

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
de la Universidad Monteávila

Derecho y Sociedad

8

*Estudios sobre
Hidrocarburos y Minería*

Miguel Rivero

Diego J. González Cruz

Luis Ernesto Andueza Galeno

Pedro Pablo Freitez Méndez

Jonás González

Adrián Carrillo Jiménez

Ronald Evans Márquez y Jorge Jraige Roa

Marieta Fuentes Heredia

Jessica Pineda Pedrazzani

Marzo

2009



Breve estudio sobre la Industria del gas natural en Venezuela

Miguel Rivero Betancourt¹
(Venezuela)

SUMARIO: I. Introducción; II. La Industria del Gas Natural: 2.1. *El Gas Natural*; 2.2. *Cadena Comercial de la Industria del Gas Natural*; III. Oportunidades de Negocio en la Industria del Gas Natural en Venezuela: 3.1. *Uso del Gas Natural*; 3.2. *Demanda de Gas Natural*; 3.3. *Distintas Actividades de la Cadena Comercial del Gas Natural*: a) *Actividades de Exploración y Producción*; b) *Actividades de Procesamiento y Refinación*; c) *Actividades de Almacenamiento, Transporte, Distribución y Comercialización*; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.

¹ Miguel Ignacio RIVERO BETANCOURT es abogado, egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, en 1991. En 1999 finalizó la Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración en la Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela. Luego, en 2003, realizó una Maestría en Recursos Naturales y Derecho y Política Ambiental (*LLM in Natural Resources and Environmental Law and Policy*) y, adicionalmente, realizó una especialización en Derecho y Política de la Energía (*Energy Law and Policy*) en la Universidad de Denver, Denver, Estados Unidos de América. Ha sido profesor de la Materia de la Cátedra de Derecho de Economía de Mercado (Derecho de la Competencia y Protección al Consumidor) en la Especialización de "Derecho Corporativo" de la Universidad Metropolitana en Caracas y Puerto La Cruz. Desde el año 2005 es profesor de Derecho Civil II (Contratos y Garantías) en el Tercer Año de Derecho en la Universidad Monteávila, Caracas, y desde el 2006 es Profesor de la Materia Gas Agua Arriba en el Diplomado de Derecho de los Hidrocarburos y Minería de la misma Universidad. Además, es Director de dicho Programa de Diplomado de Derecho de los Hidrocarburos y Minería de la Universidad Monteávila. Durante su ejercicio profesional ha prestado su asistencia en distintas áreas jurídicas de operaciones, fundamentalmente a empresas petroleras que participaron en las asociaciones estratégicas, convenios operativos y licencias para explotación de gas libre. Es miembro de la *Inter-Pacific Bar Association (IPBA)* así como de *Word Services Group (WSG)* y de la *International Bar Association (IBA)*. Actualmente es socio de la Firma de abogados Hoet, Pelaez, Castillo & Duque.

Nuestra civilización, completamente saturada de conocimiento y medios de saber, ofrece tantas máscaras y tantas falsas bases que el hombre ya no sabe qué es lo que sabe y qué es lo que ignora. La prueba de que se sabe algo, dice Aristóteles, consiste en que se puede enseñar."

Jean Guittou

"El Trabajo Intelectual".

I. INTRODUCCIÓN

Venezuela está ubicada en el octavo lugar entre los países con mayores reservas probadas de gas natural, de los cual un 90% está asociado a la producción de petróleo y el resto está formado por gas no asociado o gas libre. Nuestro país se vislumbra como una atractiva plaza para las empresas petroleras mundiales en cuanto a la explotación de gas se refiere. El Estado Venezolano consciente de la necesidad de satisfacer la demanda doméstica e internacional de gas natural, inició en el año 2001 el otorgamiento de licencia de gas para la explotación de gas libre destinado fundamentalmente a satisfacer el mercado venezolano.

El propósito de este trabajo es proveer al lector que se inicia en el mundo de los hidrocarburos gaseosos, información legal y técnica desde la perspectiva y particular visión de un abogado vinculado a la industria del gas natural, cuyo estudio se enmarca y desarrolla dentro del programa de Diplomado en Derecho de Hidrocarburos y Minería que se dicta en la Universidad Monteávila.

La industria del gas natural no asociado en Venezuela se encuentra reglada en el Decreto N° 310 con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, publicado en la Gaceta Oficial número 36.793, de 23 de septiembre de 1.999 (Ley del Gas) y en su Reglamento promulgado como Decreto N° 840 del 31 de mayo de 2000, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.471 del 5 de junio de 2000. Para ello, el presente trabajo incluye el estudio y una descripción general y básica de la industria del gas natural como recurso energético, característica y estructura del sector del gas natural, elementos que lo componen, los distintos usos que tiene sus componentes,

potencialidad de mercado desde el punto de vista de la oferta y demanda de dicho recurso natural.

El Trabajo de Grado estaría compuesto de cuatro capítulos. El primero es la introducción en el cual se describe y explica el tema a tratar y la manera como la misma será desarrollada en los siguientes capítulos. El segundo capítulo, introduce al lector en el tema del gas natural como materia prima y fuente de energía. El tercer capítulo, desarrollará las oportunidades de negocios para la participación privada en la industria del gas natural y las actividades en las cuales principalmente se encuentran estas oportunidades. Y el último capítulo, las conclusiones del trabajo las cuales reflejarán nuestras impresiones sobre los mecanismos de participación privada y el proceso de apertura de la industria del gas natural iniciado en Venezuela a finales de la década pasada.

Son pocos los autores que han abordado de manera integral y sistemática el tema objeto del presente estudio; por ello, creemos que el análisis que mediante el presente trabajo se realiza, podría ser de utilidad, apoyo o guía para aquellos profesionales vinculados a la industria de los hidrocarburos gaseosos.

II. LA INDUSTRIA DEL GAS NATURAL

2.1. *El Gas Natural*

2.1.1. *Origen del Gas Natural*

Según la teoría biológica, el gas natural se forma cuando grandes cantidades de microorganismos acuáticos mueren y son enterrados entre los sedimentos del fondo de estuarios y pantanos, en un ambiente muy pobre en oxígeno. Cuando estos sedimentos son cubiertos por otros que van formando estratos rocosos que los recubren, aumenta la presión y la temperatura y en un proceso muy conocido, se forma el gas natural. Este se forma en mayor cantidad cuando las temperaturas de formación son más altas. El gas al ser menos denso que la roca, tiende a ascender hasta quedar atrapados debajo de las rocas impermeables, formando grandes depósitos. El gas natural como se extrae de los yacimientos es un combustible incoloro, inodoro, no tóxico y más ligero que el aire.² El gas natural está compuesto básicamente de metano.

² MÉNDEZ, Alfredo, "Aliento de Piedra", Vita Arte Producciones C.A., octubre de 2006. Este material ofrece una interesante información histórica sobre la formación del gas natural.

Lo que se conoce como la industria del gas natural comprende una serie de actividades productivas, muchas de ellas negocios rentables en sí mismas, ubicados a lo largo de una cadena conocida como *la cadena del gas* que va desde los yacimientos del subsuelo (donde coexiste en solución con el petróleo o se encuentra libremente como elemento gaseoso) hasta el quemador o el reactor del consumidor final.

Bajo la denominación de gas natural se incluyen los elementos más livianos de los hidrocarburos, entre los cuales se encuentran el gas metano, el propano y los butanos, etano, las fracciones más pesadas conocidas como gasolina natural y ciertos contaminantes no hidrocarburos como agua, dióxido de carbono, azufre e inclusive helio. Es así que como gas se denomina a la fracción más liviana del gas natural o gas metano. Como Gases Licuados de Petróleo (GLP), se denomina al gas propano o butano individualmente o mezclados.³ Como Gas Natural Licuado (GNL) se denomina el gas metano en estado líquido cuando el gas es licuado a temperatura criogénica para poder transportarlo en barco especializado.

Para una mejor comprensión del tema, el gas metano es aquel transportado a través de tuberías desde el centro de producción hasta las ciudades donde es distribuido para su uso doméstico, industrial y comercial. Este gas es el que se usa para cocinar, en los calentadores, y en calefacción, entre otros usos. Es importante acotar que el gas metano para ser transportado a través de barcos metaneros a destinos donde es inviable física o económicamente por tuberías, son sometidos a un proceso de licuefacción –transformarlo a estado líquido– a muy altas temperaturas de enfriamientos mediante plantas de licuefacción. A este gas se le llama gas natural licuado (GNL). Una vez

En este material también se presenta otra teoría sobre el origen del gas, denominada la biológica, según la cual el gas nace como consecuencia a que “el carbón traído a la tierra por meteoritos, depositó abundante hidrógeno en la atmósfera originando la formación de hidrocarburos los cuales se calentaron produciendo metano.” También recomiendo leer el trabajo de Suedeem G. Kelly denominado “*Natural Gas*” contenido en el Capítulo Octavo del libro “*Energy Law and Policy For The 21st Century*”, Rocky Mountain Mineral Law Foundation, Denver, Colorado, 2000., pp. 8-1 al 8-31.

³ Según Alfredo MÉNDEZ en su obra antes citada, dentro de los usos que se le da a este producto, encontramos que “las conocidas bombonas y los camiones con cilindros identificados como gases inflamables contienen este producto. Igualmente se utiliza en las hornillas de las cocinas y calentadores de agua en residencias y comercios, hoteles, restaurantes y clínicas y como combustible en la industria de la cerámica y el vidrio”.

que llega a su destino, el gas es regasificado para su transporte a través de tuberías a los consumidores finales.

Por su parte, el GLP es el gas que se distribuye a través de bombonas fundamentalmente para uso doméstico. Este es el gas que se usa en los yesqueros, cocinas para excursión, entre otros usos.

2.2. Cadena Comercial del Gas Natural

La cadena comercial del gas natural o gas metano son las distintas actividades del negocio del gas natural, a saber: exploración, explotación, recolección, distribución y comercialización. Las actividades de Exploración y Producción, conocidas como corrientes “aguas arriba”⁴, comprenden en términos generales la obtención y el procesamiento de información geológica, la perforación de pozos exploratorios, la recolección, la separación física del gas y el petróleo en caso de que sea gas asociado⁵, el tratamiento donde se separan en procesos fisicoquímicos los componentes inertes como el agua y el dióxido de carbono y el acondicionamiento a los estándares de calidad del mercado.⁶ Las actividades del “aguas abajo”⁷ incluyen el transporte por gasoductos, el almacenamiento, la distribución local en redes, la comercialización y el corretaje.⁸

Los procesos de refinación del gas natural se realizan para direccionar mercados muy particulares con características distintas. Por ejemplo, “el

⁴ Corrientes aguas arriba (Upstream, en inglés): Actividades relativas a la exploración, ocurridas antes de producción y entrega a un terminal de exportación de hidrocarburos.

⁵ El Gas Asociado es el gas que se encuentra en un yacimiento donde predominan los hidrocarburos líquidos en forma de petróleo condensado.

⁶ Ver Iván ORELLANA, “*Las perspectivas del Gas y su regulación en Venezuela*”. 2001, en el Capítulo sobre “Características y Estructura del Sector”. Este constituye un excelente trabajo cuya lectura recomiendo ampliamente. Una copia de este trabajo me fue entregado sin que hasta la fecha tenga certeza si el mismo fue publicado. Ver también Alfredo MÉNDEZ en la obra antes citada en el Capítulo 5 el cual ofrece una amplia explicación de las actividades de Extracción, Producción y Fraccionamiento.

⁷ Corriente aguas abajo (Downstream, en inglés): operaciones comerciales petroleras o de gas ocurrida después de la fase de exploración, extracción y producción. Comprende la transportación a través del océano, el abastecimiento y la comercialización, la distribución y el mercadeo de los productos derivados.

⁸ Ver SUEDEEN G. Kelly que trata sobre los temas del ciclo del gas natural incluyendo producción, transporte, distribución y mercadeo. Este material se encuentra en el idioma inglés pero de utilidad para aquel que quiera ampliar sus conocimientos sobre gas natural. Ver también Alfredo MÉNDEZ en la obra antes citada en el Capítulo 6 el cual ofrece una amplia explicación sobre las actividades de Transporte, Almacenamiento y Distribución.

proceso de Líquidos del Gas Natural (LGN) da lugar a la separación física de cada uno de los componentes químicos más pesados que el gas metano, los cuales se comercializan por separado, bien sea como materia prima para otros procesos industriales como el petroquímico (etano, propano y butano), para ser utilizados dentro de los procesos de refinación de petróleo como las gasolinas naturales o para ser utilizados como energía primaria en procesos de combustión para calentamiento u otros fines”⁹

Es importante mencionar que la industria de los hidrocarburos gaseosos es diferente a la industria de los hidrocarburos líquidos, aun cuando ambos son hidrocarburos, en lo que respecta al mercado, precio y colocación; así como en lo que respecta a su uso y aprovechamiento. Esta diferencia deriva de las características fisicoquímicas del gas y de petróleo, es decir, de sus propios componentes. El petróleo es un producto con un costo de producción y transacción menor al del gas, más fácil de transportar, se transa a través de un mercado internacional mientras que el gas se transa en mercado más pequeño, local o regional. Estas diferencias, entre otras, determinan que la industria del gas natural debe ser comprendida integralmente desde el momento que se tenga la intención de extraer gas del subsuelo hasta su colocación a aquellas entidades que deseen comprarlo (el consumidor). Todos los participantes de la cadena comercial deben procurar estar alienados para garantizar la rentabilidad del negocio, desde el explorador, productor, transportista, y comercializador hasta el consumidor final.

Por ello, las políticas públicas en esta industria deben estar orientadas a garantizar un marco de condiciones que permitan al inversionista un retorno de su inversión razonable, bajo un marco jurídico estable durante el tiempo en que lleve a cabo la actividad, que por lo general son por de mas de veinte años. Y asegurar asimismo que el gas llegue al consumidor en forma regular, segura y permanente con precios razonables. En las siguientes líneas abordaremos un poco más en este tema.

III. OPORTUNIDADES DE NEGOCIO EN LA INDUSTRIA DEL GAS NATURAL EN VENEZUELA

3.1. Usos del Gas Natural

Son diversos los usos que se le puede dar a los componentes del gas natural,

⁹ Ver Iván ORELLANA, en el Capítulo sobre “Características y Estructura del Sector”.

así como que son igualmente diversos los usuarios de tan preciado producto. En este sentido, debemos precisar que en términos generales los usuarios del gas natural están compuestos por los residenciales, comerciales, industriales, de generación de electricidad y flotas de vehículos. En el caso del sector residencial y comercial el gas es usado fundamentalmente para la calefacción (en los países en donde hay bajas temperaturas) o aire acondicionado, agua caliente, la cocina y secadores de ropa.¹⁰ En lo que respecta al área industrial, el gas es primordialmente usado como calefacción y para enfriamiento de áreas en sus industrias y fábricas; constituyendo su mayor uso en una gran variedad de procesos de fusión de metales, tratamiento, fragua y vaciados que efectúa en hornos, calderas, fundidoras, secadoras y otros equipos de manufactura industrial.¹¹ En cuanto a los dos últimos sectores, el gas natural es utilizado como alternativa para la generación eléctrica y como combustible alterno sobre la gasolina y el diesel.¹²

Como se observa, son diversos los usos del gas. Los componentes del gas (metano, etano, propano, I-butano, N-Butano, I-Pentano, N-Pentano, Hexano, Heptanos, Dioxido de Carbono, Nitrógeno) tienen cada uno su propio valor y uso. Por ejemplo, en Venezuela, el gas metano es el componente que más se encuentra en el subsuelo, en una proporción cercana promedio del 80%, siendo éste el que fundamentalmente se usa y aprovecha en nuestro país. Le siguen el Etano, Propano y Butano, en una proporción promedio cercana al 7%, siendo los dos últimos los denominados gases de bombonas al que ya nos referimos previamente en el presente trabajo.

3.2. *Demanda del Gas Natural*

El consumo de gas natural es considerado como el recurso energía primaria de mas rápido crecimiento mundial con un crecimiento promedio proyectado anual de 2.8% del 2001 al 2025, comparado con el consumo promedio proyectado anual para el mismo período de 1.8% para el petróleo y 1.5% para el carbón.¹³ Venezuela tiene reservas probadas de gas natural al 31 de

¹⁰ Ver Alfredo MÉNDEZ en la obra antes citada en el Capítulo 3, pp. 42 a la 49.

¹¹ Ver Alfredo MÉNDEZ en la obra antes citada en el Capítulo 3, pp. 49 a la 51

¹² Ver Alfredo MÉNDEZ en la obra antes citada en el Capítulo 6, pp. 88 y 90.

¹³ Ver *International Energy Outlook 2008 in Natural Gas*, en la siguiente página web: http://www.eia.doe.gov/oiaf/ieo/nat_gas.html a la cual ingresamos el 25 de febrero de 2008. Esta página es elaborada por la *Energy Information Administration* (EIA) del Gobierno de los Estados Unidos de América.

diciembre de 2005 de 152.386.199 trillones de pies cúbicos (Tcf)¹⁴, el segundo más grande en el Hemisferio Occidental (detrás de los Estados Unidos) y el octavo más grande en el mundo. El país produjo aproximadamente 1.5 Tcf en el 2005¹⁵ de los cuales todos se consumieron domésticamente. Aproximadamente 80% de la producción del gas natural utilizable del país son consumidos por la industria de petróleo que reinyecta el gas en campos de petróleos. El resto se distribuye entre arrojado, y para otros usos tales como para la generación de electricidad; en la producción petroquímica; y el resto se usa principalmente por los clientes industriales o comerciales en las ciudades grandes. Es importante acotar que Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) ha monopolizado la producción del gas natural venezolana tradicionalmente. Sin embargo, en agosto de 1999, la legislación abrió el sector del gas natural del país a inversión extranjera en la exploración y producción, distribución, transmisión, o comercialización. Venezuela celebró su primera exploración del gas natural no-asociado en el 2001.¹⁶

En Venezuela, el crecimiento del consumo energético del sector primario de transformación (siderúrgico, aluminio y petroquímico), y en general, de su población (electricidad y combustible residencial), estará sustentado en el gas natural, lo que obliga a buscar soluciones efectivas y de largo plazo. Por otra parte, la tecnología apunta a la transformación física y química como la nueva forma de expandir el negocio del gas natural en los mercados internacionales. De esta manera, el esfuerzo del Estado Venezolano está orientado a lograr el uso más eficiente de un recurso con abundantes reservas, de bajo costo, en comparación con otras alternativas, y con características propias para preservar en mayor grado el ambiente, y que presentará en los próximos años una alta disponibilidad derivada de la explotación de las reservas de gas no asociado y del asociado a la producción del crudo.

3.3. Distintas Actividades de la Cadena Comercial del Gas Natural
Actualmente están vigentes en nuestra legislación patria dos importantes

¹⁴ Ver Petróleos y Otros Datos Estadísticos (PODE) correspondiente al año 2005, Cuadragésima Octava Edición, Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, septiembre de 2007. El objetivo fundamental de este documento es difundir la información estadística en materia de petróleo, gas, petroquímica y energía de Venezuela, de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) y del mundo.

¹⁵ Ver PODE 2005.

¹⁶ Ver PODE 2005.

instrumentos jurídicos relacionados al sector del gas natural, estos son: La Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, promulgada como Decreto N° 310 del 12 de septiembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.793 del 23 de septiembre de 1999 (Ley del Gas) y su Reglamento promulgado como Decreto N° 840 del 31 de mayo de 2000, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.471 del 5 de junio de 2000. Estos instrumentos legales contienen la base normativa para que los inversionistas conozcan sus derechos y obligaciones para decidir invertir en proyectos de gas natural en Venezuela.

Es fundamental que un inversionista al momento de tomar decisiones conozca los principios que rigen todas las actividades reguladas en la Ley del Gas (Exploración, Producción, Almacenamiento, Transporte, Distribución y Comercialización), ya que ello le ayudará a comprender las razones que tuvo la República para iniciar el proceso de apertura del gas, el cual tocaremos mas adelante en este trabajo. Los principios que rigen estas actividades (i) están dirigidas primordialmente al desarrollo nacional; (ii) los cuales deberán realizarse mediante el aprovechamiento intensivo y eficiente de tales sustancias, como: Combustible para uso doméstico¹⁷ e industrial¹⁸; materia prima a los fines de su industrialización y eventual exportación en cualquiera de sus fases; (iii) atender a la defensa y uso racional del recurso y a la conservación, protección y preservación del ambiente; (iv) propiciará la formación y la participación de capital nacional y los bienes de origen nacional concurrirán en condiciones de transparencia y no desventajosas¹⁹, el cual se realizará mediante la máxima participación de la gerencia y personal nacional, de bienes y servicios prestados por personas nacionales, entre otros²⁰.

¹⁷ Según el Reglamento de la Ley del Gas, el Gas Doméstico es el gas metano utilizado como combustible en artefactos y equipos de uso doméstico, instalados en viviendas unifamiliares o multifamiliares, el cual es entregado a través de una acometida conectada a una red distribución.

¹⁸ Según el Reglamento de la Ley del Gas, el Gas Industrial es el gas metano utilizado como combustible o materia prima en instalaciones, plantas o fábricas, donde se ejecutan operaciones industriales para obtener un producto o transformar una sustancia o producto, el cual es entregado a través de una acometida conectada a una red de tuberías de una región de Distribución o de un Sistema de Transporte.

¹⁹ Ver artículos 3 y 7 de la Ley del Gas.

²⁰ Ver artículo 3 del Reglamento de la Ley del Gas.

De los principios enunciados, se observa un propósito natural de incentivar el desarrollo nacional a través del proceso de apertura del gas. A este respecto, es relevante resaltar que el principio relativo a la formación y participación del capital nacional ya se encontraba entre los motivos que produjeron la apertura petrolera durante la década de los 90. Por ejemplo, en la Tercera Ronda de Convenios Operativos de 1997 (explotación de campos marginales) para la operación de los campos Kaki, Maulpa, Casma-Anaco, Mata y Acema, existía la obligación por parte de los consorcios ganadores, de que el operador tenía que estar constituido por capital nacional cuya participación accionaria no podía ser inferior al 80% del capital social de la empresa. Se observa así la voluntad del Estado de crear, en lo posible, una industria del gas nacional a nivel privado.

