servidumbres onerosas, a menos que el propietario convenga en que sea gratuita. Si el título es una sentencia judicial, el tribunal, antes de autorizar el comienzo inmediato de los trabajos, ordenará que la indemnización determinada por expertos sea depositada en un banco o en una casa de comercio de reconocida solvencia. Si la servidumbre se constituye en terrenos baldíos, ella será gratuita.

En tercer término, son servidumbres ocasionales o temporales en el sentido que el concesionario tiene derecho a constituir las para facilitar la ejecución de alguna de las obras públicas a que está obligado por el título de la concesión. Pero también estas servidumbres pueden ser perpetuas, o, al menos, que duren durante todo el tiempo que dure la concesión, tales como una servidumbre de oleoducto, de gasoducto o de acueducto. Sin embargo, en el caso de las servidumbres perpetuas, a falta de convenio con el propietario, debe acudir a la vía expropiatoria, como explicaremos más adelante.

Por último, las servidumbres mineras tienen como característica la predialidad activa. En efecto, la concesión confiere al concesionario el derecho exclusivo de explorar o explotar el lote concedido. Este lote lo constituyen las tierras adquiridas con destino a la exploración o explotación mineras. El predio dominante sería entonces la parcela donde se realiza la exploración o explotación,

pero debo advertir que, como toda servidumbre administrativa, lo importante no es la parcela sino el servicio público que presta la explotación petrolera o minera. Cuando la ley declara de utilidad pública la exploración de territorio nacional en busca de petróleo y la explotación de los yacimientos, lo que está haciendo es afectar esos servicios al interés general.

Ahora bien, cabe preguntarse si en razón de la nacionalización de la industria y el comercio de los hidrocarburos, así como la industria de la explotación de mineral de hierro, las empresas creadas por el Ejecutivo Nacional para la administración y gestión de las actividades reservadas a la Corporación Venezolana de Guayana pueden ejercer los derechos complementarios que la Ley de Hidrocarburos confiere a los concesionarios o las servidumbres previstas en la Ley de Minas.

El artículo 7º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos establece tres grupos de normas aplicables a las empresas del Estado encargadas de la administración y gestión de las actividades reservadas: a) normas relativas a la constitución y funcionamiento de las empresas del Estado. Este aspecto se rige por la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos y por sus reglamentos, por las disposiciones que dicte el Ejecutivo Nacional, por sus propios estatutos y por las disposiciones del derecho común. La constitución y funcionamiento de las empresas del Estado se rigen en parte por normas de derecho administrativo, como son las que determinan *la competencia del órgano* y *las formalidades legales para proceder a crear la persona jurídica*, y en parte por normas de derecho común, como son las relativas a la constitución de las sociedades mercantiles; b) las normas relativas al régimen tributario que someten a las empresas del Estado al pago de los impuestos y contribuciones nacionales establecidos para los concesionarios de hidrocarburos. Asimismo, se dispone que las empresas del Estado no estarán sujetas a ninguna clase de impuestos estatales o municipales; c) las otras normas aplicables a las concesiones de hidrocarburos contenidas en leyes, reglamentos, decretos, resoluciones, ordenanzas y circulares y en los convenios celebrados por los concesionarios con el Ejecutivo Nacional. Este tercer grupo de normas pone de manifiesto la intención del legislador de mantener inalterable el esquema operativo de la concesión de hidrocarburos.

La misma Ley Orgánica declara extinguidas las concesiones otorgadas por el Ejecutivo Nacional a partir del 31 de diciembre de 1975 y derogó las disposiciones de la Ley de Hidrocarburos que colidieran con ella. El derecho a constituir servidumbres no es incompatible con el nuevo sistema de gestión de la industria y el comercio de los hidrocarburos y, por tanto, no puede haber colisión

entre la Ley Orgánica y la Ley de Hidrocarburos en esta materia. Antes bien, la permanencia de este derecho se justifica plenamente en cabeza de las nuevas operadoras de la industria petrolera.