En cuanto al principio relativo a la obligación de propiciar la participación de bienes nacionales, debemos señalar que tanto en los Convenios de Asociación como en los Convenios Operativos se incluyó una disposición contractual según la cual, se considera bienes nacionales aquellos vendidos en el país por empresas constituidas o domiciliadas en el país. Aquí es importante destacar que no se interpreta que el bien deba ser necesariamente producido en el país, sino que su venta se produzca dentro del territorio, inclusive a través de representaciones de sociedades extranjeras.

De acuerdo a la Ley del Gas la cadena del gas natural queda claramente identificada en lo que respecta a los siguientes segmentos: exploración, producción, extracción y fraccionamiento de líquidos de gas natural, transporte, distribución de gas metano, comercialización interna de productos del gas natural y explotación de los mismos, así como la licuefacción del gas natural.

El desarrollo de la actividad de transporte y distribución de gas metano es indispensable y verá formas de asociación para la expansión de los sistemas existentes, mientras que la extensión de los mismos hacia nuevas áreas geográficas podrá ser llevada a cabo directamente por empresas privadas motivadas por los sectores consumidores.²¹

²¹ Por ejemplo, por un lapso de al menos cuatro años Venezuela importará entre 80 y 150 millones de pies cúbicos diarios (MMPCD) del gas que la estadounidense Chevron está explotando en el campo Ballena en la Guajira colombiana. Es importante acotar que la infraestructura del gas natural venezolana existente consiste en aproximadamente 3,000 millas de tubería doméstica. Igualmente podemos mencionar la reactivación por parte de PDVSA de dos importantes proyectos como lo son la interconexión del sistema de

La comercialización interna de productos de gas natural (tanto líquidos como gas metano) estará apoyada por contratos de suministro, hasta que el desarrollo de un mayor nivel de competencia en la producción de gas ocurra en el país, a través de los convenios de ganancias compartidas ya suscritos con empresas privadas, u otros, derivados del otorgamiento de licencias por parte del Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo (MENPET) para la exploración y explotación de áreas nuevas.

a. *Explotación y Producción de Gas No Asociado*

De acuerdo a la Ley del Gas, las actividades de exploración y explotación de gas no asociado podrán ser ejercidas por el Estado directamente o a través de empresas de su propiedad, actuando solas o con participación de inversionistas del sector privado nacional y extranjero. Para que los inversionistas privados desarrollen estas actividades deberán obtener una licencia, las cuales son tramitadas y autorizadas por el MENPET.²²

El Reglamento de la Ley del Gas expresa que el MEN debe identificar las áreas específicas donde podrán realizarse actividades de exploración y explotación conforme a una licencia y luego celebrar licitaciones referidas a las áreas que serán licenciadas. Las licencias pueden otorgarse por un período máximo de 35 años, prorrogables por un lapso que no puede ser mayor de 30 años. La prórroga debe solicitarse después de que se haya cumplido la mitad del período original y a todo evento cinco años antes de su vencimiento. El plazo para ejecutar el programa de exploración en su totalidad es de cinco años.

La licencia confiere al titular el derecho exclusivo de ejercer actividades de exploración y explotación conforme a los términos establecidos en ella. Los derechos conferidos mediante las licencias no son gravables ni ejecutables, pero pueden cederse con aprobación previa del MEN. De acuerdo al Reglamento de la Ley del Gas, en las bases de la licitación el MENPET deberá incluir las contraprestaciones a las que aspira la República a cambio de la licencia.

transporte de gas de centro-oriente y occidente, denominado ICO, y la Planta de Gas de Anaco.

²² Este aspecto del gas natural fue extraído de la obra "*La Regulación de los Hidrocarburos Gaseosos en Venezuela*" preparada por la oficina de Caracas de Baker & McKenzie, publicada por la Asociación de Venezolana de Procesadores de Gas (AVPG) N° 1, Caracas, 2000.

La Ley del Gas establece que todos los activos e instalaciones relacionados con actividades de exploración y explotación realizadas conforme a una licencia están sujetos al derecho de reversión, que es el derecho que tiene la República de adquirir la propiedad de todos los activos e instalaciones usados por el titular de la licencia para cumplir el objeto de dicha licencia en la fecha en que ésta se extinga por cualquier causa. Igualmente señala la referida Ley que las controversias entre la República y el titular de la licencia podrán ser resueltas mediante arbitraje, sin embargo dicha Ley no distingue entre arbitraje local y extranjero. En este sentido, el Reglamento de la Ley de Gas establece que las partes pueden acordar que las controversias relacionadas con licencias serán resueltas de manera definitiva mediante arbitraje.²³

b. *Procesamiento y Refinación de Gas Natural*

Los inversionistas del sector privado, ya sean nacionales o extranjeros, podrán dedicarse a estas actividades, solos o con participación de empresas del Estado. Para ello, dichos inversionistas deberán obtener un permiso del MENPET. Los permisos para las actividades de procesamiento y refinación no tendrán plazo de duración y los activos operativos no estarán sujetos a reversión.²⁴

Los inversionistas titulares de permisos deberán ofrecer contraprestaciones especiales a favor de la República. Contempla igualmente la Ley del Gas que las controversias bajo los permisos para proyectos de procesamiento o refinación podrán someterse a arbitraje.

c. *Almacenamiento, Transporte y Distribución de Gas Natural*

Las actividades relacionadas directa o indirectamente con el Transporte y Distribución de gases de hidrocarburos destinados al consumo colectivo, constituyen un servicio público.²⁵ Lo interesante de que la Ley del Gas determine que estas actividades constituyen un servicio público, responde al hecho de garantizar la continuidad del servicio. En este sentido tanto en la Ley como en el Reglamento están contenidas disposiciones relativas a la interrupción del servicio solo en casos excepcionales.

²³ Artículo 19 del Reglamento de la Ley del Gas.

²⁴ Artículo 27 de la Ley del Gas.

²⁵ Artículo 5 de la Ley del Gas.

La Ley del Gas consagra un régimen amplio en cuanto a que permite que toda persona interesada en realizar las actividades de Transporte y Distribución pueden hacer la solicitud correspondiente ante el organismo competente, previo cumplimiento de requisitos específicos establecidos tanto en la Ley del Gas como en su Reglamento, los cuales hablaremos mas adelante.

Pueden realizar estas actividades, tanto el Estado directamente o mediante entes de su propiedad; o personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado.²⁶ Debemos resaltar al respecto que, en comparación con el proceso de apertura petrolera llevado a cabo durante la década de los noventa, la participación de las personas privadas nacionales o extranjeras en las actividades de Transporte y Distribución no está limitada a la celebración de Convenios Operativos o de Asociación (ya inexistente), tal como lo establecía el artículo 5 de la derogada Ley que Reserva al Estado la Explotación de los Hidrocarburos (LOREICH)²⁷ para el caso de hidrocarburos líquidos, y que puede realizarse por empresas privadas sin la participación del Estado, participación esta que si es requerida en actividades petroleras, bajo la modalidad de empresas mixtas donde el Estado debe poseer una participación superior al 51% tal como lo ordena la Ley Orgánica de Hidrocarburos²⁸.

El interesado podrá participar en las actividades de Transporte y Distribución a través de un proceso licitatorio que llevara a cabo el MENPET. Sin embargo, el MENPET podrá otorgar directamente sin proceso licitatorio el permiso para el ejercicio de dichas actividades, previa autorización del Consejo de Ministros, por razones de interés público o por circunstancias particulares, con sujeción a las condiciones establecidas en la Ley²⁹. En el caso de los Convenios de Asociación para la explotación del crudo extra-pesado en la faja del Orinoco, se han realizados negociaciones directas y

²⁶ Artículo 2 de la Ley del Gas.

²⁷ Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 1149 Extraordinaria del 15 de septiembre de 1967. Hoy derogada por la nueva Ley de Hidrocarburos de 2001, modificada en el 2006.

²⁸ Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.323 Extraordinaria del 13 de noviembre de 2001, modificada según la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.443 de 24 de mayo 2006.

²⁹ Artículo 62 del Reglamento de la Ley del Gas.

dichas asociaciones han sido aprobadas tanto por el Consejo de Ministro como por el antiguo Congreso (hoy Asamblea Nacional).

Todo interesado en realizar las actividades de Transporte y Distribución estará obligado a solicitar y tramitar permisos. Para ello, éstos deberán cumplir los requisitos previstos en la Ley del gas y su reglamento.³⁰ El MENPET, mediante Resolución, podrá exigir otros requisitos distintos a los aquí señalados y especificar los documentos e informaciones relativos a cada requisito.

El permiso tiene una duración de 35 años, prorrogable por un lapso no mayor de 30 años.³¹ La solicitud de prórroga debe hacerse después de cumplirse la mitad del período y antes de los cinco (5) años de su vencimiento³². Es importante acotar que el permiso del transportista confiere exclusividad por cinco (5) años para prestar el servicio en un sistema específico para la oferta de capacidad. En el caso del permiso de Distribución, estos períodos de exclusividad serán establecidos para cada Región de Distribución³³ en las condiciones de los respectivos permisos.³⁴

Los titulares de los permisos podrán cederlos o traspasarlos para lo cual deberán cumplir previamente con los requisitos previstos en la Ley del Gas y su Reglamento. Igualmente es importante resaltar la obligación que tiene el interesado de solicitar su calificación al MENPET como operador calificado. Esta calificación técnica deberá ser actualizada a los tres años de su emisión, cuando no se haya ejercido la actividad de operación de un sistema de Transporte o Distribución en dicho lapso.³⁵

El MENPET y el Ministerio de la Producción y Comercio fijarán las tarifas que se aplicaran a los consumidores finales y a los servicios que se presten de conformidad con esta Ley.³⁶ Las tarifas de Transporte y Distribución de

³⁰ Artículos 27 y 24 Ley del Gas, y 63 y 98 del Reglamento de la Ley del Gas.

³¹ Artículos 27 de la Ley del Gas y 98 del Reglamento de la Ley del Gas.

³² Artículos 27 de la Ley del Gas y 98 del Reglamento de la Ley del Gas.

³³ Según el Reglamento de la Ley del Gas, se entiende por Región de Distribución el área donde el gas es distribuido y aquellas áreas donde ese gas es producido o transportado.

³⁴ Artículo 61 del Reglamento de la Ley del Gas.

³⁵ Artículo 65 del Reglamento de la Ley del Gas.

³⁶ Artículo 12 de la Ley del Gas. Sobre este particular fue dictada, resolución en conjunto del MILCO No.139 y del MENPET No. 019 del 20 de febrero de 2006, publicada en Gaceta Oficial No. 38.386 de fecha 23 de febrero de 2006. mediante la cual se establecieron las

gas se fijarán por un período de cinco (5) años y corresponderán a montos máximos a facturar por la prestación de los servicios.

De acuerdo a la Ley del Gas una misma persona no puede ejercer ni controlar simultáneamente en una misma región, dos o más de las actividades de Producción, Transporte o Distribución. Se entiende por control simultáneo cuando el productor, transportista o distribuidor tuvieren capacidad de decidir positiva o negativamente sobre la manera de realizar la actividad o de disponer de la misma.³⁷

Sin embargo, la Ley del Gas prevé excepción a esta prohibición cuando la viabilidad del proyecto así lo requiera, previa autorización de MENPET. En este caso se llevarán contabilidades separadas, de manera de facilitar la imputación de activos, ingresos, costos y gastos de cada una.³⁸

La Ley del Gas y su Reglamento también establecen que los almacenadores, transportistas y distribuidores están obligados a permitir el uso de sus instalaciones en condiciones de igualdad a otros usuarios, cuando tales instalaciones tengan capacidad disponible para ello, tomando en cuenta lo establecido en los contratos de servicios de Almacenamiento, Transporte o Distribución.³⁹

IV. CONCLUSIONES

Venezuela cuenta con importantes reservas de gas natural asociado y libre, que en total alcanzan 152 trillones de pies cúbicos, de las cuales el 90% está comprendido por gas asociado, que a su vez está destinado en un 80% para la producción de petróleo. El resto está destinado al consumo doméstico en las áreas industrial, comercial y doméstica. Sin embargo existe déficit de gas para satisfacer la demanda en los sectores indicados.

Por ello, el Estado venezolano, con la promulgación de la Ley del Gas en el año 1999, consideró que las reservas de gas debían ser explotadas para

tarifas del servicio de transporte de gas metano desde los Centros de Despacho, así como las tarifas de distribución del gas metano para redes industriales y domésticas existentes. Este acto administrativo derogó la Resolución Conjunta del MPC N° 385 y del MEM N° 331 del 16 de diciembre de 2003.

³⁷ Artículo 4 del Reglamento de la Ley del Gas.

³⁸ Artículo 9 de la Ley del Gas y 6 del Reglamento de la Ley del Gas.

³⁹ Artículo 10 de la Ley del Gas y 14 del Reglamento de la Ley del Gas.

atender “el mercado interno doméstico, comercial e industrial y sucedáneamente el de exportación como materia prima o combustible a otros países”. Y así lo entendió el legislador en la exposición de motivos de la Ley del Gas cuando señaló que a los efectos de llevar a cabo un desarrollo estable y permanente de la industria del gas natural era necesario incrementar las reservas de gas libre, mediante “una ley que dé mayor oportunidad al sector privado nacional y extranjero, de participar en todas las fases y actividades relativas esa industria.”⁴⁰

Así las cosas, la Ley del Gas establece claramente que las actividades del gas natural pueden ser llevadas a cabo directamente por el Estado o a través de un ente de su propiedad o por personas privadas nacionales o extranjeras con o sin la participación del Estado. Para las actividades de exploración y explotación de gas natural no asociado por personas privadas nacionales o extranjeras con o sin la participación del Estado deberán obtener la licencia correspondiente del MENPET. Y para las otras actividades de hidrocarburos gaseosos, asociados o no asociados, se deberá obtener el permiso correspondiente también del MENPET.

Dentro del marco de la Ley del Gas, el ejecutivo nacional a través del MENPET ha otorgado aproximadamente a la fecha 17 licencias de gas, de las cuales solo dos de ellas están en producción de gas libre:⁴¹ RPSOL-YPF es el mayor productor privado de gas natural no asociado con una producción de 337 millones de pies cúbicos por día (MMcf/d) para 2005. Le sigue Ypergas con una producción inicial en el campo Yucal Placer de 100 MMcf/d. Las otras licencias están en pleno desarrollo para en el futuro cercano iniciar efectiva producción de gas natural. Asimismo es importante acotar que Venezuela está llevando proceso de licitación para la construcción de Trenes de Licuefacción en el Centro Industrial Gran Mariscal de Ayacucho

⁴⁰ Ver Exposición de Motivos de la Ley del Gas.

⁴¹ Ver página web de la *Energy Information Administration*: <http://www.eia.doe.gov/emeu/cabs/Venezuela/pdf.pdf>. *PDVSA produces the largest amount of natural gas in Venezuela. There is currently limited private participation in the sector. Repsol-YPF is the largest private natural gas producer in Venezuela, with 2005 production of 337 million cubic feet per day (MMcf/d). In September 2005, Repsol-YPF began production from the first stage of its Barrancas Block project, which contains an estimated 2-6 Tcf of natural gas reserves. The project integrates natural gas production and an 80-megawatt (MW) power station in Portuguesa. In April 2004, Total began first production in the Yucal Placer blocks, with an initial output of 100 MMcf/d. Petrobras operates the Tinaco and San Carlos projects, while Argentina's Pluspetrol is developing the Tiznado-Barbacoas field.* Censamos en fecha 02 de abril de 2008.

(CIGMA) en el estado Sucre, para conversión de gas metano a gas natural licuado (GNL) proveniente de la producción de la Plataforma Deltana y Delta Caribe para su exportación, proyecto que se lleva a cabo dentro del marco del Plan Siembra Petrolera.

V. BIBLIOGRAFÍA.

- BORJAS, Nelson: *El gas, la llama azul del petróleo*, Petróleos de Venezuela, S.A., 1999.
- BERMUDEZ, Diógenes: Régimen Jurídico de los Hidrocarburos Gaseosos en Venezuela. Colección Estudios Jurídicos N° 85, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.
- CAMPODÓNICO, Humberto: La Industria del gas natural y su regulación en América Latina, *Revista de la CEPAL* 68, agosto 1999
- _____, "Dimensión del Negocio" (1997). "Venezuela Gas Natural". Editado por la Gerencia General de Gas de Corpoven, S.A., filial de Petróleos de Venezuela, S.A.
- ESPINAZA, Ramón: Venezuela un país petrolero (Parte I, II y III), Trabajo extraído de la página web de Petróleo YV, Energía, Ensayo, 2001.
- GIUSTI, Luis: *La Apertura. The opening of Venezuela's Oil Industry*, Journal of International Affairs, 1999.
- GRAU, María Amparo, "Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela", Oxford, 2007.
- HERNÁNDEZ G., José Ignacio: Aspectos Jurídicos de la liberalización de los hidrocarburos gaseosos en Venezuela, Trabajo extraído de la página web de Petróleo YV, Energía, Ensayo, 2001.
- HERNÁNDEZ, José Ignacio. "Reflexiones Sobre la Nueva Ordenación de los Hidrocarburos Gaseosos en Venezuela", Temas de Derecho Administrativo, Libro Homenaje a Gonzalo Perez Luciani, Vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, *Colección Libros Homenajes* N° 7, Caracas, 2002.
- MARTÍN, Jay G. An Overview of the Privatization of the Latin American Oil and Gas Sector, Andrews & Kurth L.L.P. Washington, D.C., marzo de 1999.
- MÉNDEZ, Alfredo, "Aliento de Piedra", Vita Arte Producciones C.A., octubre de 2006.
- MÉNDEZ, Alfredo, "Glosario Energético Esencial", Vita Arte Producciones C.A., diciembre de 2007.
- ORELLANA, Iván: Las Perspectivas del Gas y su Regulación en Venezuela, Caracas, Venezuela, julio de 2001.
- _____, "Oportunidades de Mercado" (1997). "Venezuela Gas Natural". Editado por la Gerencia General de Gas de Corpoven, S.A., filial de Petróleos de Venezuela, S.A.

- PROPATO, José Luis. "The Natural Gas Situation In Argentina An Neighbor Countries". YPS SA, Argentina. Documentos de trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad Complutense. Servicio de Internet.
- RAPALLO, M^a del Carmen. "Evaluación de la eficiencia en la gestión empresarial. El caso de transferencia de propiedad pública a privada". Documentos de trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad Complutense. Servicio de Internet.
- VASS, Uisdean R. & LEZCANO, Adriana. "The New Upstream Legal Regime For Natural Gas In Venezuela" (2000). Trabajo extraído del Despacho de Abogados Macleod Dixon, s.c.
- VASS, Uisdean R. & LEZCANO, Adriana. "The New Venezuelan Legal Regime for natural Gas: A Hopeful New Beginning?" (2001). Texas International Law Journal. Volume 36, Number 1. Published at the University of Texas School of Law.
- VÁSQUEZ B., Freddy. Legal Framework for the Exercise of the Industrialization, Transportation, Storage, Distribution and Commercialization of the Gas, PDVSA Petróleo y Gas. Caracas, Venezuela, marzo de 1999.
- _____, "Avances Legales en la Industria del Gas en Venezuela" (Marzo de 2007). Serie de Publicaciones. Asociación Venezolana de Procesadores de Gas (AVPG) N° 3.
- _____, "La Regulación de los Hidrocarburos Gaseosos en Venezuela" (2000). Serie de Publicaciones. Asociación Venezolana de Procesadores de Gas (AVPG). N° 1.
- _____, Petróleo y Otros Datos Estadísticos (PODE) correspondiente al año 2005, Cuadragésima Octava Edición, Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, septiembre de 2007.

Oportunidades en materia de Gas Natural en Venezuela

Diego J. González Cruz
(Venezuela)

SUMARIO: I. Introducción; II. ¿Está Venezuela en capacidad de exportar gas metano?; III. Tipos o Categorías de Negocios que promueve la LOGH: 3.1. Exploración por gas no asociado; 3.2. Explotación de yacimientos de gas no asociado; 3.3. Recolección; 3.4. Separación; 3.5. Compresión; 3.6. Almacenamiento; 3.7. Tratamiento; 3.8. Procesamiento; 3.9. Despacho; 3.10. Transporte; 3.11. Operación de Sistemas de Transporte; 3.12. Distribución; 3.13. Distribución de Gas Doméstico; 3.14. Distribución de Gas Comercial; 3.15. Distribución de Gas Industrial; 3.16. Industrialización; 3.17. Comercialización; 3.18. Comercio interior; 3.19. Comercio exterior; IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Universidad Monteávila, consciente de la importancia y de las necesidades para las instituciones, empresas y profesionales relacionados o interesados por la industria del gas natural en Venezuela, decidió ofrecer un Diplomado que cumpliera con esas exigencias. El esfuerzo ha sido exitoso. Se han realizado dos cursos a máxima capacidad, y ya se planea lanzar el próximo curso, que sería dictado en el Oriente del país, para satisfacer necesidades de profesionales que trabajan en esa región. Los cursos cubren todas las actividades, tanto “aguas arriba”, “como aguas abajo” del negocio del gas natural.

En el Diplomado, además de cubrir los aspectos legales de esta industria se presentaron los aspectos técnicos de la misma. Transmitir esta última parte fue mi responsabilidad. El curso termina presentando las oportunidades de negocios que hay en esa industria en Venezuela. En este trabajo se recopilan algunas de esas oportunidades.

De entrada es importante destacar que la Agencia Norteamericana de Información en materia energética (EIA por sus siglas en inglés), coincidiendo con las proyecciones en materia de energía de empresas como Shell, ExxonMobil y BP, en sucesivos informes, enfatiza que los derivados del petróleo y el gas natural continuarán siendo los combustibles predominantes hasta bien avanzado el año 2030, de estos últimos el gas natural será la fuente energética de mayor crecimiento. El consumo mundial de gas llegará a 182 billones de pies cúbicos (TCF) en 2030. En 2005 la producción mundial de gas fue de 98 TCF. De ese total Venezuela produjo aproximadamente 1,02 TCF, cifra más que modesta. El gas natural incrementará proporcionalmente su consumo para generación eléctrica más que los derivados del petróleo (fueloil y diesel) por su menor precio, mayor disponibilidad y por ser menos contaminante.

En el escenario latinoamericano, a mediados de 2006, la compañía Royal Dutch Shell informó de la llegada del primer cargamento de gas natural licuado (LNG) a Latinoamérica, específicamente a México. El terminal de regasificación mexicano de LNG en Altamira es un negocio donde la Shell tiene el 50% y otro 50% está distribuido a partes iguales entre la francesa Total y la japonesa Mitsui. El tanquero, propiedad de la anglo-holandesa transportó 138.000 metros cúbicos de gas metano en forma líquida (cerca

de 3.0000 millones de pies cúbicos al gasificarse) en un viaje de 14 días, a lo largo de 6.267 millas náuticas (11.606 Km.), desde Nigeria. En el futuro llegarán barcos de Total, quien tiene el 25% de los derechos de capacidad del terminal de regasificación mexicano.

En Chile la británica British Gas trabaja en un terminal similar, que deberá estar terminado para 2008 para recibir gas de Australia, Malasia y África. Así en Brasil también se habla de estos terminales. El gas se ha convertido en un negocio globalizado. La participación del gas en las exigencias energéticas a nivel mundial en 2030 será de 26% del total. En la matriz energética de América Latina y el Caribe hoy el gas cubre el 24,5% y continuará aumentando.

Para nadie es un secreto que Venezuela es uno de los principales países exportadores de petróleo, además de poseer un número elevado de reservas, inclusive mayor que las que tiene Arabia Saudita. En estos momentos nuestro país se vislumbra como una atractiva oportunidad para las empresas petroleras mundiales en cuanto a la explotación de gas se refiere, que conjuntamente con otras fuentes de energía como es el carbón, el hidrógeno y la solar conforman las denominadas “energías del futuro”.

El gas venezolano está llamado a contribuir con estos requerimientos energéticos mundiales, en especial en los mercados de norte, centro y sur América. Para ello deben cumplirse algunas premisas: La primera es la necesidad de desarrollar suficientes reservas de gas libre (no asociado a la producción de petróleo); la segunda es satisfacer el mercado interno nacional; y la tercera dar cumplimiento cabal a la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (LOHG), en especial en lo relacionado al otorgamiento de licencias y permisos, y sobre los precios del gas en el mercado interno.

II. ¿ESTÁ VENEZUELA EN CAPACIDAD DE EXPORTAR GAS METANO?

Previo a realizar cualquier estudio técnico-económico para llevar gas venezolano a otros países, con lo que sería necesario firmar contratos de entrega de por lo menos 20 años, es necesario contar con las reservas probadas necesarias, debidamente validadas en forma técnica y formalmente certificadas por auditores internacionales, para cumplir primero con el mercado interno y luego con los planes de exportación. La cifra oficial de

reservas probadas de gas en el país, alcanza los 151 billones de pies cúbicos (BPC o TCF), de los cuales 136 BPC son asociados al petróleo y solo 15 BPC son de gas libre, aclarando que esta última cifra data de los años 90.

Con 90% de las reservas de gas asociado al petróleo no se pueden hacer grandes negocios en materia de gas, porque la producción de ese hidrocarburo va a estar atada a la producción de petróleo, y en situaciones de cierre de producción por razones operacionales o para cumplir con las cuotas de la OPEP, se verá mermada la producción de gas. De allí la necesidad de desarrollar reservas de gas no asociado. En Venezuela, se había realizado actividad exploratoria muy limitada para la búsqueda de gas libre. Desde la promulgación de la LOHG en 1999 se han otorgado apenas 17 licencias para explorar y desarrollar reservas de gas no asociado a la explotación petrolera, seis en tierra y once en las áreas marítimas. Hasta la fecha los resultados son muy modestos. En materia de nuevas reservas no se han reportado cifras oficiales; y la producción actual de dos de las licencias en tierra (donde actúan dos empresas nacionales y dos internacionales) es de apenas 100 millones de pies cúbicos diarios (MMpcd) y esperan llegar a unos 300 MMpcd. Se dicen modestas si se comparan por ejemplo con la producción de gas libre de Trinidad-Tobago en 2005 que fue de 3.200 MMpcd, o la de la Guajira colombiana que alcanzó los 477 MMpcd, también en 2005.

Venezuela tiene expectativas de desarrollar significativas reservas de gas libre en su territorio marítimo. Las cifras oficiales para esa región hablan de reservas posibles de gas del orden de los 50 BPC (o TCF). Para lograr desarrollarlas sería necesario aplicar en toda su extensión la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (Ley de Gas - LOHG) y su Reglamento, promulgados en 1999 y 2000, respectivamente, otorgando a la brevedad decenas y decenas de licencias a las grandes empresas internacionales que tienen el know-how del negocio, debidamente asociadas a empresarios y capitales nacionales (las empresas que se formen deben estar en la bolsa, para que los ciudadanos tengan oportunidad de convertirse en accionistas de esas empresas), y dejando en libertad a los productores a disponer del gas producido ya sea para el mercado interno como para la exportación. Asegurándoles de antemano que los precios locales atiendan a las metodologías establecidas en la LOHG, por lo que serían muy similares o equivalentes a los precios internacionales.

Por ello el desarrollo de la industria del gas natural y sus componentes en Venezuela NO debe posponerse, y proceder a aprovechar en su totalidad las oportunidades que brindan la Ley de Gas y su Reglamento. Es un lugar común que Venezuela cuenta con importantes reservas de gas asociado y libre, 151 billones de pies cúbicos, equivalentes a 26,5 millardos de barriles de petróleo ó 4,2 billones de metros cúbicos, de los cuales apenas 15 TCF son de gas libre o no asociado a la producción de petróleo.

Estos ingentes recursos se dificultaban ser desarrollados solamente por Petróleos de Venezuela (Pdvsa), por lo que desde 1996 la estatal petrolera se abocó a formar equipos de trabajo, con participación activa de personal del entonces Ministerio de Energía y Minas y de las filiales operadoras, que hicieran propuestas concretas para permitir la participación del sector privado en el área de gas. Tomando en cuenta este escenario nacional y mundial y las recomendaciones de los equipos, se aprobó en septiembre de 1999, por Ley Habilitante, la LOHG, para desarrollar plenamente la industria del gas en Venezuela y aprovechar estas oportunidades a nivel mundial, después de satisfacer el Mercado Interno. La LOHG, como lo explica su Exposición de Motivos, se plantea grandes políticas públicas en materia de gas, destacando:

- 1) Las actividades con hidrocarburos gaseosos pueden ser realizadas por personas privadas nacionales o extranjeras con o sin la participación del Estado. Es decir, que no están reservadas al Estado, esto fue un hito para la industria nacionalizada.
- 2) Es necesario promover la explotación de las reservas de gas asociado y no asociado.
- 3) Debe incrementarse las reservas de gas libre, para no depender del gas asociado al petróleo.
- 4) Permite y estimula la participación de personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin participación del Estado en las actividades de recolección, procesamiento, almacenamiento, transporte, distribución, comercialización e industrialización.
- 5) Promociona el aprovechamiento intensivo y eficiente de los recursos (gas asociado y no asociado) desde la exploración y explotación hasta su industrialización.

- 6) Los inversionistas estarán sujetos a obtener una licencia, cuando se trate de la exploración por yacimientos de gas libre y de su explotación, o de un permiso para realizar todas las otras actividades. Los trámites para obtenerlos serán sencillos.
- 7) Se crea el Ente Nacional del Gas (ENAGAS) para promover el desarrollo del sector y la competencia en todas las fases de la industria relacionadas con el transporte y distribución. El Ente propondría las bases para la formulación de precios y tarifas y vigilaría por los derechos y deberes de todos los sujetos de la industria.
- 8) Los precios y tarifas a establecerse, obedecerán a metodologías muy claras y deberán atender principios dirigidos a facilitar la recuperación de las inversiones y a obtener una rentabilidad razonable.
- 9) Se prohíbe que una misma persona realice o controle en una región dos o más de las actividades de producción, transporte o distribución de gas.
- 10) La atención primordial de las necesidades del mercado nacional y el desarrollo de oportunidades en el mercado de exportación.
- 11) Desagrega el precio del gas metano de las tarifas por los servicios necesarios – transporte, distribución y comercialización - para suministrar el producto a los consumidores finales.
- 12) Establece la aplicación de principios económicos que permita a los inversionistas obtener una rentabilidad razonable al menor costo para los consumidores. Esto a través de metodologías para formar los precios y tarifas que usarían los productores, transportistas, distribuidores y comercializadores para proponerlas al Ejecutivo, que aprobaría el Ministerio de Energía y Petróleo.
- 13) Establece el principio de acceso abierto a los sistemas de almacenamiento, transporte y distribución de los hidrocarburos gaseosos.
- 14) Indica la intención del Ejecutivo de propiciar la participación de capital, bienes y servicios de origen nacional en las actividades señaladas en esta Ley, en condiciones de transparencia y no desventajosas.
- 15) Establece la duración de las licencias y permisos por un periodo de 35 años, prorrogables hasta por 30 años adicionales y,

16) Se exige una regalía de veinte por ciento (20 %) sobre los volúmenes de hidrocarburos gaseosos producidos.

Como se observa, se dispone de una Ley moderna que promueve el desarrollo del capital privado nacional, que permitiría el desarrollo acelerado del sector. Sin embargo, el Plan en materia de Gas, presentado por la estatal petrolera, no es fuerte en la presentación de oportunidades concretas que se apoyan en la mayoría de las políticas antes enumeradas.

Para listar las oportunidades de negocios que promueve la LOHG expondremos brevemente en qué consisten tales negocios, los cuales en forma general se pueden dividir en 17 tipos o categorías, aunque algunos de ellos promueven otros negocios o nichos más especializados, que en muchos casos aportan mayor rendimiento económico que los negocios más grandes, porque son especialidades. Información adicional se encuentra en el Reglamento de la LOHG aparecido en la Gaceta Oficial N° 5471 Extraordinaria del 05 de junio de 2000:

III. TIPOS O CATEGORÍAS DE NEGOCIOS QUE PROMUEVE LA LOGH

3.1. Exploración por gas no asociado

Conjunto de actividades cuyo objeto es descubrir y delinear yacimientos con acumulaciones de gas natural libre o no asociado al petróleo. En esta categoría están los proyectos Mariscal Sucre (Paria), Plataforma Deltana y los bloques en tierra otorgados el año 2001. En materia de exploración y producción debe insistirse en comenzar de una vez el Proyecto Mariscal Sucre (desarrollo de cuatro campos de gas libre y condensado ubicados al norte de la península de Paria) y acelerarse el proceso de entrega de las otras licencias Costa Afuera, en el Delta del Orinoco, limítrofes con Trinidad-Tobago y Guyana, así como el resto de los 500.000 Km². de áreas costa afuera que tienen buenas expectativas de gas libre y los más de 600 prospectos exploratorios en tierra que contienen gas asociado.

Otra área de atención en materia de exploración en el Occidente del país debe ser el Proyecto Rafael Urdaneta, en el Golfo de Venezuela y en las costas del estado Falcón. Será conveniente considerar que el futuro del Proyecto Rafael Urdaneta debe ser revisado a la luz de los resultados de las primeras ofertas, donde de los 6 bloques ofertados solo recibieron propuestas para tres

bloques. Aún con la información que pasó Pdvsa sobre los recursos del área: 27 BPC de gas no asociado y 7 millardos de barriles de crudo y condensados; ya que faltan por otorgarse un mayor número de bloques en áreas vecinas, con la desventaja que los recursos de estos bloques, según Pdvsa, son de 3 BPC de gas y 0,5 millardos de crudo y condensados.

3.2. *Explotación de yacimientos de gas no asociado*

Conjunto de actividades que comprende la producción, recolección, separación, compresión, y tratamiento del gas natural no asociado. Los 2 bloques correspondientes al campo Yucal-Placer, otorgados en el estado Guárico corresponden a esta actividad. Hay áreas otorgadas originalmente como Convenios Operativos para producir petróleo que podrían transformarse para la explotación como campos de gas, si el MENPET otorga las licencias correspondientes. Ya el Ministerio tuvo esta iniciativa declarando el área de Anaco para ser explotada acorde con la LOHG. Si el despacho de Energía desea incrementar sustancialmente la producción de gas en el país, está sería una forma práctica para cumplir con ese objetivo. El caso de Anaco es un buen ejemplo. Cuando se producía acorde con la Ley de Hidrocarburos, estuvo a punto de ser cerrado por marginal. Hoy su producción de gas sobrepasa los 1500 MMPCD, acorde con Pdvsa, y hay decenas de casos como Anaco en áreas tradicionales que Pdvsa podría ceder para la explotación por el sector privado nacional.

El reacondicionamiento de pozos cerrados capaces de producir petróleo y gas es una alternativa importante para desarrollar empresas operadoras de capital nacional de carácter mixto (50% o más de capital del Estado - Artículos 9 y 22 de la LOH). La Industria petrolera tiene unos 20.000 pozos cerrados capaces de producir, muchos de ellos cerrados por razones económicas, cuando los precios del petróleo estaban bajos. Con los precios actuales una buena parte de esos pozos, perforados en yacimientos de campos maduros, (o de explotación avanzada), pueden engrosar la lista de pozos activos y recuperar importantes reservas de petróleo y gas asociado.

3.3. *Recolección*

Conjunto de actividades cuyo objeto es transmitir gas para reunirlos en un punto determinado, por ejemplo desde los pozos productores a las estaciones de flujo o recolección y de allí a los centros de compresión. Por ejemplo se pueden recolectar volúmenes adicionales de gas, superiores a 100 MMpcd

que se producen en el estado Zulia, específicamente en algunos bloques del Lago de Maracaibo y la Costa Oriental de dicho Lago.

3.4. *Separación*

Conjunto de actividades cuyo objeto consiste en separar las fases –principalmente gas, petróleo, condensados, agua y sedimentos– de los fluidos producidos de los yacimientos. Esta es una actividad que Pdvsa podría delegar a empresas nacionales, con lo que se crearían decenas de nuevas compañías venezolanas.

3.5. *Compresión*

Conjunto de actividades cuyo objeto consiste en recibir gas a una determinada presión y entregarlo a presiones mayores para lograr su transporte a otros puntos de procesamiento y utilización. En el área de compresión existe en Pdvsa el proyecto llamado Sercogas, el cual sería una oportunidad relanzarlo, para que el sector privado participe en la modernización y ampliación de 153 plantas de compresión que requieren una inversión de 1.500 a 2.000 MMUS\$ en plantas nuevas, de 2.000 a 2.500 MMUS\$ en las plantas existentes de 250 a 350 MMUS\$ en repuestos para las mismas, todo esto en un plazo de 5 años. Este proyecto permitiría a corto plazo el desarrollo de empresas operadoras nacionales de plantas de compresión.

3.6. *Almacenamiento*

Actividad de recibir, mantener en depósito temporalmente y entregar gas, a través de sistemas de almacenamiento. Venezuela, por sus características geológicas no presenta muchas oportunidades para la construcción de almacenes subterráneos de gas, como es típico en los Estados Unidos de Norteamérica (EUA), sin embargo, hay que hacer esfuerzos por identificar estos depósitos en Venezuela, porque sería una buena oportunidad de negocios.

3.7. *Tratamiento*

Actividad de remover principalmente los componentes no hidrocarburos del gas natural, tales como dióxido de carbono, sulfuro de hidrógeno, agua, componentes sólidos y otros, a través de cualquier proceso físico, químico o físico-químico. Esta es una oportunidad bastante especializada pero relativamente económica de realizar por venezolanos. En los EUA venden equipos nuevos y usados muy económicos para ser utilizados de inmediato en cualquier lugar donde se produzca gas.

3.8. *Procesamiento*

Actividad cuyo objeto principal consiste en separar (extracción) y fraccionar (fraccionamiento) los componentes hidrocarburos del gas, a través de cualquier proceso físico, químico o físico-químico. En Esta área es donde hay oportunidades excelentes para el sector privado. En el mercado internacional hay plantas usadas de procesamiento de gas de capacidades modestas pero eficientes en su rendimiento, que podrían ser adquiridas por empresas formadas con capital nacional, listas para ser transportadas y armadas para operarlas en el país. El propietario de la planta recibe el gas del productor, se lo procesa y le devuelve los productos a un costo acordado. Y si tiene más recursos puede comprar gas natural a un productor y sería propietario de los productos que obtenga del procesamiento, para venderlo en el mercado interno o para exportarlo.

Hay oportunidades en procesamiento de gas. Venezuela, según Pdvs, tiene una producción actual de gas de unos 6.608 MMPCD y dispone de una capacidad de procesamiento de solo 4.200 MMPCD, y según el Plan la producción de gas asociado y no asociado se incrementará a 11.500 MMPCD en 2012, aunque el Plan no presenta cuanto será de cada tipo de gas ni las oportunidades de inversión en nuevas plantas de extracción y de procesamiento, sin embargo se puede inferir que este incremento de producción será mayormente de gas asociado al petróleo, es decir, gas que debe ser procesado para extraerle los componentes más valiosos como el propano, los butanos y la gasolina natural.

En materia de procesamiento, el gas licuado (metano líquido) venezolano cada vez tendrá más competencia en la escena mundial. De allí la necesidad de acelerar los proyectos que están en progreso, así como los que están en cartera. En la medida en que se continúen atrasando será más difícil alcanzar nuestros mercados "naturales" como son los EE.UU. y Europa. Esta actividad es intensiva en capital, por lo que es difícil que capitales nacionales participen en estos proyectos (al menos que las empresas estén en la Bolsa), sin embargo si hay oportunidades para las empresas de bienes y servicios.

3.9. *Despacho*

Actividad de planificar, coordinar y supervisar el intercambio de gas entre los productores, procesadores y transportistas. Esta actividad incluye la gestión operacional y comercial para garantizar el óptimo funcionamiento

de los sistemas de transporte y el control del sistema de nominación (órdenes de entrega) y balanceo. Esta actividad es muy especializada y hoy solo la realiza Pdvsa Gas en Anaco. En el futuro aparecerán otros centros de despacho (Güiria y Paraguaná), que muy bien podrían ser manejados por el sector privado.

3.10. *Transporte*

Conjunto de actividades necesarias para recibir, transmitir y entregar gas e hidrocarburos líquidos que se obtienen de éste, a través de sistemas de transporte. Este es uno de los negocios más importantes en la industria del gas a nivel mundial. El negocio de transportar gas es mucho más que operar un gasoducto, ese es otro negocio. La compra y venta de capacidad de transporte es uno de los negocios más lucrativos y requieren de alta ingeniería financiera.

En las áreas de transporte y distribución hay oportunidades muy concretas, ya identificadas en el Proyecto Gas de Pdvsa, y recogidas por el Ente regulador en sus publicaciones, desde 2001. En este sentido una decisión importante de la Ley es la señalada en el artículo 9º que se refiere a que...“Una misma persona no puede ejercer ni controlar simultáneamente en una región, dos o más de las actividades de producción, transporte o distribución”... Esto obliga a Pdvsa Gas a tener que optar por ceder al capital privado las actividades de transporte por gasoductos y distribución por redes de tuberías, en todo el territorio nacional, por la sencilla razón que todo el gas producido es propiedad de la estatal Pdvsa Gas. Esta es una oportunidad enorme para el capital privado nacional de crear empresas de transporte de gas por gasoductos, así como para inversionistas extranjeros, deseosos de entrar a invertir en Venezuela en el negocio del gas.

El ENAGAS el año de su instalación estimó que en materia de transporte se requerían por lo menos 5 nuevos sistemas de gasoductos, para incorporar 1.500 millones de pies cúbicos diarios de capacidad (MMpcd) a los 5.000 existentes. Se estima que se requerirá una inversión de 3.000 millones de US\$. Estos permisos pueden otorgarse de forma sencilla, como lo estipula la LOHG.

3.11. *Operación de Sistemas de Transporte*

Conjunto de actividades necesarias para realizar el transporte de gas en forma segura, continua y confiable, según las condiciones establecidas en las normas

técnicas aplicables y los contratos de transporte. Comprende el monitoreo, balanceo y mantenimiento del sistema de transporte, así como la atención de eventualidades y relaciones con terceros. La actividad de operar un gasoducto tiene mucho futuro. Las empresas de ingeniería venezolanas que existen y las que se formen, tienen una excelente oportunidad en esta actividad.

3.12. Distribución

Actividad de recibir, transmitir y entregar gas a través de los sistemas de distribución. La actividad tiene las 3 categorías que se mencionan a continuación. Inclusive a esos tres niveles hay oportunidades para los “sub distribuidores”.

En distribución de gas por tubería a nivel de regiones el ENAGAS presentó los siguientes números: Región Central: para incorporar 4,9 millones de habitantes al servicio de gas por tubería, se requiere una inversión de 915 MMUS\$. Región Occidental: para incorporar 2,8 millones de habitantes se requiere de 520 MMUS\$. Región Centro Occidental: para incorporar 3,4 millones de habitantes se requiere de 825 MMUS\$ y Región Oriental: para incorporar 2,3 millones de habitantes se requiere de 530 MMUS\$. Es una oportunidad el otorgamiento de los permisos a particulares para distribuir gas por regiones, y estos a su vez crearían la figura de los sub-distribuidores también particulares (hay buenas experiencias en Argentina, México y más recientemente en Colombia), para localidades y clientes específicos; ya que no se ha gasificado completamente alguna ciudad o población de importancia de Venezuela en los 7 años que lleva aprobada la Ley de Gas.

Como un ejemplo de cómo el gas es un negocio de muchas oportunidades en transporte y distribución, veamos algunas cifras de México: En apenas 6 años, cuando el gobierno mexicano decidió en 1996 abrir los negocios de transporte y distribución a los particulares (aunque PEMEX conservó los gasoductos existentes) y entregó toda su actividad de distribución, se han otorgado 73 permisos de transporte, de los cuales 57 son para usos propios de los solicitantes y 16 son para uso público, representando una inversión de 1.304 millones de US\$; así como 21 permisos de distribución de gas por tubería, para una inversión de 1021 millones de US\$.

México produce unos 4.500 millones de pies cúbicos diarios de gas. Venezuela produce más de 6.000 millones de pies cúbicos diarios de gas. México tiene reservas de 1,17 millones de metros cúbicos (MMC) contra 4,18 MMC

de Venezuela. A las tasas de producción actuales México estima que producirá gas los próximos 45 años, mientras Venezuela tiene para 126 años.

El caso de Colombia también es interesante. Desde que comenzó su proceso de apertura de la industria al sector privado en 1997, además de la estatal Ecogas, se han instalado otras siete transportadoras. Se han formado en el mismo período 17 empresas de distribución para igual número de permisos. A la vez hay 27 empresas registradas como comercializadoras de gas (la mayoría son las mismas distribuidoras). ¡Colombia para el año 2000 ya tenía 1.943.443 suscriptores residenciales versus 400.00 que tiene Venezuela!. El gas por tubería solo se distribuye de manera limitada en Caracas y sus alrededores, Maracaibo, Costa Oriental del Lago de Maracaibo, Barcelona, Pto. La Cruz y El Tigre.