En el caso de la nacionalización de la industria de la explotación de mineral de hierro la situación es aún más clara. La CVG quedó subrogada al Estado "en todos los derechos y obligaciones que le corresponden para la más pronta transferencia al Estado de todas las concesiones otorgadas para la explotación de mineral de hierro y de los bienes a que se refiere el artículo 2º del decreto nacionalizador" (Art. 4º del decreto Nº 580, de fecha 26 de noviembre de 1974). Además, este decreto ordena que sus disposiciones se apliquen preferentemente a las de la Ley de Minas y a cualesquiera otras que resulten contrarias al mismo (Art. 13). La constitución de servidumbres es un derecho que no aparece en contradicción con ninguna norma del referido decreto.

4. *Algunos tipos de servidumbres mineras*

A. *Servidumbre de extracción de madera*

El artículo 54 de la Ley de Hidrocarburos autoriza a los concesionarios a utilizar, únicamente para sus trabajos en la concesión, las maderas y leñas que se encuentren dentro de los linderos de los terrenos baldíos. El artículo 12 de las Ordenanzas de Minería de Nueva España contenía una disposición similar concebida en los siguientes términos: "Los montos y selvas próximos a las minas deben servir para proveerlas de madera con destino a sus máquinas, y de leña y carbón para beneficio de sus metales; entendiéndose lo mismo con las que sean propias de particulares con tal que se les pague su junto precio: en cuya forma será a éstos prohibido, como les prohíbo, el que puedan extraer la madera, leña y carbón de las dichas sus pertenencias para otras poblaciones que puedan proveerse de distintos parajes".

Esta servidumbre de extracción de madera sólo es posible constituirla en terrenos baldíos, sujetándose a las disposiciones de la Ley Forestal de Suelos y Aguas y pagando lo que correspondiere conforme a la misma. La Ley de Hidrocarburos no exige que los terrenos baldíos estén próximos al yacimiento, como lo hacen las Ordenanzas de Minería de Nueva España, pero debe entenderse la vecindad o la contigüidad implícita en toda servidumbre.

La Ley de Minas es restrictiva a este respecto, pues no permite al concesionario "explotar las maderas preciosas, el caucho y demás productos de naturaleza vegetal de importante aplicación en las industrias, comprendidas en dichos terrenos" (Art. 19).

B. *Servidumbre de paso*

El artículo 64 de la Ley de Minas prevé expresamente la *servidumbre de paso* o camino. Y el artículo 53 de la Ley de Hidrocarburos, si bien no establece expresamente esta *servidumbre*, permite constituir "todas las *servidumbres* que sea necesario establecer", incluida, por supuesto, la *servidumbre de paso*. El fondo sirviente puede ser un terreno baldío o un terreno privado. En el primer caso la *servidumbre* será gratuita y en el otro será onerosa. Esta *servidumbre* puede ser ocasional o permanente según las necesidades del concesionario.

C. *Servidumbre de acueducto*

El artículo 64 de la Ley de Minas prevé este tipo de *servidumbre*. El concesionario puede conducir sobre los predios baldíos o particulares el agua que necesite para sus trabajos. Este acueducto no puede tirarse en calles, plazas ni edificios públicos o privados, ni en las poblaciones, ni en los cementerios, ni en las casas, patios y jardines. Los principios que rigen la *servidumbre de acueducto* son aplicables a las *servidumbres* que se constituyen para el trazado de un oleoducto o de un gasoducto.

D. *Servidumbre de desagüe*

Esta *servidumbre*, prevista en el artículo 64 de la Ley de Minas, tiene por objeto permitir la construcción de canales de desagüe para explotar más fácilmente las minas.

5. *Modos de constitución de las servidumbres mineras*

Las *servidumbres mineras* son *servidumbres coactivas*, es decir, impuestas por la ley. Pero este tipo de *servidumbre administrativa* no nace automáticamente sino que el concesionario debe, en primer término, hacer las gestiones necesarias con el propietario del fondo privado, a fin de convenir los términos de la *servidumbre*. Sólo a falta de este acuerdo, el concesionario puede acudir al Juez de Primera Instancia en lo Civil para que lo autorice a comenzar de inmediato los trabajos. Antes de acordarse la autorización judicial se debe determinar, mediante expertos, el monto probable de los perjuicios y de una justa indemnización de ellos (Art. 55 de la Ley de Hidrocarburos). Cuando el fondo sirviente sea un terreno baldío la *servidumbre* se constituye automáticamente.