Argentina, el país con más tradición en materia de usos del gas, privatizó desde 1992 toda su industria del gas. Cuenta con 2 empresas que manejan los 2 grandes sistemas de gasoductos que cubren todo el país. Adicionalmente cuenta con 9 grandes distribuidores regionales, 54 sub distribuidores (de los cuales solamente 12 actúan en Buenos Aires) y tiene registrados 10 comercializadores.

Argentina también es el mejor ejemplo de las oportunidades de negocios en materia de gas vehicular (GNV). A la fecha unos 741.000 vehículos circulan con GNV en ese país (en todo el mundo hay 2.200.000 vehículos con GNV). Hay 1022 estaciones de servicio que proveen el GNV. Están funcionando unos 1.500 talleres que montan el dispositivo y hacen servicio. Todo esto podría ocurrir en Venezuela en la medida que se incrementen los precios de la gasolina.

3.13. *Distribución de Gas Doméstico*

Actividad de recibir, transmitir, entregar y vender gas metano para ser utilizado como combustible en artefactos y equipos de uso doméstico, instalados en viviendas unifamiliares o multifamiliares, el cual es entregado a través de una acometida conectada a una red de tuberías de una región de distribución. En esta actividad la figura del subdistribuidor es una oportunidad, que no requiere altas inversiones ni sofisticadas tecnologías. Se trata de atender clientes muy bien localizados (urbanizaciones, localidades aisladas) que por sus características no son atendidos por el distribuidor mayor por cuestiones de prioridad.

3.14. Distribución de Gas Comercial

Actividad de recibir, transmitir, entregar y vender gas metano a través de los sistemas de distribución para ser utilizado como combustible en artefactos y equipos instalados en establecimientos, donde se comercializan productos, artículos y servicios al público, el cual es entregado a través de una acometida conectada a una red de tuberías de una región de distribución. También aplican las oportunidades mencionadas para el gas doméstico.

3.15. Distribución de Gas Industrial

Actividad de recibir, transmitir, entregar y vender gas metano para ser utilizado como combustible o materia prima en instalaciones, plantas o fábricas, donde se ejecutan operaciones industriales para obtener un producto o transformar una sustancia o producto, el cual es entregado a través de una acometida conectada a una red de tuberías de una región de distribución o de un sistema de transporte. También aplican las oportunidades mencionadas para el gas doméstico y comercial, aunque en mucho menor grado, porque ésta es la mejor oportunidad de negocio para el permisatario de la región (no lo delegan a los sub distribuidores por el nivel de especialización del negocio).

3.16. Industrialización

Esta actividad comprende los procesos necesarios para la transformación química, física o físico-química del gas natural y sus componentes, con el fin de obtener productos de mayor valor agregado. La industria petroquímica es la más representativa de este sector. Es intensiva en capital. El Capítulo VII de la LOH se refiere a las actividades industriales. En los Artículos 49, 50, 51 y 52 se establece que la industrialización de los hidrocarburos refinados comprende las actividades de separación, purificación, conversión, mezcla y transformación de los mismos, con el propósito de añadir valor a dichas sustancias al obtener nuevas especialidades de petróleo y las actividades para ello podrán ser realizadas directamente por el Estado, por empresas mixtas y por empresas privadas. Aquí hay muchas oportunidades para el sector privado nacional.

3.17. Comercialización

Actividad de comprar y vender hidrocarburos gaseosos o comprar y vender servicios de transporte, distribución o almacenamiento de hidrocarburos gaseosos por cuenta propia o de terceros. El capítulo VIII de la LOH se re-

fiere a las actividades de comercialización, tanto para el comercio interior como para el exterior. En el Artículo 58 se especifica que las actividades de comercialización de los productos derivados no reservados al Estado podrán ser realizados por el Estado directamente o por empresas mixtas con participación del capital estatal y privado en cualquier proporción y por empresas privadas. Se presenta aquí otro camino para la formación de Capital Nacional. La captación de capitales a través de la Bolsa de Valores de Caracas según normativa de la Comisión Nacional de Valores (CNV).

3.18. Comercio interior

Actividad de comprar a los productores y vender hidrocarburos gaseosos en el territorio nacional.

3.19. Comercio exterior

Actividad de comprar a los productores y vender hidrocarburos gaseosos fuera del territorio nacional.

La materialización de las oportunidades mencionadas va a depender de los precios y tarifas que tenga el gas natural y sus componentes en el mercado venezolano. El Plan de PDVSA (ni el MENPET) no aborda el tema tan importante como lo es la materia de precios del gas metano y las tarifas para transportarlo y distribuirlo en el mercado interno desde Costa Afuera; así como no aborda la situación de precios para los productores de gas no asociado (la mayoría de los casos Costa afuera), cuyo incentivo de negocio será licuar el gas que producen para exportarlo, los cuales podrían correr el riesgo de estar obligados a aceptar las condiciones del procesador, de no aclararse quién decidirá sobre las tarifas de procesamiento, que según los “Planes Estratégicos” será Petróleos de Venezuela quien desarrollara el Complejo Industrial Gran Mariscal de Ayacucho, mejor conocido como proyecto CIGMA).

Otro elemento que no está claro es el hecho de si podrán los nuevos productores comercializar libremente los productos obtenidos, además del metano líquido. En estas actividades sobre precios y tarifas, claves para el éxito del desarrollo de la industria, es donde el rol del ENAGAS, el ente regulador, será determinante. Aquí cabe la pregunta: ¿Los precios y tarifas actuales del gas permiten el desarrollo de los proyectos que se presentan en los Planes?

Con relación al mercado nacional, el gas metano, principal componente del gas natural, cubre el 42% de la matriz energética de Venezuela. Este se utiliza en un 73% en la industria petrolera y 27% en el mercado interno (27% para generación eléctrica, 28% en las empresas de Guayana, 21% en petroquímica, 18% en uso comercial y residencial y 6% en la industria del cemento). Hoy estos sectores, sin excepción, están requiriendo cantidades adicionales de gas, de allí la necesidad de aumentar sustancialmente la producción de este energético para cumplir con tales exigencias. Como se dijo anteriormente, las cifras de producción de gas que presentó PDVSA en su reciente Plan estratégico 2006 - 2012, son moderadas. Según la estatal petrolera, la producción de gas natural asociado y no asociado para el año 2012 sería de apenas 11.500 MMpcd, un incremento de solo 5.200 MMpcd, con respecto a la cifra que informan se produjo en 2005, cantidad insuficiente para cubrir el déficit existente en el mercado interno, para atender los proyectos de inyección de gas a los yacimientos petrolíferos y los nuevos proyectos petroquímicos.

IV. CONCLUSIONES

Venezuela tiene una gran oportunidad de convertirse en abastecedor de gas de varios países del hemisferio, ya sea por tubería o en forma de gas metano licuado (LNG), pero es necesario desarrollar los prospectos de gas libre, así como validar y certificar las reservas que se vayan encontrando, y promover el desarrollo acelerado del sector tanto a nivel de transporte como de distribución para atender plenamente el mercado interno, todo ello con una importante participación del sector privado nacional e internacional.

Con respecto a los precios del gas, acorde con la LOHG, deben ser tales que los productores recuperen las inversiones, cubran los gastos de mantenimiento de las operaciones y los financiamientos, así como la depreciación de los activos y se tenga una ganancia razonable para este tipo de negocios a nivel mundial. Con los precios y tarifas actuales es imposible desarrollar la industria del gas en Venezuela.

Espero que la información aquí suministrada sirva para corroborar las oportunidades que tiene el sector privado para promover el desarrollo de la industria del gas y sus componentes en Venezuela. El porvenir de la industria del gas en Venezuela es alentador.

El Régimen Jurídico aplicable a las Empresas Mixtas a las que se refiere el artículo 22 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos¹

*Luis Ernesto Andueza Galeno
(Venezuela)²*

SUMARIO: I. Breve desarrollo del “concepto” de Empresa Mixta. II. Empresa del Estado-Empresa Mixta en el marco de la Ley Orgánica de Hidrocarburos: 2.1. Introducción; 2.2. De la creación de las Empresas Mixtas del artículo 22; III. El Problema de los “Grados” de las Empresas en que el Estado tiene participación; IV. Leyes aplicables a las Empresas Mixtas del artículo 22 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos: 4.1. Ley Orgánica de la Administración Pública; 4.2. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; 4.3. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; 4.4. Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público; 4.5. Ley de Licitaciones; 4.6. Ley contra la Corrupción; 4.7. Ley de Conservación y Mantenimiento de los Bienes Públicos; 4.8. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; 4.9. Ley de Arbitraje Comercial; V. Régimen Cambiario aplicable a las Empresas Mixtas de la Ley Orgánica de Hidrocarburos; VI. Conclusión.

¹ El presente trabajo fue realizado con la colaboración del abogado Oscar Gherzi Rassi.

² Luis Ernesto ANDUEZA GALENO obtuvo su título de abogado en la Universidad Católica Andrés Bello en 1987. Hizo una Maestría en Leyes en la Escuela de Derecho de la Universidad de Temple, Filadelfia, EE.UU. durante 1991-1992 y una Maestría en Administración de Empresas en la Universidad de Warwick en Coventry, Inglaterra durante 1995-1996. Su ejercicio profesional ha estado centrado principalmente en las áreas del Derecho Administrativo y Contencioso Administrativo, Derecho Constitucional y Regulación Económica con especial énfasis en Hidrocarburos, Libre Competencia, Control Cambiario y Protección al Consumidor. Aparte de su ejercicio privado ha sido profesor de Derecho Contencioso Administrativo del Postgrado de Derecho Económico de la UCAB, Vicepresidente y Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y relator de la Corte Suprema de Justicia. En la actualidad es socio del Despacho de Abogados miembros de Macleod Dixon S.C.

I. BREVE DESARROLLO DEL "CONCEPTO" DE EMPRESA MIXTA

El concepto de Empresa Mixta no ha sido especialmente estudiado en la jurisprudencia y doctrina venezolana y la categoría no cuenta con un desarrollo legislativo homogéneo y claro. Podría decirse que en el derecho venezolano no existe un concepto unívoco de Empresa Mixta.

A su vez, el concepto de Empresa Mixta no puede entenderse sin entender y delimitar el concepto de Empresa del Estado³ porque, en nuestro criterio, Empresa Mixta será toda aquella donde inversionistas privados comparten con el Estado una participación accionaria en una sociedad mercantil que no califique como Empresa del Estado. Por esa razón, parte del problema que el estudio del concepto de Empresa Mixta ha tenido es, precisamente, que tampoco existe un concepto unívoco de Empresa del Estado.

Igualmente, podemos decir que, independientemente del significado que se le dé a los términos: Empresa Mixta y Empresa del Estado, dichos términos no son unánimemente empleados por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación. En las distintas fuentes pueden hallarse términos análogos como Empresa Pública⁴, Sociedad del Estado, Empresa de Capital Mixto, Empresa de Economía Mixta⁵ y otras variaciones similares.

Ahora bien, consideramos que el problema fundamental a la hora de delimitar ambos conceptos está directamente relacionado con la relevancia que se le quiera dar a la participación accionarial del Estado en dichas empresas.

³ La doctrina señala que el nacimiento de las Empresas del Estado en Venezuela es comúnmente identificado con la creación por parte del gobierno de Juan Vicente Gómez, del Banco de Desarrollo Agrícola y Pecuario en 1928. Sin embargo, el estudio sistemático de la Empresa del Estado como ente perteneciente a la organización del Estado no se hizo necesaria sino hasta muchísimo tiempo después, con ocasión de la definición de los límites de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa pero también para definir la extensión de la aplicabilidad de la legislación fiscal y presupuestaria. *Vid.* Jesús CABALLERO ORTIZ, *Las Empresas Públicas en el Derecho Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, 1982, p. 41.

⁴ CABALLERO ORTIZ señala que habría que distinguir entre los conceptos de Empresa Pública y de Empresa del Estado, entre los cuales habría una relación de género a especie. En efecto, Empresa Pública para este autor reúne no solo a las sociedades mercantiles en las que el Estado sea accionista mayoritario sino también a aquellos Institutos Autónomos de carácter industrial en virtud de los cuales del Estado pretende intervenir activamente en la economía. *Vid.* Jesús CABALLERO ORTIZ, *op. cit.*, p. 91.

⁵ *Vid.* LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, 11ª Edición, UCV, 1998, p. 625.

Es decir, si para calificar a las empresas como del Estado o Mixtas se utilizan criterios cuantitativos o cualitativos para evaluar el tipo de participación del Estado en las mismas.

Usando criterios cuantitativos podemos decir que se han considerado Empresas del Estado sólo aquéllas donde el Estado ha suscrito la totalidad del capital social y por ende, Empresas Mixtas serán aquéllas donde el Estado comparte la participación en el capital social con inversionistas privados⁶ y también se han considerado Empresas del Estado aquéllas donde el Estado tiene la mayoría del capital social, siendo por ende Empresas Mixtas aquéllas donde el Estado no posee una participación mayoritaria⁷.

El criterio cualitativo por excelencia que se ha usado para definir una Empresa del Estado consiste en determinar, independientemente del porcentaje de participación que el Estado detente en el capital social en dicha empresa, si su participación es cualitativamente distinta a la que tendría un accionista ordinario. Así por ejemplo, si el Estado posee una participación minoritaria pero “*decisiva*” o si conserva el “*control*” sobre decisiones fundamentales, entonces esa empresa calificaría como del Estado, por lo que una Empresa Mixta desde el punto de vista cuantitativo podría calificar como Empresa del Estado desde el punto de vista cualitativo⁸.

⁶ El Profesor Eloy Lares Martínez en la 3ª edición de su Manual de Derecho Administrativo identificaba a las Empresas del Estado como empresas en las que el Estado en un sentido lato era titular de la totalidad de las acciones. Aquellas en las que el Estado compartía el capital social no recibirían el nombre de Empresas del Estado sino de Empresas de Economía Mixta. Esta posición fue también seguida por César Tinoco Richter, Juan Garrido Rovira y Nelson Socorro. Sin embargo, Lares Martínez atenuó su posición inicial, pues a partir de la 4ª edición de su Manual de Derecho Administrativo, puede leerse que las Empresas del Estado son aquellas en las que éste es titular de la totalidad de las acciones o de la mayor parte de ellas. Vid. Jesús CABALLERO ORTIZ, *opus cit* p. 90.

⁷ El profesor Brewer Carías considera que las Empresas del Estado se dividen en empresas de capital totalmente público y de capital mixto. Las segundas serán aquéllas donde el Estado posee el 50% ó más del capital social. A su vez, considera a aquéllas empresas donde el Estado posee una participación entre el 30% y el 49% del capital social como simples Empresas Mixtas. Vid. BREWER-CARIÁS, Allan, *Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en Venezuela*, CLAD, Caracas 1980, pp. 39-40.

⁸ El Decreto 1.293 de fecha 25 de noviembre de 1975, publicado en la Gaceta Oficial N° 30.861 del 2 de diciembre de 1976 y que creó el Registro Nacional de Empresas y Participaciones del Estado, fue donde por primera vez se incluyó una definición de Empresas del Estado y se utilizó un criterio mixto al señalarse como tales “*aquellas en las cuales el Estado, los institutos Autónomos, las Empresas del Estado y los Estados tienen el control y la responsabilidad de la gestión o son titulares de más del 50 por ciento del capital social*”. A su

Finalmente, otra fuente de discusión para alcanzar una definición de Empresa del Estado proviene de la participación directa o no de la República en dichas empresas. En una importante decisión de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, bajo la ponencia del Magistrado René de Sola, de fecha 20 de enero de 1983 (Caso Universidad Central de Venezuela vs. Banco Nacional de Descuento), la Sala tuvo la ocasión de interpretar el artículo 42 numeral 15 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia⁹, según la cual correspondía a esa Corte el conocimiento de las demandas incoadas en contra de las empresas en las que el Estado tuviera una "participación decisiva" y siempre que la cuantía fuera superior a los Bs. 5.000.000 y la competencia no estuviera atribuida a otra autoridad. Según esta sentencia, "Estado" debía equipararse a "República" y por lo tanto, solamente aquellas sociedades en las que ésta última tuviera una participación decisiva "de manera permanente y no circunstancial", recibían el privilegio de contar con un fuero judicial especial *rationae personae*. Puesto que el Banco Nacional de Descuento era una sociedad mercantil cuyas acciones para el momento de la interposición de la demanda eran propiedad del Fondo de Inversiones de Venezuela, la Sala concluyó que no merecía los beneficios asociados a ese foro especial¹⁰.

vez, la Sala de Casación Civil en sentencia de fecha 2 de noviembre de 1983, al conocer un conflicto de competencia suscitado entre un Tribunal de Primera Instancia en lo Civil y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, expresamente señaló que los criterios para definir a una empresa del Estado eran dos: mayoría en la participación en el capital social y aunque no tenga mayoría, el Estado se reserve su intervención decisiva en cuanto a la conducción y administración de la empresa. Vid. GONZÁLEZ, HELBETIA, *Los Criterios Jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en Torno al Concepto de la Participación Decisiva del Estado en sus Empresas*, Revista de Derecho Público, No. 49, p. 172.

⁹ Publicada en la Gaceta Oficial N° 1.893 Extraordinario, de 30 de junio de 1976.

¹⁰ La Sala Político Administrativa dictó otras sentencias con similar criterio: caso Banco República de fecha 13 de diciembre de 1984; caso VIASA de fecha 13 de noviembre de 1986 y caso Banco Italo Venezolano de fecha 5 de junio de 1988, entre otras. En cualquier caso, la propia Sala Político Administrativa revisó sus criterios sobre este tema y terminó por ampliar el fuero privilegiado a empresas en las que no sólo la República era la accionista directa sino a aquellas en las que institutos autónomos eran los accionistas mayoritarios (Caso: Marisabel Schiskin vs. Banco Industrial de Venezuela de fecha 12 de diciembre de 1985 y Caso EDELCA del 14 de diciembre de 1989), aquellas en las que empresas del estado eran accionistas (caso INTEVEP del 24 de enero de 1990 y caso MARAVEN del 28 de junio de 1990) si bien requería que la participación fuese permanente y no circunstancial. Sentencias citadas por GONZÁLEZ, HELBETIA, *Los Criterios Jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en Torno al Concepto de la Participación Decisiva del Estado en sus Empresas*, Revista de Derecho Público, No. 49, pp. 171 y ss.

Ahora bien, el panorama relativamente confuso y someramente aquí esbozado, en principio, ha sido aclarado en gran medida con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Administración Pública¹¹ (“LOAP”) en octubre de 2001, la cual ha venido a llenar el vacío que por muchos años se pensó llenaría una ley específica que regularía la administración descentralizada funcionalmente. La LOAP ahora ha aclarado en su artículo 100 que las Empresas del Estado son sociedades mercantiles en las que “*la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere es[a] Ley, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social.*” Es decir, que si bien la LOAP no define a las Empresas Mixtas¹², podemos indicar que de acuerdo a esta Ley califican como Empresas Mixtas aquéllas donde la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere esa Ley, solos o conjuntamente, tengan una participación igual o menor al cincuenta por ciento del capital social.

No obstante, la entrada en vigencia de la LOAP no parece que cierre del todo la discusión sobre la dicotomía Empresas del Estado-Empresas Mixtas, y mucho menos la discusión sobre el régimen legal al cual están sometidas ambas categorías. Solo un mes después de la publicación en la Gaceta Oficial de la LOAP, fue publicada la Ley Orgánica de Hidrocarburos¹³ (“LOH”) que en su Sección Segunda del Capítulo III definió a las Empresas del Estado como las empresas de la exclusiva propiedad del Estado y como veremos posteriormente, estableció dos tipos de Empresas Mixtas: (i) en las que se requiere para su constitución funcionamiento mayoría accionaria del Estado en el capital social y (ii) en las que para su constitución y funcionamiento

¹¹ Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.

¹² No obstante sí las menciona en el artículo 105 cuando indica: “*Cuando operen varias empresas del Estado en un mismo sector, o requieran una vinculación aunque operen en diversos sectores, el Presidente de la República o Presidenta de la República, el gobernador o gobernadora, el alcalde o alcaldesa correspondiente, podrá crear empresas matrices tenedoras de las acciones de las empresas del Estado y de las empresas mixtas correspondientes, sin perjuicio de que los institutos autónomos puedan desempeñar igual función.*”

¹³ La LOH fue publicada originalmente en la Gaceta Oficial N° 37.323 del 13 de noviembre de 2001 y entró en vigencia el 1° de enero de 2002. La LOH ha sido posteriormente modificada en el 2006, modificación que originalmente fue publicada en la Gaceta Oficial N° 38.443 del 24 de mayo de 2006 y posteriormente corregida y reimpressa en la Gaceta Oficial N° 38.493 del 4 de agosto de 2006.

no es necesaria la mayoría del Estado en el capital social. Esta discusión, además, se ve aderezada actualmente por la entrada en vigencia de una serie de leyes que a falta de mejor término denominaremos como “*leyes de derecho público*”, las cuales, al definir su ámbito de aplicación, han adoptado versiones ligeramente diversas de lo que parece ser el concepto marco o base de Empresa del Estado contenido en la LOAP. Sobre este tema versará gran parte del desarrollo de este trabajo, cuando analicemos en detalle la aplicabilidad de cada una de esas leyes de derecho público a las Empresas Mixtas contempladas en el artículo 22 de la LOH.

II. EMPRESA DEL ESTADO - EMPRESA MIXTA EN EL MARCO DE LA LEY ORGÁNICA DE HIDROCARBUROS

2.1. Introducción

Tal y como ya expusimos, la noción de Empresa Mixta estaba de cierta manera supeditada y opacada por la noción de Empresa del Estado. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la LOH, la cual regula las actividades de exploración y explotación de los hidrocarburos¹⁴, así como otras actividades asociadas a la refinación, industrialización, transporte, almacenamiento y comercialización de esos hidrocarburos y de sus productos derivados¹⁵, ha cambiado un poco este panorama, toda vez que el empleo de la noción de “*Empresa Mixta*” que contiene esa Ley es sumamente importante, por lo menos desde el punto de vista de la participación de los particulares en la industria mas importante del país.

La LOH ha reformado de manera radical el marco jurídico de la participación privada en las actividades de exploración, extracción, recolección, transporte y almacenamiento iniciales (actividades primarias)¹⁶ de los

¹⁴ El artículo 2 de la LOH señala expresamente que “*Las actividades relativas a los hidrocarburos gaseosos se rigen por la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, salvo la extracción de hidrocarburos gaseosos asociados con el petróleo que se regirán por la presente Ley*”.

¹⁵ El artículo 1 de la LOH expresamente señala que “*todo lo relativo a la exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte, almacenamiento, comercialización, conservación de los hidrocarburos, así como lo referente a los productos refinados y a las obras que la realización de estas actividades requiera, se rige por esta Ley*”.

¹⁶ “*Artículo 9.- Las actividades relativas a la exploración en busca de yacimientos de los hidrocarburos comprendidos en esta Ley, a la extracción de ellos en estado natural, a su recolección, transporte y almacenamiento iniciales, se denominan actividades primarias a los efectos de esta Ley...*”.

hidrocarburos a los que se refiere dicha Ley. En este sentido, ha sustituido el esquema de “*convenios operativos*” y de “*asociaciones estratégicas*” contemplados en el artículo 5 de la derogada Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos¹⁷ (la “Ley de Nacionalización de 1975”) por un esquema de asociación entre el Estado venezolano y los particulares que ha recibido el nombre de Empresa Mixta.

Sin embargo, lastimosamente la LOH tampoco ha sido unívoca en el uso de la noción de Empresa Mixta, pues las Empresas Mixtas tendrán necesariamente una participación mayoritaria del Estado si las mismas se dedican a las actividades primarias, en tanto que la participación estatal puede ser menor si se dedican a otras actividades (Las actividades de comercialización de los productos derivados y las actividades industriales con hidrocarburos refinados). El artículo 22 de esta ley, regula la participación privada en las actividades primarias de la siguiente manera:

Artículo 22. Las actividades primarias indicadas en el artículo 9 de esta Ley, serán realizadas por el Estado, ya directamente por el Ejecutivo Nacional o mediante empresas de su exclusiva propiedad. Igualmente podrá hacerlo mediante empresas donde tenga control de sus decisiones, por mantener una participación mayor del cincuenta por ciento (50%) del capital social, las cuales a los efectos de esta Ley se denominan empresas mixtas. Las empresas que se dediquen a la realización de actividades primarias serán empresas operadoras. (Destacado nuestro).

De modo que las Empresas Mixtas que se establezcan para desarrollar las actividades primarias previstas en la LOH deberán tener al Estado como accionista mayoritario. En contraste, las actividades de industrialización con hidrocarburos refinados y de comercialización de algunos productos derivados de hidrocarburos permiten la participación de capital privado en proporciones distintas a las permitidas cuando se trata de actividades primarias. Así lo establecen los artículos 50 y 58 de la referida ley:

Artículo 50

Las actividades industriales con hidrocarburos refinados podrán ser realizadas directamente por el Estado, por empresas de su exclusiva propiedad, por empresas mixtas con participación de capital estatal

¹⁷ Publicada en la Gaceta Oficial N° 1.769 Extraordinario, del 29 de agosto de 1975.

y privado, en cualquier proporción y por empresas privadas. (Destacado nuestro).

Artículo 58

Las actividades de comercialización de los productos derivados que estuvieren excluidos conforme a lo previsto en el artículo anterior, podrán ser realizadas por el Estado directamente, o por empresas de su exclusiva propiedad, o por empresas mixtas con participación del capital estatal y privado en cualquier proporción y por empresas privadas. (Destacado nuestro).

Como puede apreciarse, el margen para la participación del capital privado varía dependiendo del tipo de actividad de que se trate. No obstante, las empresas en las que el capital privado tiene participación conjuntamente con el Estado reciben, invariablemente, el nombre de Empresas Mixtas, muy a pesar de que según el artículo 22 las empresas que se dediquen a actividades primarias en donde el Estado se asocie con capital privado serán llamadas Empresas Mixtas "a los efectos de es[a] ley".

De modo que la propia LOH emplea el vocablo Empresa Mixta para referirse a entidades en las que el Estado puede o puede no tener el control accionario de la misma y por lo tanto, la tajante determinación del artículo 22 debe ser matizado considerablemente¹⁸.

¹⁸ Es de hacer notar que la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.793 de fecha 23 de septiembre de 1999 ("Ley de Gas"), no tiene una categoría especial de Empresas Mixtas como si lo que establece el artículo 22 de la LOH. Esta Ley no establece ningún parámetro en cuanto al porcentaje que debe tener, directa o indirectamente, el Estado venezolano en el capital social de una empresa a los fines de ser considerada como mixta. Señalan expresamente la Ley de Gas:

Artículo 43. *El Ejecutivo Nacional podrá crear entes con la forma jurídica que considere conveniente, incluida la de sociedad anónima con un solo accionista, para realizar las actividades establecidas en esta Ley. Estos entes serán de la propiedad exclusiva del Estado.*

Artículo 44. *Para la creación de empresas filiales o empresas mixtas por cualesquiera de los entes a que se refiere el artículo anterior, se requerirá la aprobación de la respectiva Asamblea de Accionistas de la casa matriz. Asimismo, deberá obtenerse esa aprobación para modificar el objeto de las empresas filiales, así como para fusionarlas, asociarlas, disolverlas, liquidarlas o aportar su capital social a otros entes. Igual autorización será necesaria para la creación de nuevos entes por parte de las empresas filiales.*

De la lectura de los dos artículos transcritos anteriormente, se puede observar claramente que para que se constituya una empresa mixta no se requiere un porcentaje de participación específico por parte del Estado venezolano, sólo se requiere que la constituya un ente que sea de la exclusiva propiedad del Estado.

Esta determinación del artículo 22 a la que hacemos referencia (según la cual Empresas Mixtas, a los efectos de esa ley serán aquellas en las que el Estado posea una participación superior al 50%), no parece tener justificación alguna. En efecto, la otra referencia importante a las Empresas Mixtas contenida en la LOH tiene que ver con el proceso de creación de las mismas y está regulado en el artículo 33. Pero del propio artículo 33 resulta evidente que se refiere a las Empresas Mixtas que se dedican a actividades primarias (esto es, las Empresas Mixtas del artículo 22) y nunca a las Empresas Mixtas dedicadas a industrialización o comercialización de productos.

Artículo 33. La constitución de empresas mixtas y las condiciones que regirán la realización de las actividades primarias, requerirán la aprobación previa de la Asamblea Nacional, a cuyo efecto el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Petróleo, deberá informarla de todas las circunstancias pertinentes a dicha constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República. La Asamblea Nacional podrá modificar las condiciones propuestas o establecer las que considere convenientes. Cualquier modificación posterior de dichas condiciones deberá también ser aprobada por la Asamblea Nacional, previo informe favorable del Ministerio de Energía y Petróleo y de la Comisión Permanente de Energía y Minas. Las empresas mixtas se regirán por la presente Ley y, en cada caso particular, por los términos y condiciones establecidos en el Acuerdo que conforme a la ley dicte la Asamblea Nacional, basado en el Informe que emita la Comisión Permanente de Energía y Minas, mediante el cual apruebe la creación de la respectiva empresa mixta en casos especiales y cuando así convenga al interés nacional. Supletoriamente se aplicarán las normas del Código de Comercio y las demás leyes que les fueran aplicables.

Por lo tanto, parece que la tajante afirmación del artículo 22 resulta un tanto superflua y en cualquier caso, no puede ocultar que la LOH maneja dos conceptos distintos de Empresas Mixtas dependiendo de si las mismas se dedican a actividades primarias o si se dedican a actividades de industrialización o comercialización de productos.

Peña Solís ha criticado la denominación de Empresa Mixta adoptada por la LOH al considerar que se trata, simplemente, de un tipo específico de Empresas del Estado, y que la participación privada en ellas no ameritaba denominarlas de ese modo:

Sostenemos que es una especie particular porque en el marco regulatorio general, el hecho de que los particulares participen con un porcentaje inferior al cincuenta por ciento del paquete accionario en una empresa creada por el Estado, no la hace perder su denominación de “empresa del Estado”, ni tampoco cambiársela por la de “empresa mixta”; en cambio, en el citado Decreto ley, a pesar de que el Estado obligatoriamente debe tener un porcentaje de participación superior al cincuenta, se denominan mixtas (art. 22).

...

La sola lectura de las condiciones establecidas para la creación de las denominadas “empresas mixtas”, sustituyendo de esa manera la denominación de “empresas del Estado”, revela una clara equivocación, porque en lugar de mixtas debían ser denominadas, atendiendo a esas condiciones particulares, “empresas del Estado sujetas a un régimen especial”, porque –insistimos– lo esencial allí no es la participación de los privados hasta en un porcentaje máximo hasta de un cuarenta y nueve por ciento, sino más bien las condiciones que deben aceptar los particulares para formar parte de dichas empresas, y en definitiva para su creación.¹⁹

La denominación adoptada por la LOH, además, causa cierta confusión pues el lector desprevenido del artículo 22 podría suponer que todas las instancias en que la LOH hace referencia a Empresas Mixtas lo hará en el sentido de ese artículo, lo cual, como hemos visto, no es cierto. En cualquier caso, el presente trabajo versa principalmente de dichas Empresas Mixtas por lo que en lo adelante nos referiremos a ellas como las “Empresas Mixtas del artículo 22”.

2.2. De la creación de las Empresas Mixtas del artículo 22

A continuación se presenta una breve descripción de los pasos que de acuerdo a la LOH, son necesarios para el nacimiento de una Empresa Mixta del artículo 22 y el desarrollo de un proyecto bajo dicha figura jurídica²⁰:

¹⁹ PEÑA SOLÍS, José, *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. III, pp. 662-3.

²⁰ Los diferentes documentos y pasos aquí descritos están organizados en la secuencia que resulta lógica para nosotros, la LOH no proporciona un orden específico en el cual elaborarlos y por lo tanto las distintas autoridades involucradas podría implementar una secuencia diferente.

- 1. Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Energía y el Petróleo (“MENPET”) delimitando el área geográfica:** Según el Artículo 23 de la LOH, el Ejecutivo Nacional, por órgano del MENPET, delimitará las áreas geográficas donde las Empresas Mixtas realizarán las actividades primarias. Dichas áreas, serán divididas en lotes con una superficie máxima de cien kilómetros cuadrados (100 km²). Dicha delimitación del área geográfica para la realización de las actividades primarias deberá realizarse vía resolución la cual deberá ser publicada en la Gaceta Oficial de la República.
- 2. Decreto para la selección del inversionista privado para su participación en el proyecto:** el Artículo 37 de la LOH promueve un proceso de licitación pública para otorgar los proyectos de exploración y/o producción petrolera, sin embargo, la ley también permite la escogencia directa de las operadoras, previa aprobación del Consejo de Ministros por razones de interés público o por circunstancias especiales de las actividades. Esta escogencia directa requiere de un Decreto emitido por el Presidente de la República, con la aprobación del Consejo de Ministros y publicado en la Gaceta Oficial.
- 3. Acuerdo para aprobación de la constitución de la Empresa Mixta y los términos y condiciones para la realización de actividades primarias:** Conforme al Artículo 33 de la LOH, la Asamblea Nacional aprobará previamente la constitución de empresas mixtas y las condiciones que regirán la realización de las actividades primarias, a cuyo efecto el Ejecutivo Nacional, por órgano del MENPET, deberá informarla de todas las circunstancias pertinentes a dicha constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República. Del contenido del Artículo 33 se evidencia que la Asamblea Nacional deberá establecer el marco de condiciones (las “Condiciones de la Asamblea Nacional”) con base en las condiciones que el MENPET le presenta, pero también estipula el Artículo 33 que la Asamblea Nacional podrá modificar las condiciones propuestas por el MENPET o establecer las que considere convenientes.
De acuerdo con la LOH, las condiciones mínimas que se deben incluir como parte de las Condiciones de la Asamblea Nacional son básicamente: (i) Duración máxima de veinticinco años, prorrogable por un lapso a ser acordado por las partes, no mayor de quince años;

(ii) indicación de la ubicación, orientación, extensión y forma del área donde haya de realizarse las actividades (iii) normas específicas sobre la reversión de activos y resolución de disputas.

Las Condiciones de la Asamblea Nacional pueden también estipular ventajas especiales a favor de la República, tales como aumento en regalías, en contribuciones u otras consideraciones previstas en la LOH, el uso y entrega de tecnología nueva y avanzada, así como el otorgamiento de becas, entrenamiento técnico y otras oportunidades de desarrollo de recursos humanos.

4. **Decreto aprobatorio de la constitución de la Empresa Mixta:** Según el Artículo 101 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, la constitución de todas las empresas en las que el Estado tiene un interés mayoritario serán autorizadas previamente por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, por medio de decreto que será publicado en la Gaceta Oficial.
5. **Constitución de la Empresa Mixta:** la Empresa Mixta existirá legalmente con el registro de sus estatutos ante el Registro Mercantil, cuyo registro también exigirá el registro del Decreto Presidencial que autoriza la constitución de tal empresa. A todo evento de conformidad con el artículo 102 de la LOAP, los estatutos deberán ser publicados en la Gaceta Oficial la República.
6. **Decreto para la transferencia del derecho a realizar actividades primarias:** el decreto para la transferencia del derecho a realizar actividades primarias sería el instrumento mediante el cual el gobierno de Venezuela otorga a la Empresa Mixta el derecho de realizar actividades de exploración y producción y cualquiera otra actividad primaria requerida como parte del proyecto. Este Decreto se requiere bajo el Artículo 24 de la LOH y también debe ser publicado en Gaceta Oficial.

III. EL PROBLEMA DE LOS "GRADOS" DE LAS EMPRESAS EN QUE EL ESTADO TIENE PARTICIPACIÓN

Actualmente, todos los antiguos convenios operativos y las antiguas asociaciones estratégicas y los convenios de exploración a riesgo bajo el esquema de ganancias compartidas han "migrado" o están en proceso de "migración"

a un esquema de Empresas Mixtas en asociación con el Estado venezolano. Este proceso de migración se ha llevado a cabo, principalmente en virtud de lo establecido en la Ley de Regularización de la Participación Privada en las Actividades Primarias Previstas en el Decreto N° 1.510 con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos²¹ y el Decreto Ley No. 5.200 de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco; así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas.²²

Todas estas Empresas Mixtas se han creado para llevar a cabo actividades primarias, y por lo tanto, están enmarcadas en el supuesto previsto en el artículo 22 de la LOH²³. Por lo tanto, ha nacido un grupo de nuevas em-

²¹ Publicada en la Gaceta Oficial N° 38.419 del 18 de abril de 2006.

²² Publicado en la Gaceta Oficial N° 38.632 del 26 de febrero de 2007.

²³ *Vid.*

1. Decreto N° 4.574, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Boquerón, S.A.; Decreto N° 4.575, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petroperijá, S.A.; Decreto N° 4.576, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petronado, S.A.; Decreto N° 4.577, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petroboscan, S.A.; Decreto N° 4.578, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petroindependiente, S.A.; Decreto N° 4.579, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petrocaracol, S.A.; Decreto N° 4.582, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petrolera Kaki, S.A.; Decreto N° 4.583, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petrocuragua, S.A.; Decreto N° 4.584, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petrowarao, S.A.; Decreto N° 4.585, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petroven-Bras, S.A.; Decreto N° 4.586, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petrowayú, S.A.; Decreto N° 4.588, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petroritupano, S.A.; Decreto N° 4.589, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petroregional del Lago, S.A.; Decreto N° 4.590, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petroregional del Lago, S.A.; Decreto N° 4.591, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petrocabimas, S.A.; Decreto N° 4.592, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Baripetrol, S.A. y; Decreto N° 4.593, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petroguárico, S.A. (Publicados en la Gaceta Oficial N° 38.464 de 22 de junio de 2006);
2. Decreto N° 4.580, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petrodelta, S.A.; Decreto N° 4.587, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petrokariña, S.A. y, Decreto N° 4.594, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petrocumarebo, S.A. (Publicados en la Gaceta Oficial N° 38.484 de 21 de julio de 2006);
3. Decreto N° 4.579, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petrolera Sino-Venezolana, S.A. (Gaceta Oficial N° 38.613 de 26 de enero de 2007);
4. Decreto N° 4.581, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Lagopetrol, S.A. (Gaceta Oficial N° 38.781 de 2 de octubre de 2007);

presas en las que el Estado venezolano posee participaciones accionariales superiores al 50%, dedicadas a un tipo de actividad específica, la cual recibe una regulación pormenorizada en la LOH. Sin embargo, la participación del Estado no es directa e inmediata sino indirecta o mediata, en el sentido de que las acciones que el Estado posee sobre las referidas empresas han sido suscritas por Empresas del Estado.

En efecto, hasta el momento el accionista estatal de estas Empresas Mixtas ha sido la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. (“CVP”). Ahora bien, las acciones de CVP son, a su vez, suscritas por Petróleos de Venezuela, S.A. (“PDVSA”) como empresa tenedora de las acciones sobre todas las empresas del Estado dedicadas a la industria de los hidrocarburos. Como las acciones de PDVSA son directamente suscritas por la República a través del MENPET, PDVSA es una empresa de primer grado, en el sentido de que la propiedad estatal es directa.

Sin embargo, CVP es una empresa del Estado de segundo grado pues las acciones no son directamente poseídas por la República sino a través de otra empresa del Estado. La propiedad estatal sobre CVP por lo tanto, es mediata o indirecta (es una empresa de segundo grado).

Las Empresas Mixtas recientemente creadas, por lo tanto, al tener a CVP como accionista estatal, son empresas de tercer grado, lo cual supone que la propiedad estatal es todavía más remota. Las acciones sobre ellas son distribuidas entre uno o más accionistas privados, por una parte, y un accionista “público” que es una empresa de segundo grado.

Evidentemente las Empresas Mixtas del artículo 22 no tienen que ser empresas de tercer grado. Muy bien pudieron haber sido empresas de primer o segundo grado, toda vez que el propio artículo 22 de la LOH así lo permite. Por razones estratégicas, que escapan a este estudio, el gobierno venezolano conjuntamente con PDVSA decidió que fueran empresas de tercer grado.

-
5. Decreto N° 5.664, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petrocedeño, S.A.; Decreto N° 5.665, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petrolera Güiria, S.A.; Decreto N° 5.666, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petrolera Paria, S.A.; Decreto N° 5.667, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta PetroMonagas, S.A.; Decreto N° 5.668, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta PetroPiar, S.A.; Decreto N° 5.669, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petrosucre, S.A.; Decreto N° 5.670, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa mixta Petrozumano, S.A.; (Gaceta Oficial N° 38.801 de 1° de noviembre de 2007).

Esta circunstancia es sumamente relevante desde el punto de vista jurídico, toda vez que, como veremos en su oportunidad, varias de las leyes que hemos estudiado definen su ámbito de aplicación en términos que permiten cuestionar su aplicabilidad a las Empresas Mixtas del artículo 22, toda vez que, en algunos casos, la redacción de las mismas sugiere que su aplicación se detiene en las empresas de segundo grado.

El problema se agudiza porque no todas las leyes emplean las mismas fórmulas y porque su redacción en varios casos es sumamente confusa. Esta circunstancia provoca un efecto jurídico inusual e interesante: pareciera que las Empresas Mixtas del artículo 22, por ser empresas de tercer grado, no están sometidas al mismo régimen que las empresas de segundo grado y muy probablemente, estén sometidas a algunas de las leyes de derecho público a las que están sometidas aquéllas, y no a otras. Ese es el tema que de seguida desarrollaremos.

IV. LEYES APLICABLES A LAS EMPRESAS MIXTAS DEL ARTÍCULO 22

Antes de describir las distintas leyes de derecho público que aplican a las Empresas Mixtas del artículo 22, es importante señalar que la propia LOH en su artículo 33 prevé cual es el régimen jurídico aplicable a ellas al señalar que *"...Las empresas mixtas se regirán por la presente Ley y, en cada caso particular, por los términos y condiciones establecidos en el Acuerdo que conforme a la ley dicte la Asamblea Nacional, basado en el Informe que emita la Comisión Permanente de Energía y Minas, mediante el cual apruebe la creación de la respectiva empresa mixta en casos especiales y cuando así convenga al interés nacional. Supletoriamente se aplicarán las normas del Código de Comercio y las demás leyes que les fueran aplicables"*.

En virtud del artículo 33 de la LOH, las Empresas Mixtas del artículo 22 se rigen, en primer lugar, por la LOH y por los términos y condiciones establecidos en el Acuerdo que debe dictar la Asamblea Nacional para autorizar la creación de la respectiva Empresa Mixta, tomando en cuenta –en nuestra opinión, a los solos efectos de interpretar el propio Acuerdo de la Asamblea Nacional– el Informe que emita la Comisión Permanente de Energía y Minas de la Asamblea Nacional recomendando a la Asamblea la respectiva autorización, y en segundo lugar y de manera supletoria las

normas del Código de Comercio y las demás leyes que les fueran aplicables entre las que se encuentran algunas de las leyes de derecho público a las que nos referiremos de seguidas.

A todo evento, es muy importante a la hora de interpretar la aplicación de las leyes de derecho público a las Empresas Mixtas, que la LOH claramente expresó que la primera fuente supletoria de aplicación son las del derecho mercantil, lo cual está en sintonía, como veremos en el siguiente punto, con la LOAP. Lo cual nos hace reflexionar que el legislador no quería que las Empresas Mixtas del artículo 22 perdieran su carácter de entes de derecho privado por la excesiva regulación de derecho público.

4.1. Ley Orgánica de la Administración Pública

¿Son las Empresas Mixtas del artículo 22 parte de la Administración Pública? ¿Son entes públicos? Estas son preguntas legítimas cuando se advierte que las Empresas Mixtas del artículo 22, tal como han sido ubicadas dentro del marco organizativo de la industria petrolera son empresas de tercer grado, en donde el Estado (es decir, la República) posee una participación accionarial indirecta y relativamente remota. Habría que advertir en este punto que no resultaba en modo alguno común encontrar Empresas del Estado de tercer grado en Venezuela.