Las *servidumbres mineras* sobre predios privados se constituyen, en consecuencia, mediante contrato o mediante sentencia judicial. No obstante, considero que el procedimiento previsto en el artículo 55 de la Ley de Hidrocarburos se aplica solamente a aquellas *servidumbres de trabajos públicos* que, ordinaria-

mente, tienen un carácter ocasional o temporal. El artículo 53 de dicha ley dispone que el concesionario tiene derecho a constituir todo tipo de servidumbre "para los trabajos, construcciones, vías de comunicación y transporte". Por su parte, el artículo 55 sólo se refiere a la constitución de servidumbres "para el comienzo inmediato de los trabajos". Y luego añade: "Cumplidas estas formalidades, podrá el concesionario comenzar inmediatamente los trabajos". Es cierto que con la palabra "trabajos" puede entenderse también el inicio de los trabajos de construcción, de trazado de una vía de comunicación o de transporte. Pero es muy significativo que el artículo 55 de la Ley concluya indicando la expropiación y la ocupación temporal como formas de constituir también las servidumbres. Esto plantea la necesidad de determinar si es posible constituir servidumbres mediante el procedimiento expropiatorio y en qué casos el concesionario puede acudir a esta vía en vez del procedimiento judicial previsto en la Ley de Hidrocarburos.

Anteriormente sostuvimos el criterio de que sí era posible constituir servidumbres mediante el procedimiento expropiatorio. Considero que la normativa legal venezolana en materia de expropiaciones contiene varias disposiciones que permiten sostener con éxito que se pueden expropiar bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios. No obstante este criterio, la doctrina francesa niega esta posibilidad, pero sostiene que cuando una ley especial ordena que se use el procedimiento expropiatorio para constituir una servidumbre, debe aplicarse esta normativa. Este es el caso de la Ley de Hidrocarburos, que permite que el concesionario pueda constituir servidumbres mediante el procedimiento expropiatorio.

Debo observar que el artículo 52 de la Ley de Hidrocarburos da a los concesionarios el derecho a expropiar los terrenos que necesiten. En este caso la expropiación se dirige a privar al particular de la propiedad del inmueble. En cambio, la expropiación prevista en el artículo 55, que es la norma que prevé el procedimiento para la constitución de servidumbres, está destinada a constituir derechos reales inmobiliarios, como es la servidumbre, sobre bienes inmuebles de particulares.

La inclusión del procedimiento expropiatorio como una vía para la constitución de servidumbre, conduce a precisar los casos en que el concesionario puede acudir al procedimiento de la autorización judicial o al procedimiento expropiatorio. Considero que en el caso en que la servidumbre que se vaya a constituir tenga el carácter de permanente, el concesionario debe acudir al procedimiento expropiatorio. Y sólo en el caso de las servidumbres temporales puede acudir al procedimiento de la autorización judicial. La misma expresión legal de que la autorización es para "el comienzo inmediato de los trabajos" da la

idea de temporalidad. En cambio, si se va a efectuar el tendido de un oleoducto o de un gasoducto, que son obras permanentes, el concesionario debe acudir al procedimiento expropiatorio para constituir la respectiva servidumbre. En conclusión, se puede sostener que el procedimiento de la autorización judicial rige para las servidumbres que se establezcan con ocasión de trabajos públicos que tienen, por lo general, un carácter temporal. En cambio, el procedimiento expropiatorio regiría para las servidumbres que se establezcan para efectuar "construcciones" o para el trazado de "vías de comunicación y de transporte", que son obras permanentes.

Para acudir al procedimiento expropiatorio hay que cumplir con todos los extremos exigidos por la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social (Art. 3º). La expropiación en materia de hidrocarburos está exceptuada de la formalidad de declaratoria de utilidad pública, porque la propia Ley de Hidrocarburos califica toda la actividad petrolera de utilidad pública. Sin embargo, haría falta un decreto del Ejecutivo Nacional en que se afecte la propiedad privada para la ejecución de los trabajos requeridos por la explotación petrolera.

6. *La ocupación temporal*

Otro de los derechos complementarios de los concesionarios es el de la ocupación temporal, previsto en el artículo 47 de la Ley de Expropiación. La Ley de Hidrocarburos se refiere a él en los artículos 52 y 55 y la Ley de Minas en los artículos 120 y 122.