La respuesta a estas interrogantes está en el diseño del ámbito de validez de la LOAP, que está definido en el artículo 1 de esta ley:

Artículo 1. La presente Ley tiene por objeto establecer los principios y bases que rigen la organización y el funcionamiento de la Administración Pública; los principios y lineamientos de la organización y funcionamiento de la Administración Pública Nacional y de la administración descentralizada funcionalmente; así como regular los compromisos de gestión; crear mecanismos para promover la participación y el control sobre las políticas y resultados públicos; y establecer las normas básicas sobre los archivos y registros públicos.

La definición del ámbito de validez es bastante simple a tenor de esta norma. Según ella, la ley es aplicable a la administración pública nacional (la tradicionalmente llamada administración central) así como a la descentralizada funcionalmente. Las Empresas del Estado han sido siempre identificadas como formas de descentralización funcional y la LOAP claramente las consideró como parte al incluir la Sección Segunda referida a las

Empresas del Estado dentro del Capítulo II referido a la Descentralización Funcional²⁴, de modo que dependerá de lo que defina esa misma ley por Empresas del Estado, si las Empresas Mixtas del Artículo 22 forman parte de la Administración Pública Descentralizada Funcionalmente.

En nuestro criterio la respuesta está en los artículos 100 y 101 de la LOAP que contienen respectivamente, el concepto de empresa del Estado para esa ley y la forma en que las mismas deben ser creadas.

Artículo 100. Son empresas del Estado las sociedades mercantiles 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 esta Ley, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social.

Artículo 101. La creación de las empresas del Estado será autorizada respectivamente por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, los gobernadores o gobernadoras, los alcaldes o alcaldesas, según corresponda, mediante decreto o resolución de conformidad con la ley. Adquirirán la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en el registro mercantil correspondiente a su domicilio, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o del medio de publicación oficial correspondiente donde aparezca publicado el decreto que autorice su creación.

El artículo 100 es nuestro artículo cardinal pues en él se concentra el tema que queremos escudriñar, esto es: la extensión del concepto de Empresa del Estado. El artículo 100 nos dice que las Empresas del Estado serán aquellas en las cuales la República, Estados, Municipios y otros entes similares, así como los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere esa ley, tengan participación mayor al 50% del capital social.

Sabemos con claridad, por lo tanto, que las empresas de primer grado son evidentemente empresas del Estado porque sus acciones son suscritas por la República. Lo que no es absolutamente claro es hasta donde llega el concepto de administración descentralizada funcionalmente. El Capítulo

²⁴ El Capítulo II de la LOAP considera como entes descentralizados funcionalmente a los Institutos Autónomos, a las Empresas del Estado, Fundaciones del Estado y las Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado.

II de la LOAP considera como entes descentralizados funcionalmente a los Institutos Autónomos, a las Empresas del Estado, Fundaciones del Estado y las Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado. Por esa razón, en nuestro criterio, si una Empresa del Estado de primer grado suscribe en mas de un 50% las acciones de una nueva compañía, esa nueva empresa también debería ser calificada como Empresa del Estado y si esa Empresa del Estado de segundo grado, a su vez, también suscribe en mas de un 50% las acciones de otra compañía, esa nueva compañía también debería ser considerada una Empresa del Estado de tercer grado.

Una explicación práctica nos ayudará a ilustrar este punto: PDVSA, por ejemplo, es evidentemente una empresa de primer grado y una forma de administración descentralizada funcionalmente por estar enmarcada dentro del concepto de empresa del Estado del artículo 100. Ahora bien, PDVSA es tenedora de las acciones de un grupo de empresas en las cuales actúa como accionista único. Tal es el caso de PDVSA Petróleo, S.A., PDVSA Gas, S.A., CVP, etc. ¿Son estas empresas también administración descentralizada funcionalmente y por lo tanto sometidas a la LOAP? Pareciera evidente que la respuesta afirmativa es necesaria, pues el artículo 100 nos dice que también serán empresas del Estado aquellas en las que “...*alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere es[a] Ley*” tenga participación mayor al 50%. Igualmente, como esas Empresas de segundo grado también calificarían como Empresa del Estado, también formarían parte de la administración descentralizada funcionalmente y por ende, si CVP, por ejemplo, crea una Empresa Mixta del artículo 22, esa nueva compañía también calificaría de Empresa del Estado.

En nuestra opinión la respuesta está en cómo es interpretada la frase “*entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere es[a] Ley*”. ¿Está hablando esta norma de los entes referidos en otros artículos exclusivamente o se refiere también a los entes identificados en el propio artículo 100? En nuestro criterio la segunda opción esbozada es la más razonable, pues no hay ninguna razón para excluir al artículo 100 cuando se refiere a “*esta ley*”. Es decir, el artículo 100 también es parte de “*es[a] ley*”. De modo que, si según el artículo 100 las empresas de segundo grado son parte de la administración descentralizada funcionalmente, entonces también lo serán las de tercer grado.

El problema que esta interpretación impone es que genera una aplicación *ad infinitum* de la LOAP, pues las empresas de tercer grado también serán

consideradas administración descentralizada funcionalmente según esa ley y así sucesivamente todas las empresas en las cuales una empresa en el grado inmediatamente superior o anterior posea una participación mayor al 50% será parte de la administración pública descentralizada funcionalmente.

Esto supone que la LOAP, a diferencia de otras leyes que analizaremos a continuación, no establece un límite relativo al grado de la Empresa del Estado de que se trate, sino relativo a la participación accionarial que el estado posea, bien directamente, bien indirectamente.

Esta conclusión es relevante en la medida que otras leyes hacen referencia a “entes públicos” o “empresas del Estado”, categorías éstas que evidentemente incluyen a las Empresas Mixtas del artículo 22. Sin embargo, en nuestro criterio, el ámbito de validez de otras leyes de derecho público es, en la mayoría de los casos, independiente y autónomo en relación con la LOAP en virtud del principio de la especialidad de la ley. En este sentido, tal como analizaremos más adelante, en nuestro criterio esas leyes de derecho público sí establecen un límite a su aplicabilidad no sólo en relación con la participación accionarial del Estado sino también en relación al grado que ocupan tales empresas.

Ahora bien, ¿Cuál es la relevancia que la LOAP le aplique a las Empresas Mixtas del artículo 22? En primer lugar habría que contestar que de conformidad con el artículo 101 sólo podrán ser creadas si el Presidente de la República autoriza su creación mediante decreto. De hecho, esa fue la posición que asumió el Ejecutivo Nacional para la creación de las actuales Empresas Mixtas del artículo 22 (Ver nota al pie N° 23).

En segundo lugar, de conformidad con el artículo 102 todos los documentos relacionados con las Empresas Mixtas del artículo 22 *“...que conforme al Código de Comercio tienen que ser objeto de publicación, se publicarán en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”* y que *“con el cumplimiento de esta obligación se considerarán satisfechas las exigencias previstas en dicho Código, sin perjuicio de que la publicación pueda hacerse también en otros medios de comunicación si así lo estima conveniente la empresa. En este último supuesto, deberá dejarse constancia del número y fecha de la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela ... en el cual se hizo la publicación legal”*.

Otro artículo que es muy relevante es el 106²⁵ según el cual las Empresas Mixtas del artículo 22 se registrarán por la legislación ordinaria, con lo cual este artículo viene a complementar el artículo 33 de la LOH anteriormente comentado.

Ahora bien, este artículo 106 pareciera que busca excluir la aplicación de cualquier otra ley distinta a la LOAP cuando señala, a su vez, que dichas empresas “*se registrarán por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la presente Ley*”. No obstante lo atractivo que pudiera resultar sostener ese argumento, pensamos que la LOH no sólo es ley posterior a la LOAP sino que es ley especial con relación a las Empresas Mixtas del artículo 22 y el artículo 33 de la LOH claramente señala la aplicación preferente de la LOH a dichas empresas y la aplicación de otras leyes de manera supletoria. A su vez, aún si no existiere el texto expreso del artículo 33 de la LOH, pensamos que las leyes a las cuales nos referiremos posteriormente, deben considerarse como leyes especiales en las materias que desarrollan con relación a la LOAP.

4.2. *Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República*

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (“LOPGR”)²⁶ no es, estrictamente hablando, aplicable a las Empresas Mixtas y en general, puede decirse que solamente es aplicable a la propia Procuraduría General de la República. Sin embargo, contiene normas aisladas que pueden resultar relevantes para el giro cotidiano de una Empresa Mixta del artículo 22, en caso de que tales normas las alcancen.

El primer tipo de normas tiene que ver con las condiciones de validez de ciertos contratos. Así, por ejemplo, el artículo 14 requiere que todos los contratos de asesoría jurídica que sean suscritos por entes de la Administración Pública Nacional y Descentralizada requieren de la aprobación previa y expresa de la Procuraduría General de la República. Si, como señalamos anteriormente, de acuerdo con la LOAP, las Empresas Mixtas del artículo 22 deben ser consideradas parte de la Administración Pública Descentralizada, entonces debemos concluir que este artículo les aplica.

²⁵ “Artículo 106. Las empresas del Estado se registrarán por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la presente Ley. Las empresas del Estado creadas por ley nacional se registrarán igualmente por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la ley.”

²⁶ Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.554 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001.

A diferencia del artículo 14, el artículo 12 exige que los contratos a ser suscritos por *La República* (el artículo 14, que hace referencia expresa a la *Administración Pública Nacional Central y Descentralizada*), que establezcan cláusulas de arbitraje nacional o internacional, deben ser sometidos a la opinión previa y expresa de la Procuraduría General de la República. Por lo tanto, creemos que esta norma no regula a las Empresas Mixtas del artículo 22 pues se trata de una norma claramente dirigida exclusivamente a la República.

Por otra parte, existen normas procesales que contienen privilegios a favor de la República que han sido extendidos jurisprudencialmente a favor de Empresas del Estado. Es el caso, por ejemplo, del privilegio contenido en el artículo 49 de la derogada LOPGR y reproducido sin modificaciones significativas en el actual artículo 66. Según esta norma, la República no puede quedar confesa en procedimientos judiciales por razón de la contumacia de los representantes de la Procuraduría General de la República a un acto de contestación.

Este privilegio fue interpretado por la Sala Constitucional²⁷ de la siguiente manera:

“La norma del artículo 49 establece lo siguiente: ‘Cuando el Procurador General de la República, los Directores, Adjuntos y Auxiliares no asistan a los actos de contestación de demandas intentadas contra la República o de excepciones que le hayan sido opuestas, se tendrán unas y otras como contradichas en todas sus partes, sin perjuicio de la responsabilidad que dicha omisión comporte para los referidos funcionarios’; esta Sala ha entendido aplicable, a su vez, a los entes descentralizados funcionalmente, como no podría ser de otro modo, visto los intereses públicos que éstos gestionan (ver sentencia n° 1240/2000, caso: Nohelia Sánchez). La decisión objeto de revisión también es revisable por esta razón, pues afectó el derecho a la defensa de Puertos Anzoátegui, S.A., con la consecuente afectación del principio de eficacia establecido en el artículo 141 constitucional. Así se establece”.

En nuestro criterio y con ello compartimos la opinión del Magistrado Cabrera Romero en el voto salvado que consignó, extender este privilegio de la República a las Empresas del Estado, va en contra de la obligatoriedad

²⁷ Sentencia del 26 de febrero de 2007, caso PDVSA Petróleo S.A.

de interpretar restrictivamente las disposiciones que otorgan privilegios a favor de los órganos y entes públicos.

Otras normas que merecen ser revisadas son los artículos 94 y 95 que establecen lo siguiente:

Artículo 94. Los funcionarios judiciales están obligados a notificar al Procurador o Procuradora General de la República de la admisión de toda demanda que obre directa o indirectamente contra los intereses patrimoniales de la República. Las notificaciones deben ser hechas por oficio y estar acompañadas de copias certificadas de todo lo que sea conducente para formar criterio acerca del asunto.

Artículo 95. Los funcionarios judiciales están igualmente obligados a notificar al Procurador o Procuradora General de la República de toda oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud de cualquier naturaleza que directa o indirectamente obre contra los intereses patrimoniales de la República. Estas notificaciones deben ser hechas por oficio y estar acompañados de copias certificadas de todo lo que sea conducente para formar criterio acerca del asunto.

Estas normas establecen un privilegio procesal claramente dirigido a proteger los intereses patrimoniales, directos e indirectos, de la República. De modo que no resulta un contrasentido exigir a los funcionarios judiciales que notifiquen a la Procuraduría General de la República en los casos contra las Empresas Mixtas del artículo 22, toda vez que tienen el potencial de afectar indirectamente a los intereses patrimoniales de la República. De acuerdo con el artículo 96, la falta de notificación a la Procuraduría General de la República puede acarrear la reposición de la causa.

Finalmente, consideramos adecuado comentar lo señalado por el artículo 97 que, por su redacción, debería aplicarse en caso de que Empresas Mixtas del artículo 22 estén involucradas:

Artículo 97. Cuando se decrete medida procesal, de embargo, secuestro, ejecución interdictal y, en general, alguna medida de ejecución preventiva o definitiva sobre bienes de institutos autónomos, empresas del Estado o empresas en que éste tenga participación; de otras entidades públicas o de particulares, que estén afectados al uso público, a un servicio de interés público, a una actividad de utilidad pública nacional o a un servicio privado de interés público, antes de su ejecución, el juez debe notificar

al Procurador o Procuradora General de la República, acompañando copias certificadas de todo lo que sea conducente para formar criterio acerca del asunto, a fin de que el organismo público que corresponda adopte las previsiones necesarias para que no se interrumpa la actividad o servicio a la que esté afectado el bien. En este caso el proceso se suspende por un lapso de cuarenta y cinco (45) días continuos, contados a partir de la consignación en el expediente de la constancia de la notificación al Procurador o Procuradora General de la República.

No se puede olvidar que el artículo 4 de la LOH expresamente señala que *“Las actividades a las cuales se refiere es[a] Ley, así como las obras que su realización requiera, se declaran de utilidad pública y de interés social”*. Por lo que, en nuestra opinión, los bienes de las Empresas Mixtas afectos a la actividad gozan del privilegio establecido en el artículo 97.

4.3. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal

Pensamos que una de las primeras preguntas que se deben hacer los empleados y administradores de las nuevas Empresas Mixtas del artículo 22 es si están sometidos a la vigilancia y control de la Contraloría General de la República, con todas las implicaciones que esto conlleva. De modo que resulta de vital importancia para las Empresas Mixtas del artículo 22 tener una absoluta claridad sobre su sujeción o no a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal²⁸ (“LOCGR”).

Los sujetos sometidos a la LOCGR están definidos en el artículo 9. Sin embargo, es el numeral 10 de ese artículo el que se refiere a las sociedades mercantiles. El artículo completo, reza como sigue:

Artículo 9. Están sujetos a las disposiciones de la presente ley y al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República:

- 1. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del poder público nacional.*
- 2. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del poder público estatal.*
- 3. Los órganos entidades a los que incumbe el ejercicio del poder público en los distritos y distritos metropolitanos.*

²⁸ Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.347 del 17 de Diciembre de 2001.

4. *Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del poder público municipal y en las demás entidades locales previstas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.*
5. *Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del poder público en los territorios federales y dependencias federales.*
6. *Los institutos autónomos nacionales, estatales, distritales y municipales.*
7. *El Banco Central de Venezuela.*
8. *Las universidades públicas.*
9. *Las demás personas de derecho público nacionales, estatales, distritales y municipales.*
10. *Las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación en su capital social, así como las que se constituyan con la participación de aquéllas.*
11. *Las fundaciones y asociaciones civiles y demás instituciones creadas con fondos públicos, o que sean dirigidas por las personas a que se refieren los numerales anteriores, o en las cuales tales personas designen sus autoridades, o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones efectuados en un ejercicio presupuestario por una o varias de las personas a que se refieren los numerales anteriores representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto.*
12. *las personas naturales o jurídicas que sean contribuyentes o responsables, de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Tributario, o que en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con cualesquiera de los organismos o entidades mencionadas en los numerales anteriores, o que reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales, o que en cualquier forma intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos públicos.*

El numeral 10 de esta norma pretende definir las empresas a las que será aplicable esta ley. Deliberadamente hablamos de empresas porque no se establece ningún tipo de límite mínimo en la participación en el capital social de los órganos y entes públicos descritos en los numerales anteriores. Es decir, que una empresa mayoritariamente privada pero con una pequeña participación accionaria por parte de un órgano o ente público, está sujeta a las disposiciones relevantes de la LOCGR. Por esta razón, creemos que la

interpretación que se debe dar al ámbito de aplicación de esta ley debe ser muy conservadora y restringida.

Parece claro, que el numeral 10 incluye evidentemente a las empresas de primer grado al referirse a las sociedades en las que las personas mencionadas en los numerales anteriores tengan una participación en su capital social (sin importar la proporción de tal participación), es decir, las empresas de primer grado. Luego el numeral indica que también estarán sujetas a la LO-CGR las sociedades *“que se constituyan con la participación de aquéllas”*.

En este numeral la palabra *“aquéllas”* genera divergencias en la interpretación del artículo. Por una parte, puede leerse allí que la norma se refiere a las empresas de primer grado mencionadas al principio de ese mismo numeral. Por la otra, puede leerse que se refiere a las personas identificadas en los numerales precedentes. En este último supuesto, la diferencia entre las sociedades a las que se refiere la primera parte del numeral (las sociedades en las cuales las personas identificadas en los numerales anteriores tengan participación en su capital social) y las sociedades a las que se refiere la segunda parte del numeral (las sociedades que han sido constituidas con la participación de aquéllas) sería que en el segundo caso lo importante no es la participación actual de las personas de los primeros 9 numerales del artículo sino si la sociedad de que se trate fue constituida por alguna de ellas. Es decir, según esta interpretación, la LOCGR aplicaría a las sociedades constituidas por las personas de los numerales 1 al 9, incluso si estas personas transfieren todas sus acciones sobre las mismas al sector privado.

Creemos que esta última interpretación es insostenible en virtud del espíritu que inspira a la LOCGR. Según el artículo 2 esa ley, corresponde a la Contraloría General de la República *“el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos”*. Por lo tanto, resulta sumamente forzado que la Contraloría General de la República tenga competencia para fiscalizar una sociedad con la cual el estado no posee vínculo alguno salvo el de haber actuado como socio al momento de su constitución.

Si rechazamos esa hipótesis, por lo tanto, habrá que concluir que la primera alternativa es la más razonable, esto es, que la segunda parte del numeral 10 se refiere a las empresas constituidas por las empresas de primer grado, es decir, a las empresas de segundo grado. Esta interpretación de la norma prefigura nuestra conclusión: que la LOCGR no es aplicable a las Empresas Mixtas del

artículo 22 pues para esta ley las empresas de tercer grado no entran dentro del grupo de entes públicos sometidos a su potestad contralora.

Nuestra conclusión es importante para las Empresas Mixtas del artículo 22 pues de otro modo, estarían obligadas a asumir una gran cantidad de funciones y de cumplir con estándares aplicables en general a la Administración Pública.²⁹

Ahora bien, aun cuando el numeral 10 del artículo 9 deje por fuera a las empresas de tercer grado (y por lo tanto a las Empresas Mixtas del artículo 22 a las que se refiere este trabajo), esto no supone que tales empresas escapen por completo a los poderes de inspección de la Contraloría General de la República. De hecho, el numeral 12 del mismo artículo, incluye en el grupo de personas sometidas a esa ley, a las personas definidas como contribuyentes por el Código Orgánico Tributario, a los contratistas de las personas definidas en los numerales previos, así como a cualquier persona que reciba o administre fondos públicos.

Sin embargo, el tipo de obligaciones que recaen sobre las personas del numeral 12 son de menor intensidad que las obligaciones que recaen sobre el resto. De hecho, la LOCGR suele excluir a las personas definidas en el numeral 12 de la mayoría de las obligaciones contenidas en esa ley. No obstante, los sujetos del numeral 12 están obligados a permitir el acceso de funcionarios de la Contraloría General de la República y a remitirles la información que éstos les soliciten en virtud del artículo 7 de la ley, la cual se refiere, en términos amplios, a los particulares. Por lo tanto, la sujeción de las Empresas Mixtas del artículo 22 a esa ley, en este sentido, parece ser igual a la de los particulares quienes están, en general, obligados a rendirle a la Contraloría General de la República la información que ésta requiera.

²⁹ A manera de resumen, hemos compilado a continuación una serie de obligaciones que las Empresas Mixtas del artículo 22 tendrían que cumplir de estar sujetas a la LOCGR: Estarían sujetas a los procedimientos contables establecidos por la Contraloría General de la República (Artículo 51).

Los niveles directivos o gerenciales estarían sujetos a responsabilidad administrativa si no cumplen con las obligaciones listadas en la ley y en instrucciones generadas por el Contralor General de la República (Artículo 92).

Los órganos de control fiscal pueden realizar auditorias para evaluar el desempeño de las entidades bajo su jurisdicción (Artículo 61) y gozarán de amplios poderes de investigación (Artículo 77).

La declaración de dividendos en contra de lo establecido en la ley genera responsabilidad administrativa (Artículo 91).

Hay una obligación adicional relacionada con la administración de fondos públicos que merece una mención especial. Se trata de una obligación de establecer sistemas de control interno, de rendir cuenta de las operaciones y de los resultados de su gestión. Esta obligación está contenida en el artículo 52 de la LOCGR y es aplicable a las Empresas Mixtas como recipiente de fondos y aportes provenientes uno de los entes señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9. El artículo en referencia establece lo siguiente:

Artículo 52. Quienes administren, manejen o custodien recursos de cualquier tipo afectados al cumplimiento de finalidades de interés público, provenientes de los entes y organismos señalados en Artículo 9, numerales 1 al 11, de esta ley, en la forma de transferencias, subsidios, aportes, contribuciones, o alguna otra modalidad similar, están obligados a establecer un sistema de control interno y a rendir cuenta de las operaciones y resultados de su gestión, de acuerdo con lo que establezca la resolución indicada en el Artículo anterior. Los administradores que incurran en irregularidades en el manejo de estos fondos serán sometidos a las acciones resarcitorias y sanciones, previstas en esta ley.

Como se verá, aun cuando las Empresas Mixtas del artículo 22, en nuestra opinión, no son tratadas como obligadas en general al cumplimiento de la LOCGR por no ser consideradas entes sujetos a esa ley, sin embargo tienen a su cargo el cumplimiento de obligaciones importantes, esta vez por ser recipientes de aportes provenientes de fondos públicos. En este sentido, es importante destacar que, según el artículo 82 de la LOCGR, los particulares que no den cumplimiento a lo establecido en el artículo 52 pueden ser responsables penal, civil y administrativamente.

En conclusión, las Empresas Mixtas del artículo 22, como empresas de tercer grado, se encuentran excluidas de manera general del ámbito de aplicación de la LOCGR pero en ellas recaen, sin embargo, importantes obligaciones que, bien como contribuyentes, bien como recipientes de fondos públicos, implican estar sometidas a un grado importante de control por parte de la Contraloría General de la República.

4.4. *Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público*
La Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público ("LOAFSP")³⁰ posee una redacción más cuidadosa que la contenida, por

³⁰ Publicada en la Gaceta Oficial N° 38.661 del 11 de abril de 2007.

ejemplo, en la LOCGR en lo relativo a la identificación de los sujetos sometidos a ella. El artículo 6, en sus numerales 8 y 9 hace referencia a las sociedades mercantiles que están sometidas a esa ley. La redacción de estas normas es del tenor siguiente:

Artículo 6. Están sujetos a las regulaciones de esta Ley, con las especificidades que la misma establece, los entes u organismos que conforman el sector público, enumerados seguidamente:

8. Las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. Quedarán comprendidas además, las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional.

9. Las sociedades mercantiles en las cuales las personas a que se refiere el numeral anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social.

La interpretación lógica de estos dos numerales nos hace concluir que esta ley detiene su aplicación en las empresas de segundo grado. El numeral 8 se refiere a las empresas de primera grado, en tanto que el numeral 9, claramente toma el numeral anterior como punto de partida, de modo que resulta claro que se refiere a sociedades de segundo grado.

No obstante, se podría argumentar que el numeral 8 se refiere a las sociedades mercantiles en las cuales “*las demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social.*” Por lo que las sociedades mercantiles que se creen de conformidad con el numeral 9 también están incluidas en el numeral 8 porque son personas referidas en el artículo 6 de la Ley.

Ahora bien, como mencionamos anteriormente, nos parece que la interpretación lógica de esos dos numerales es considerar que sólo cubren hasta las Empresas del Estado de segundo grado, sobretudo porque la redacción total del numeral 8 fue, en nuestro criterio, diseñado para cubrir exclusivamente a las Empresas del Estado de primer grado que son las que, como PDVSA, tienen la función, a través de la posesión de acciones en otras sociedades, de coordinar un determinado sector de la economía nacional.

A su vez, debemos señalar que la LOAFSP contiene normas que ayudan a construir la competencia de ciertos organismos como la Contraloría General de la República por lo que resulta un tanto extraño que las Empresas del Estado de tercer grado hayan sido excluidas del ámbito de aplicación de la LOAFSP pero no de la LOAFSP. Por otro lado, son normas que constituyen restricciones a la libertad y por lo tanto, solamente cuando la restricción es clara y expresamente dirigida a una clase de sujetos puede ser exigida. En ambos casos, las normas de este tipo deben recibir una interpretación restrictiva y la interpretación extensiva o flexible está prohibida³¹.

Esta es una conclusión importante pues si las empresas de tercer grado escapan a la regulación de la LOAFSP, esto supondría que las Empresas Mixtas del artículo 22 estarían exentas de tener que cumplir con no pocas formalidades y restricciones relativas al régimen presupuestario y a las operaciones de crédito público.

4.5. Ley de Licitaciones

La Ley de Licitaciones³², regula los procedimientos de selección de contratistas que los entes pertenecientes al sector público deben seguir. Establece, por lo tanto, una importante limitación a la capacidad de contratación de los entes regulados por esa ley. Por lo tanto, resulta sumamente importante determinar si esa ley regula a las Empresas Mixtas, toda vez que la conclusión afirmativa implicaría que estas empresas perderían (o más precisamente, no contarían) con la libertad de contratación que poseen las sociedades de derecho privado.

El artículo 2 de la Ley de Licitaciones, que transcribimos a continuación, describe los sujetos sometidos a esta ley:

Artículo 2

Están sujetos al presente Decreto Ley, los procedimientos de selección de contratistas que realicen los siguientes entes:

- 1. Los Órganos del Poder Nacional.*
- 2. Institutos Autónomos.*
- 3. Los Entes que conforman el Distrito Capital.*

³¹ Sentencia de la Sala Constitucional del 15 de noviembre de 2004, caso Unilever Andina S.A., antes Chesebrough-Pond's C.A.; Sentencia de la Sala Constitucional del 15 de junio de 2004, caso Esteban Gerbasi.

³² Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.556 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001.

4. *Las Universidades Públicas.*

5. *Las asociaciones civiles y sociedades en las cuales la República y las personas jurídicas a que se contraen los numerales anteriores tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del patrimonio o capital social del respectivo ente.*

6. *Las asociaciones civiles y sociedades en cuyo patrimonio o capital social tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%), las asociaciones civiles y sociedades a que se refiere el numeral anterior.*

7. *Las fundaciones constituidas por cualquiera de las personas a que se refieren los numerales anteriores o aquellas en cuya administración éstas tengan poder decisorio.*

8. *Los Estados, los Municipios, los institutos autónomos estatales o municipales, las asociaciones civiles y sociedades en cuyo patrimonio éstos tengan, directa o indirectamente, participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%), así como las fundaciones constituidas por cualesquiera de los entes mencionados en este numeral, o aquellas en cuya administración éstos tengan poder decisorio, cuando los precios de los contratos a que se refiere al presente Decreto Ley hayan de ser pagados total o parcialmente con fondos propios o no, incluido el situado constitucional.*

9. *Los entes que reciben subsidios o donaciones por parte del Estado o de empresas públicas o privadas.*

Son los numerales 5 y 6 los que resultan relevantes para nuestra discusión. De una manera similar a la LOAFSP, esta ley define su ámbito de aplicación a las empresas del Estado estableciendo tanto un límite cuantitativo en relación con la participación accionarial (es solamente aplicable a las empresas en donde la participación estatal es igual o mayor al 50%) y en relación con el grado. El numeral 5 evidentemente se refiere exclusivamente a las empresas de primer grado en tanto que el 6 se refiere a las de segundo grado.

A su vez, es importante destacar que en el numeral 8 se adoptó una redacción distinta en el sentido que las sociedades mercantiles allí reguladas pueden ser poseídas directa e indirectamente por los entes públicos allí descritos, por lo que si se podría por lo menos argumentar en dicho numeral y no en los numerales 5 y 6, que las empresas de tercer grado que conformen indirectamente "Los Estados, los Municipios y los institutos autónomos estatales o municipales" si deben cumplir con lo establecido en la Ley de Licitaciones.

Si como hemos mantenido hasta ahora, las Empresas Mixtas del artículo 22 son empresas de tercer grado, entonces habría que concluir que no están obligadas a cumplir con la Ley de Licitaciones y que poseen la libertad de elegir a sus contratistas a través de los mecanismos y procedimientos que deseen. Esto tiene implicaciones importantísimas que van más allá del simple aspecto procedimental.

En efecto, no solo podrán las Empresas Mixtas del artículo 22 contratar de acuerdo a políticas y procedimientos propios, sino que además, el régimen aplicable a la relación contractual será exclusivamente el régimen de derecho privado.

A todo evento, el tema de si las controversias nacidas entre una Empresa Mixta del artículo 22 y un contratista deben ventilarse por ante la jurisdicción civil o mercantil ordinarias o por ante la jurisdicción contencioso administrativa es un tema distinto, que tiene que ver con la aplicabilidad de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, tema éste que trataremos más adelante.

4.6. *Ley contra la Corrupción*

La Ley contra la Corrupción³³ (“LCC”) es en nuestro criterio una de las leyes más confusas e imprecisas de nuestro ordenamiento lo cual genera muchísimas inquietudes y muy poca seguridad jurídica. En primer término, adelantemos desde ya que resulta sumamente difícil opinar sobre su aplicabilidad a las empresas de tercer grado (y por lo tanto a las Empresas Mixtas del artículo 22), porque la ley carece de una norma que defina su ámbito de aplicación. Ciertamente el artículo 2 establece que “*Están sujetos a esta Ley los particulares, personas naturales o jurídicas y los funcionarios públicos en los términos que en es[a] Ley se establecen*”, pero esta norma no nos responde cual es ese ámbito pues simplemente se limita a referirse en términos genéricos a toda la ley.

Probablemente esto se deba a que es una ley que no pretende crear una clase específica de personas a las cuales está exclusiva o especialmente dirigida. Antes bien, parece que la vocación de esta ley es la de proteger el patrimonio público y para ello crea una serie de tipos penales que contienen, en sí mismos, la definición que los sujetos que pueden constituir el sujeto activo del delito o falta de que se trate.

³³ Gaceta Oficial N° 5.637 Extraordinario del 7 de abril de 2003.

Sin embargo, es preciso advertir que la ley pretende tener una regulación especialmente dirigida a los entes del sector público, y muy especialmente a los funcionarios públicos. Por esa razón, el legislador incluyó los artículos 3 y 4, que son normas que intentar definir lo que se entenderá por funcionario público, por una parte, y por patrimonio público, por la otra. En ambos casos, en nuestro criterio, la ley hace un trabajo muy pobre. Veamos:

Artículo 3. Sin perjuicio de lo que disponga la Ley que establezca el Estatuto de la Función Pública, a los efectos de esta Ley se consideran funcionarios o empleados públicos a:

...

2. Los directores y administradores de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con recursos públicos o dirigidas por algunas de las personas a que se refiere el artículo 4 de esta Ley, o cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio provenientes de una o varias de estas personas represente el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto o patrimonio; y los directores nombrados en representación de dichos órganos y entes, aun cuando la participación fuere inferior al cincuenta por ciento (50%) del capital o patrimonio.

Artículo 4

Se considera patrimonio público aquel que corresponde por cualquier título a:

...

10. Las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación en su capital social, así como las que se constituyen con la participación de aquéllas.

11. Las fundaciones y asociaciones civiles y demás instituciones creadas con fondos públicos o que sean dirigidas por las personas a que se refieren los numerales anteriores, o en las cuales tales personas designen sus autoridades, o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones efectuadas en un ejercicio presupuestario por una o varias de las personas a que se refieren los numerales anteriores representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto.

Se considera igualmente patrimonio público, los recursos entregados a particulares por los entes del sector público mencionados en el artículo

anterior, mediante transferencias, aportes, subsidios, contribuciones o alguna otra modalidad similar para el cumplimiento de finalidades de interés o utilidad pública, hasta que se demuestre el logro de dichas finalidades. Los particulares que administren tales recursos estarán sometidos a las sanciones y demás acciones y medidas previstas en esta Ley y en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Los anteriores artículos presentan dificultades interpretativas de consideración. Tomemos, para empezar, el concepto de patrimonio público, contenido en el artículo 4. Según esta norma, constituye patrimonio público el que corresponda a las empresas de primer grado (numeral 10) y el que corresponda a las empresas de segundo grado (numeral 10) si hacemos uso de la misma interpretación que dimos anteriormente con relación a la LOCGR en el sentido de lo que se debe entender por “*así como las que se constituyen con la participación de aquéllas*”.³⁴ Como puede verse, estas normas no dicen que las empresas de tercer grado estén sometidas a la LCC, sino algo muy distinto, esto es, que las empresas de tercer grado pueden ser consideradas patrimonio público, o por lo menos las acciones que las empresas de segundo grado poseen en las empresas de tercer grado.

La relevancia del concepto de patrimonio público es variada, toda vez que la LCC contiene varias referencias a este concepto a lo largo de su cuerpo normativo. No obstante, no resulta evidente que por el hecho de que las empresas de tercer grado sean consideradas, ellas mismas, parte del patrimonio público, esto suponga que estén sometidas a las normas de la LCC, especialmente porque de acuerdo con el artículo 1° de esa ley, el objeto de la misma está constituido por “*...el establecimiento de normas que rijan la conducta que deben asumir las personas sujetas a la misma*”. La pregunta, por lo tanto, debe ser ligeramente modificada, pues por la naturaleza de esa ley, lo relevante no es si un tipo determinado de personas jurídicas está sometido a ella, sino cuáles son las personas *naturales* sometidas a ella.

Esa es la razón por la que es relevante el artículo 3, que pretende definir quienes serán considerados funcionarios públicos a la luz de esa ley. Según el numeral 2 de ese artículo 3 son funcionarios públicos “*2. Los directores y administradores de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones, asociacio-*

³⁴ La redacción de estos dos numerales es idéntica a los numerales 9 y 10 del artículo 9 de la LOCGR.

nes civiles y demás instituciones constituidas con recursos públicos o dirigidas por algunas de las personas a que se refiere el artículo 4 de esta Ley, o cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio provenientes de una o varias de estas personas represente el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto o patrimonio; y los directores nombrados en representación de dichos órganos y entes, aun cuando la participación fuere inferior al cincuenta por ciento (50%) del capital o patrimonio.”

Si leemos cuidadosamente el numeral 2 del artículo 3 y lo comparamos con los numerales 10 y 11 del artículo 4 podemos observar que existe un total paralelismo entre ellos, sobretodo porque el lenguaje que usa el numeral 11 del artículo 4 (que no aplica a las sociedades mercantiles) es prácticamente el mismo que se usa en su mayoría en el numeral 2 del artículo 3. Si se elimina del numeral 2 del artículo 3 la frase “*de las sociedades civiles y mercantiles*” podríamos decir que el numeral 2 del artículo 3 sólo aplica a los directores y administradores de los entes referidos en el numeral 11 del artículo 4 a saber: “*Los directores y administradores de las ... fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con recursos públicos o dirigidas por algunas de las personas a que se refiere el artículo 4 de esta Ley, o cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio provenientes de una o varias de estas personas represente el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto o patrimonio;*”.

Lo anterior nos hace concluir, con las limitaciones del caso, que cuando el numeral 2 del artículo 3 se refiere a los directores y administradores, se refiere a los directores y administradores de los entes descritos en los numerales 10 y 11 del artículo 4 por lo que los directores y administradores de las Empresas del Estado de tercer grado no se deben considerar funcionarios públicos, excepto “*los directores nombrados en representación de dichos ... entes, aun cuando la participación fuere inferior al cincuenta por ciento (50%) del capital...*” en las empresas de tercer grado. Es decir, la parte final del numeral 2 del artículo 3 nos refuerza la tesis de que sólo los directores y administradores de los entes señalados en los numerales 10 y 11 del artículo 4 son los que se consideran funcionarios públicos y los que esos entes designen en otros entes como serían los que designe la correspondiente filial de PDVSA en las Empresas Mixtas del artículo 22, por lo que los directores designados por los inversionistas privados en las Empresas Mixtas del artículo 22 no se consideran funcionarios públicos.

A todo evento, por lo menos los directores y administradores de las empresas mixtas designados por la correspondiente filial de PDVSA, serán considerados funcionarios públicos a la luz de la LCC. Esta conclusión es aun más grave cuando se atiende al concepto de director y administrador que contiene el artículo 4 en su última parte:

A los fines de esta Ley deben considerarse como directores y administradores, quienes desempeñen funciones tales como:

- a) Directivas, gerenciales, supervisorias, contraloras y auditoras.*
- b) Participen con voz y voto en comités de: compras, licitaciones, contratos, negocios, donaciones o de cualquier otra naturaleza, cuya actuación pueda comprometer el patrimonio público.*
- c) Manejen o custodien almacenes, talleres, depósitos y, en general, decidan sobre la recepción, suministro y entrega de bienes muebles del ente u organismos, para su consumo.*
- d) Movilicen fondos del ente u organismo depositados en cuentas bancarias.*
- e) Representen al ente u organismo con autoridad para comprometer a la entidad.*
- f) Adquieran compromisos en nombre del ente u organismo o autoricen los pagos correspondientes.*
- g) Dicten actos que incidan en la esfera de los derechos u obligaciones de los particulares o en las atribuciones y deberes del Estado.*

Las disposiciones de la presente Ley se aplican a las personas indicadas en este artículo, aun cuando cumplan funciones o realicen actividades fuera del territorio de la República.

Por lo tanto, no sólo son considerados funcionarios públicos a los efectos de esa ley a los directores y administradores que normalmente se calificarían como tal sino que, además, las funciones que se definen como típicas de este tipo de funcionarios se extienden a áreas que van mucho más allá de la comúnmente identificada con las tareas de administración y dirección.

Sin ánimos de exhaustividad, las implicaciones que hemos identificado como más relevantes para los directores y administradores que califican como funcionarios públicos son, *grosso modo*, las siguientes:

- ▶ Los funcionarios públicos tienen el deber de presentar una declaración jurada de patrimonio dentro de los 30 días luego de su designación al

- cargo y 30 días luego de su retiro del mismo (Artículos: 23 y 24).
- ▶ Aquellas personas obligadas a presentar una declaración jurada de patrimonio deben colaborar con las autoridades y permitirles la inspección de libros, cuentas bancarias, documentos y facturas (Artículo 27).
 - ▶ La Contraloría General de la República puede requerir a las embajadas que entreguen información necesaria para comprobar la veracidad de las declaraciones juradas de patrimonio, de acuerdo con los tratados internacionales aplicables (Artículo 29).
 - ▶ Los funcionarios están al servicio del Estado y no de parcialidad política o económica alguna. En consecuencia, no podrán destinar el uso de los bienes públicos o los recursos que integran el patrimonio público para favorecer a partidos o proyectos políticos, o a intereses económicos particulares (Artículo 13).
 - ▶ El nombramiento y remoción o destitución de los funcionarios públicos no podrá estar determinado por afiliación u orientación política alguna y se realizará de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes.
 - ▶ El aumento desproporcionado de la riqueza de un funcionario público en relación con sus ingresos, que no pueda ser justificado, constituye un delito contra el Patrimonio Público. Todo enriquecimiento ilícito debe ser retornado al Patrimonio Público (Artículos 46 y 51). Este delito es castigado con prisión de 3 a 10 años más una multa que puede variar entre el 20% y el 60% del valor de los bienes objeto del delito (Art. 52).
 - ▶ La ley también castiga a los funcionarios públicos cuando están incurso en otros crímenes contra el patrimonio público, con pena de prisión que varía entre los 6 meses a diez años (*Vid.* artículo 52 y ss.).

No obstante lo dicho anteriormente, de conformidad con el Artículo 74 de la LCC todos los administradores, directores, principales y auditores internos de la Empresa Mixta que, en ausencia de estados financieros debidamente aprobados, o en contradicción a dichos estados financieros, declare, cobre o pague falsos beneficios o dividendos o distribuya dividendos que no deban ser distribuidos, será castigado con prisión de 1 a 5 años.

Igualmente, de conformidad con el Artículo 75, todos los comisarios, administradores, directores o principales de personas jurídicas en las que

tenga interés algún órgano o ente público (Es decir, de una Empresa Mixta) que, a falta de balance legalmente aprobado, en disconformidad con él o con base a balances insinceros, declaren, cobren o paguen utilidades ficticias o que no deban distribuirse, serán penados con prisión de 1 a 5 años.

La aplicación de esta ley, a nuestro entender, será la de mayor relevancia para la actividad diaria de las Empresas Mixtas del artículo 22 pues, independientemente, de que, en nuestro criterio, en su mayoría sólo aplique a los directores y administradores designados por la correspondiente filial de PDVSA, toda la compañía deberá trabajar en función de que esos directores y administradores cumplan a cabalidad con sus funciones.

4.7. *Ley de Conservación y Mantenimiento de los Bienes Públicos*

La Ley de Conservación y Mantenimiento de los Bienes Públicos (“LCM-BP”)³⁵ establece obligaciones a los entes del sector público relacionadas con el mantenimiento y conservación de sus bienes. Esta ley vino a derogar la Ley sobre Conservación y Mantenimiento de las Obras e Instalaciones Públicas, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 33.257 de fecha 3 de julio de 1985, que había de alguna forma entrado en el olvido de la gestión diaria de la administración pública.

En nuestro criterio, esta ley sí es aplicable a las empresas de tercer grado, de acuerdo a lo que dispone el numeral 7 del artículo 4 que transcribimos a continuación:

Artículo 4. Están sujetos a las regulaciones de esta Ley, con las especificidades que la misma establece, los entes y órganos que conforman el sector público y los privados destinados al servicio público, enumerados seguidamente:...

7. Las sociedades mercantiles, en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios, los entes y órganos descentralizados funcionalmente a los que se refiere la Ley que Regula la Organización de la Administración Pública Nacional, solos o conjuntamente, tengan una participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social.

Según este numeral, la ley es aplicable a las sociedades mercantiles en las cuales los entes descentralizados funcionalmente a que se refiere la “Ley

³⁵ Publicada en la Gaceta Oficial N° 38.756 del 28 de agosto de 2007.

que Regula la Organización de la Administración Pública Nacional” tengan una participación igual o mayor al 50%. Pareciera que la ley a la que se refiere este artículo es la LOAP, pues esta ley tiene, ciertamente, normas relativas a la organización de la administración pública nacional. De ser así, entonces hay que concluir que esta ley es aplicable a todas las Empresas del Estado, sin importar el grado en que se ubiquen, toda vez que, tal como ya expusimos, la LOAP no establece limitaciones en ese sentido al definir a las Empresas del Estado de cualquier grado como entes de la administración descentralizada funcionalmente.

Las Empresas Mixtas del artículo 22, por lo tanto, estarían obligadas a cumplir con ciertos estándares y obligaciones tales como la de colaborar con la Superintendencia Nacional de Mantenimiento y Participación Ciudadana para la Conservación y Mantenimiento de los Bienes Públicos y Privados de Uso Público (Art. 21) y emitir reportes semestrales sobre los programas que lleven a cabo para esa colaboración.

Igualmente, deberán cumplir con el Manual de Mantenimiento de Inmuebles, el cual será dictado por el Superintendente Nacional de Mantenimiento y Participación Ciudadana para la Conservación y Mantenimiento de los Bienes Públicos y Privados de uso Público (Art. 26), ente otras obligaciones de similar naturaleza.