La ocupación temporal procede en el caso de que "para la realización de operaciones auxiliares a la ejecución de una obra de utilidad pública, se necesite ocupar temporalmente propiedades distintas de aquellas que directamente se han utilizado o utilizaran para la obra y son en consecuencia objeto del procedimiento de expropiación. Es decir, que la ocupación temporal se efectúa sobre propiedades que no se van a expropiar, pero persigue como fin facilitar operaciones auxiliares".³⁵

La ocupación temporal ha sido calificada por Marcel Waline como servidumbre de ocupación temporal.³⁶ Otros, como Pasquale Carugno, la conciben como una "forma atenuada de expropiación". Según este autor, la ocupación temporal puede definirse como "una expropiación del goce de una cosa ajena determinada por una necesidad de carácter público".³⁷ Esta segunda tesis no

35. Véase Polanco, Tomás: *Derecho Administrativo Especial*. Caracas, 1959, pp. 148-149.

36. Véase Waline, Marcel: *Précis de Droit Administratif*, Editions Montchrestien, Paris, 1970, Vol. II, p. 212.

37. Véase Carugno, Pascuale: *ob. cit.*, p. 68.

puede ser aceptada en Venezuela, porque nuestra Constitución exige que la expropiación se pronuncie mediante sentencia judicial (Art. 101) y la ocupación temporal se acuerda por orden escrita del Gobernador del Estado o Territorio donde se ejecute la obra.

Resulta difícil deslindar los campos de aplicación de la servidumbre de trabajo público prevista en el artículo 55 de la Ley de Hidrocarburos y de la servidumbre de ocupación temporal. Ambas proceden por razones de utilidad pública. Ambas son servidumbres temporales u ocasionales, ya que la ocupación temporal dura tan sólo el tiempo absolutamente indispensable —dice el artículo 47 de la ley— y en ningún caso puede concederse por un término mayor de seis meses. La servidumbre de trabajo público no tiene plazo prefijado. Se diferencian, no obstante, en el procedimiento. La servidumbre de trabajo público se constituye mediante autorización judicial. La ocupación temporal mediante una orden escrita del Gobernador competente. Sin embargo, la cuestión de fondo a resolver consiste en determinar los casos en que procede uno u otro procedimiento.

El artículo 47 de la Ley de Expropiación determina los casos en que procede la ocupación temporal. Ellos son:

1. Con el objeto de hacer estudios o practicar operaciones facultativas de corta duración, que tengan por objeto recoger datos para la formación del proyecto o para el replanteo de la obra.
2. Para el establecimiento de estaciones y caminos provisionales, talleres, almacenes o depósitos de materiales, también provisionales, y cualquiera otra más que requiera la obra para su construcción o reparación.

La servidumbre de ocupación temporal puede concebirse como una etapa previa a la expropiación, ya que permite a la administración pública ocupar fundos vecinos a la obra declarada de utilidad para ejecutar algunos de los trabajos provisionales ya señalados. Sin embargo, debe quedar claro que la ocupación temporal también procede durante la ejecución de la obra declarada de utilidad pública.

Considero que la diferencia entre la servidumbre de trabajo público y la de ocupación temporal debe encontrarse en que la primera puede aplicarse con ocasión de cualquier trabajo u operación auxiliar necesario para la ejecución de un trabajo público. En cambio, la servidumbre de ocupación temporal sólo procede en los casos previstos en el artículo 47 de la Ley de Expropiación. En consecuencia, queda al criterio del concesionario acoger uno u otro procedimiento según lo estime más conveniente.

Además, en el caso de las servidumbres de trabajo público la ley no establece un plazo fijo para la duración de la servidumbre. En cambio, en la ocupación temporal, la Ley de Expropiación determina un plazo máximo de seis meses. Es decir, que la servidumbre de trabajo público dura todo el tiempo necesario requerido por la construcción de una obra pública. No sucede así con la servidumbre de ocupación temporal.

En razón de lo expuesto, estos dos tipos de servidumbres se diferencian por los hechos que le dan origen, ya que la ocupación temporal sólo procede en los dos supuestos de hechos previstos en la Ley de Expropiación. La servidumbre de trabajo público, por el contrario, procede en todo caso en que sea necesario para la construcción o ejecución de una obra pública. Asimismo, se diferencian en que las servidumbres de ocupación temporal tienen un plazo legal de duración, mientras que la servidumbre de trabajo público, no obstante tener un carácter temporal, tiene un término incierto, ya que dura todo el tiempo necesario para la construcción o ejecución de una obra pública.