4.8. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

Ante cuál jurisdicción se ventilarán las controversias que se susciten entre las Empresas Mixtas del artículo 22 y terceras personas, es un tema muy importante de analizar. El numeral 24 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (“LOTSJ”)³⁶, que transcribimos a continuación, otorga competencia a la Sala Político Administrativa para:

Conocer de las demandas que se propongan contra la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República ejerza un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, si su cuantía excede de setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.);

Ya hemos comentado anteriormente como parte de la jurisprudencia sobre Empresas del Estado se desarrolló a la luz de la interpretación de una

³⁶ Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.942 del 19 de mayo de 2004.

norma similar y que sin duda es la antecesora de esta. Se trata del antiguo numeral 15 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia el cual otorgaba competencia a la Sala Político Administrativa para conocer de las acciones que se propongan contra las empresas en las que *“el Estado tenga participación decisiva, si su cuantía excede de cinco millones de bolívares, y su conocimiento no está atribuido a otra autoridad.”*

En aquella oportunidad expusimos que la Sala Político Administrativa modificó su criterio inicial según el cual solamente las empresas en las cuales la República tenía una participación directa podían ser demandadas por ante esa Sala³⁷. Más adelante, en cambio, la Sala modificó su criterio para extender el concepto de empresas con participación decisiva del Estado, a empresas de segundo grado.³⁸

Ahora bien, hasta donde conocemos, el concepto nunca se extendió a empresas de tercer grado. Por esa razón, debemos preguntarnos si la actual fórmula empleada por la LOTSJ debe o no extenderse a esta clase de empresas.

Si consideramos que la jurisdicción contencioso administrativa es un foro privilegiado, debemos entonces analizar la aplicación de esa jurisdicción a las Empresas Mixtas del artículo 22, desde la perspectiva que se trata de un privilegio. A su vez, no existe duda que la redacción del numeral 24 del artículo 5 de la LOTSJ es poco clara lo cual presenta, de entrada, la fuente para una objeción: las normas que atribuyen competencias deben ser claras y precisas, y cuando no lo son, deben interpretarse de manera restrictiva. Por lo tanto, si entendemos, como ya dijimos, que el fuero contencioso administrativo es un fuero privilegiado, deberíamos concluir que el otorgamiento de ese privilegio debe ser expreso y claro, y que por lo tanto, la ausencia de una norma legal expresa en tal sentido debe llevarnos a concluir que el privilegio no ha sido otorgado. Así concluyó la Sala Constitucional en un reciente fallo:

“Ahora bien, sin perjuicio de lo antes expuesto, esta Sala considera necesario aclarar, tanto a la accionante como a la primera instancia

³⁷ Ver nota al pie N° 10.

³⁸ En opinión de Brewer-Carías, la evolución jurisprudencial de la Sala Político Administrativa para incluir empresas de segundo grado fue la apropiada. Vid. Brewer-Carías, Allan, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas 2004, p. 209.

constitucional, que sostuvieron que la Compañía Anónima de Electricidad del Centro, C.A. (ELECENRO) como empresa del Estado ostenta las mismas prerrogativas de la República, en el sentido de que la no comparecencia de ésta a la audiencia preliminar debió entenderse como contradicha, así como el impedimento de ser condenada en costas, que tal afirmación es incorrecta.

En este sentido debe señalarse que si bien es cierto que la Ley Orgánica de Administración Pública consagró la aplicación de los privilegios procesales a entes distintos a la República, como es el caso de los Institutos Autónomos (artículo 97), tal normativa no hizo extensivo dicho privilegio a las denominadas empresas del Estado, ya que es menester aclarar que para que tal privilegio sea aplicable a determinado ente público es necesario que exista expresa previsión legal al respecto.

La referida ley dedica una sección a las empresas del Estado, dirigido a establecer su forma de creación y la legislación que las rige, pero no le otorga, como si lo hace de forma directa a los institutos autónomos, tales privilegios y prerrogativas.

En atención a los razonamientos expuestos, se observa que en el caso de autos, como se señaló supra la parte demandada Compañía Anónima Electricidad del Centro (ELECENRO), es una sociedad mercantil con personalidad jurídica propia, constituida ante el Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, cuyo principal accionista es C.A.D.A.F.E. En consecuencia, considera la Sala que a dicha compañía Estatal no le son aplicables los privilegios establecidos en los artículos 66 y 74 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en razón de que la Ley Orgánica de la Administración Pública no hizo extensivo los mismos privilegios y prerrogativas de la República a las denominadas Empresas del Estado, las cuales gozarán de dicho privilegio sólo cuando la Ley expresamente así lo establezca. (Sentencia del 14 de diciembre de 2006, caso Jean Carlos Forghiery Reyes).

No obstante, curiosamente, la propia Sala Constitucional sostuvo el criterio contrario en un fallo posterior:

“En cuanto a la denuncia de que la falta de contestación de la demanda dio lugar a la presunción de confesión, se evidencia del fallo dictado

por el Tribunal Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Nor-Oriental que, efectivamente, dicho tribunal no aplicó el privilegio previsto en el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República según el cual, y a pesar de la falta de contestación de la demanda, las pretensiones en ella planteadas se tienen por contradichas, por lo que condenó a Puertos de Anzoátegui, S.A. sin exigir la prueba de las afirmaciones de la parte demandante. La norma del artículo 49 establece lo siguiente: 'Cuando el Procurador General de la República, los Directores, Adjuntos y Auxiliares no asistan a los actos de contestación de demandas intentadas contra la República o de excepciones que le hayan sido opuestas, se tendrán unas y otras como contradichas en todas sus partes, sin perjuicio de la responsabilidad que dicha omisión comporte para los referidos funcionarios'; esta Sala ha entendido aplicable, a su vez, a los entes descentralizados funcionalmente, como no podría ser de otro modo, visto los intereses públicos que éstos gestionan (ver sentencia n° 1240/2000, caso: Nohelia Sánchez). La decisión objeto de revisión también es revisable por esta razón, pues afectó el derecho a la defensa de Puertos Anzoátegui, S.A., con la consecuente afectación del principio de eficacia establecido en el artículo 141 constitucional. Así se establece”.

“Al respecto y cónsono con el precedente supra transcrito, observa la Sala, que el Tribunal Superior no aplicó el privilegio previsto en el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República según el cual, y a pesar de la falta de contestación de la demanda, las pretensiones planteadas en contra de la referida empresa estatal se tienen por contradichas, razón por la cual el fallo dictado por el Tribunal Primero Superior para el Régimen Procesal Transitorio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui debe ser anulado, pues tal privilegio constituye un elemento de orden público dados los intereses públicos involucrados.” (Sentencia del 26 de febrero de 2007, caso PDVSA Petróleo S.A.).

Como se puede observar de los fallos anteriores, la jurisprudencia de la Sala Constitucional sobre el tema de la extensión a las empresas del Estado de los privilegios otorgados a la República resulta algo confusa. Sin embargo, creemos que la Sala Político Administrativa tenderá a apoyarse en el segundo de los criterios transcritos y no en el primero en el supuesto

de que una Empresa Mixta del artículo 22 sea demandada, toda vez que "los intereses públicos involucrados" serán considerados como el factor que controle el criterio de atribución de competencia.

Además, aun cuando las Empresas Mixtas del artículo 22 son empresas en donde el Estado no es el único accionista, posee en todos los casos hasta ahora conocidos, una participación en el capital social que nunca es menor al 60% y evidentemente, la participación accionaria de la República directa en PDVSA e indirecta en CVP, le otorga a la República, si bien indirectamente, una participación decisiva en esas empresas.

Creemos, sin embargo, que sería una interpretación equivocada de la norma, por las mismas razones que ya esbozamos más arriba, esto es, que se trata de una norma atributiva de competencia que no debe ser interpretada de manera extensiva sino restrictiva. Además, por tratarse el contencioso administrativo de un fuero privilegiado, el goce del mismo debe ser otorgado a través de una norma expresa y precisa.

4.9. Ley de Arbitraje Comercial

Otro tema de suma importancia lo constituye la aplicabilidad de la Ley de Arbitraje Comercial³⁹ a los contratos que suscriban las Empresas Mixtas del artículo 22. En muchos casos, los contratistas de Empresas del Estado desean incluir en sus contratos una cláusula de arbitraje, especialmente en aquellos contratos de envergadura y de ejecución prolongada en el tiempo. En este sentido, las Empresas Mixtas del artículo 22 necesitarán contar con una base legal segura para garantizar que las cláusulas de arbitraje que incluyan en sus contratos no serán declaradas nulas o inejecutables en el futuro.

El artículo 4 de esa ley, contiene una importante limitación aplicable a las empresas en donde el Estado posea una participación accionarial superior o igual al 50%. La referida norma establece lo que sigue:

Artículo 4. Cuando una de las partes de un acuerdo arbitral sea una sociedad donde la República, los Estados, Los Municipios y los Institutos Autónomos tengan una participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, dicho acuerdo requerirá

³⁹ Publicada en la Gaceta Oficial N° 36.430 del 7 de abril de 1998.

para su validez la aprobación del órgano estatutario competente y la autorización por escrito del Ministro de tutela. El acuerdo especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, que en ningún caso será menor de tres (3).

Según esta norma, los acuerdos arbitrales deberán contar con la aprobación del órgano estatutario competente para obligar a la empresa así como del Ministro de tutela. No obstante, nos parece bastante claro que esta norma no es aplicable a empresas de tercer grado, pues solamente se refiere a las sociedades donde entes públicos tengan participación accionarial (empresas de primer grado) y a aquellas donde estas últimas, a su vez, tengan participación (empresas de segundo grado).

V. RÉGIMEN CAMBIARIO APLICABLE A LAS EMPRESAS MIXTAS DE LA LOH

En virtud de que el régimen cambiario no está delimitado por un solo texto normativo, hemos decidido dedicar un capítulo especial al mismo.

Las normas de control de cambios incluyen una gran cantidad de disposiciones que constituyen el régimen de control de cambios ordinario aplicable a la generalidad de los entes del sector privado. Igualmente, dichas normas de control de cambios incluyen algunas disposiciones particulares aplicables a los entes del sector público⁴⁰ que constituyen el régimen de control de cambios ordinario aplicable a la generalidad de dichos entes, salvo que por vía excepcional estén sujetos a un tratamiento especial en materia cambiaria. Dentro de los entes del sector público que están sujetos a un tratamiento especial en materia de control de cambios se encuentran PDVSA y sus empresas filiales⁴¹.

⁴⁰ Para fines del régimen del control de cambios, los entes del sector público son aquellos incluidos en el artículo 6 de la LOAFSP.

⁴¹ De conformidad con el régimen de control de cambios especial aplicable a PDVSA y sus empresas filiales, dichos entes únicamente pueden abrir y mantener cuentas bancarias denominadas en divisas fuera de Venezuela en caso que hayan obtenido la opinión previa favorable para ello del Banco Central de Venezuela ("BCV") y hasta por el monto máximo que, según nuestra interpretación, determine el BCV en dicha opinión previa favorable, siendo que PDVSA y sus empresas filiales sólo podrían utilizar dichos fondos en divisas para realizar sus pagos operativos en el exterior y de inversión.

Por otra parte, PDVSA y sus empresas filiales pueden celebrar contratos denominados en divisas, facturar en divisas, recibir pagos en divisas en las mencionadas cuentas ban-

Por otra parte, dichas normas de control de cambios incluyen una disposición que otorga un tratamiento especial para: (a) las empresas creadas en virtud de convenios de asociación suscritos por PDVSA bajo el marco de la derogada Ley de Nacionalización de 1975, y (b) las empresas mixtas a las que se refiere la LOH y la Ley de Gas. Dicha disposición es el artículo 5 del Convenio Cambiario N° 9^{42, 43}

carías, pero en tal supuesto están obligados a: (a) repatriar a Venezuela y vender al BCV al tipo de cambio oficial las divisas que obtengan por sus exportaciones de hidrocarburos (salvo en la medida en que dichas divisas puedan ser válidamente mantenidas en las mencionadas cuentas bancarias por contar con la previa opinión favorable del BCV) en la medida en que sean necesarias para atender sus gastos operativos y de funcionamiento en Venezuela y las contribuciones fiscales requeridas en virtud de la ley, y (b) transferir mensualmente al Fondo de Desarrollo Nacional (FONDEN), una sociedad mercantil del Estado adscrita al Ministerio de Finanzas (según nuestra interpretación, a título gratuito, es decir, sin recibir contraprestación a cambio de dicha transferencia), el resto de las divisas que obtengan (que no sean repatriadas a Venezuela y vendidas al BCV, y que no sean válidamente mantenidas en las mencionadas cuentas bancarias por contar con la previa opinión favorable del BCV).

Finalmente, PDVSA y sus empresas filiales están sujetas a ciertas limitaciones para realizar pagos y desembolsos en divisas. En este respecto, dichos entes sólo pueden realizar pagos y desembolsos en divisas: (a) en la medida en que dichas divisas puedan ser válidamente mantenidas en las mencionadas cuentas bancarias por contar con la previa opinión favorable del BCV, y se utilicen para realizar sus pagos operativos en el exterior y de inversión, y (b) en caso que dichos pagos y desembolsos se deriven, según nuestra interpretación, de contratos de obras o contratos de servicios celebrados con entes domiciliados en Venezuela en los cuales los pagos deban realizarse en divisas, siempre y cuando tales pagos y desembolsos se utilicen para pagar el llamado "componente externo" del contrato (el cual está definido como: (i) el valor de los bienes y repuestos incluidos en la estructura de costos cuya propiedad o uso sea transferido a PDVSA y sus empresas filiales, siempre que no sean fabricados en Venezuela y sean necesarios para el desarrollo de estos últimos entes, y (ii) los gastos de mantenimiento de los bienes indicados en el numeral (i) y los servicios requeridos para el desarrollo de las operaciones de PDVSA y sus empresas filiales, cuando para la prestación de los mismos se requieran conocimientos, tecnologías o asesorías no disponibles en Venezuela).

⁴² Publicado en la Gaceta Oficial N° 38.318 del 21 de noviembre de 2005.

⁴³ Esta disposición derogó y dejó sin efecto el antiguo régimen de control de cambios especial aplicable a: (a) las "empresas constituidas o que se constituyan para desarrollar las actividades a que se refiere la LOH", y (b) las "empresas constituidas o que se constituyan para desarrollar las actividades a que se refiere la Ley de Hidrocarburos Gaseosos", el cual estaba contenido en tres disposiciones específicas (a saber, los artículos 30 y 31 del Convenio Cambiario N° 1, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.653 de fecha 19 de marzo de 2003, y el artículo 4 del Convenio Cambiario N° 7, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.936 de fecha 12 de mayo de 2004). Adicionalmente, al comparar esta disposición con las disposiciones del antiguo régimen de control de cambios especial ahora derogadas, se evidencia que aquella disposición modificó substancialmente los tipos de entes dedicados al área de petróleo o gas a los cuales se le aplica un régimen de control de cambios especial.

Finalmente, las Empresas Mixtas del artículo 22 ya creadas, en virtud de lo establecido en el artículo 33 y siguientes de la LOH, tienen un régimen de cambios especialísimo previsto en el Acuerdo de la Asamblea Nacional que autorizó su creación⁴⁴. Régimen que pudiera cambiar en futuras Empresas Mixtas de así decidirlo la Asamblea Nacional.

A primera vista y debido a su especial naturaleza jurídica, pareciera que las Empresa Mixtas del artículo 22 pudieran calificar al mismo tiempo bajo varias de las categorías de entes anteriormente mencionadas y que, en consecuencia, pudiera estar sometida a los distintos regímenes de control de cambios que son aplicables a cada una de esas categorías de entes. En este respecto, pudiera pensarse que una Empresa Mixta del artículo 22 está sometida al régimen de control de cambios genéricamente aplicable a los entes del sector público, al régimen de control de cambios especial aplicable a PDVSA y sus empresas filiales, al régimen de control de cambios especial aplicable a las Empresas Mixtas a las que se refiere la LOH, al régimen de control de cambios especial específicamente aplicable a cada una de las Empresas Mixtas de conformidad con el Acuerdo de la Asamblea Nacional que autorizó su creación, o a una combinación de varias o todas las anteriores alternativas.

Sin embargo, en nuestra opinión, consideramos que el régimen de control de cambios aplicable a las Empresas Mixtas del artículo 22 ya constituidas es el contenido en el término y condición número 4 del Acuerdo de la Asamblea Nacional que constituye el régimen de control de cambios especial específicamente aplicable a ellas, complementado (sólo en la medida en que su aplicación o interpretación no esté en conflicto o contradicción con aquel término y condición) por el artículo 5 del Convenio Cambiario N° 9, que otorga un tratamiento especial en materia de control de cambios a las “empresas mixtas a las que se refiere la LOH”.

En este respecto, hacemos notar que: (a) el régimen de control de cambios específicamente aplicable a las Empresas Mixtas del artículo 22 ya creadas está contenido en un acuerdo de la Asamblea Nacional mientras que (b)

⁴⁴ Ver los distintos Acuerdos de la Asamblea Nacional en: Gaceta Oficial N° 38.798 de 29 de octubre de 2007; Gaceta Oficial N° 38.706 de 15 de junio de 2007; Gaceta Oficial N° 38.696 de 1° de junio de 2007; Gaceta Oficial N° 38.529 de 25 de septiembre de 2006; Gaceta Oficial N° 38.474 de fecha 7 de julio de 2006; Gaceta Oficial N° 38.430 de fecha 5 de mayo de 2006.

el régimen de control de cambios genéricamente aplicable a los entes del sector público, el régimen de control de cambios especial aplicable a PDVSA y sus empresas filiales y el régimen de control de cambios especial aplicable a las Empresas Mixtas a las que se refiere la LOH están contenidos en convenios cambiarios, resoluciones del Banco Central de Venezuela ("BCV") y providencias administrativas de la Comisión de Administración de Divisas ("CADIVI").

El Acuerdo de la Asamblea Nacional es un acto del poder legislativo nacional que, aun cuando técnicamente no es una ley, tiene el rango y jerarquía de una ley por ser de aplicación directa de la Constitución⁴⁵. Esta interpretación sobre el rango y jerarquía de los acuerdos dictados por el poder legislativo nacional está fundamentada en sentencias de la Corte Suprema de Justicia (y del actual Tribunal Supremo de Justicia)⁴⁶, las cuales han indicado que los acuerdos del Congreso (que era el órgano legislativo nacional de conformidad con la derogada Constitución de 1961) se dictan fundamentándose en los poderes que la Constitución expresa y directamente le confiere a dicho órgano legislativo nacional y que, por ende, poseen el rango y jerarquía de una ley.

Por su parte, los convenios cambiarios, resoluciones del BCV y providencias administrativas de CADIVI son actos administrativos de rango sub-legal. Esta interpretación sobre el rango y jerarquía de los convenios cambiarios ha sido confirmada en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia⁴⁷.

⁴⁵ Dicha conclusión fue adoptada al referirse a los acuerdos del Congreso (que era el órgano legislativo nacional anterior a la actual Asamblea Nacional) en Dictámenes de Alejandro Rodríguez Cirimele, Albano Provenzali Heredia y Jesús María Casal Montbrun, Procedimiento Parlamentario para la Aprobación de Contratos de Interés Nacional, Imprenta del Congreso de la República de Venezuela, Caracas, 1973.

⁴⁶ Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 14 de septiembre de 1993 en el caso Carlos Andrés Pérez; sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de fecha 2 de julio de 1998 en el caso Ramón Machuca Coro y otros; sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 16 de mayo de 2000 en el caso C.V.G. Venezolana de Ferrosilicio, C.A.

⁴⁷ Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 20 de septiembre de 1984 en el caso Rosalío Montero Guevara. Esta conclusión se encuentra implícita en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 17 de agosto de 2004 en el caso sobre la nulidad de los artículos 7 (numeral 6), 33, 110 y 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela, el Convenio Cambiario N° 1 y otros decretos y providencias relacionadas con el régimen de control de cambios.

Finalmente, debemos resaltar que el artículo 33 de la LOH claramente señaló que *“las empresas mixtas se registrarán por [ese] Ley y, en cada caso particular, por los términos y condiciones establecidos en el Acuerdo que conforme a la ley dicte la Asamblea Nacional”* por lo que la propia LOH le dio preeminencia al Acuerdo de la Asamblea Nacional sobre el resto de la normativa legal.

Basados en los anteriores argumentos, el régimen de control de cambios contenido en el Acuerdo de la Asamblea Nacional constituye el régimen aplicable a las Empresas Mixtas del artículo 22 ya creadas con preferencia al régimen de control de cambios contenido en cualesquiera convenios cambiarios, resoluciones del BCV y providencias administrativas de CADIVI.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir necesariamente que el régimen de control de cambios aplicable a una Empresa Mixta del artículo 22 ya creada sea únicamente el contenido en el Acuerdo de la Asamblea Nacional. En nuestro criterio, creemos que los convenios cambiarios, resoluciones del BCV y providencias administrativas de CADIVI son actos de menor rango y jerarquía que podrían servir para desarrollar las normas en materia cambiaria contenidos en el Acuerdo de la Asamblea Nacional, en la medida en que sean aplicables y su aplicación o interpretación no esté en conflicto o contradicción con esas normas (por cuanto en caso de conflicto o contradicción entre las normas del Acuerdo de la Asamblea Nacional y las normas de cualquiera de dichos convenios cambiarios, resoluciones del BCV y providencias administrativas de CADIVI, deben prevalecer las normas del Acuerdo de la Asamblea Nacional).

En este respecto, de entre las actuales normas del régimen de control de cambios contenidas en convenios cambiarios, resoluciones del BCV y providencias administrativas de CADIVI, las normas que podrían aplicar a las Empresas Mixtas del artículo 22 ya creadas para complementar las normas contenidas en el Acuerdo de la Asamblea Nacional serían las normas del régimen de control de cambios especial aplicable a las Empresas Mixtas a las que se refiere la LOH por ser normas generales de aplicación especial a todas las Empresas Mixtas a las que se refiere la LOH, creadas o por crearse a saber, las contenidas en el artículo 5 del Convenio Cambiario N° 9.

En virtud de lo anterior, en nuestro criterio, a las Empresas Mixtas del artículo 22 no le aplican: (a) el régimen de control de cambios ordinario

aplicable a la generalidad de los entes del sector privado, (b) el régimen de control de cambios ordinario aplicable a la generalidad de los entes del sector público, ni (c) el régimen de control de cambios que otorga un tratamiento especial en materia de control de cambios a PDVSA y sus empresas filiales. Por el contrario, en nuestra opinión, a dichas Empresas Mixtas del artículo 22 sí le aplican: (a) el régimen de control de cambios especial específicamente aplicable a ellas contenido en el Acuerdo de la Asamblea Nacional, complementado (sólo en la medida en que su aplicación o interpretación no esté en conflicto o contradicción con dicho Acuerdo de la Asamblea Nacional) por (b) el régimen de control de cambios especial aplicable a las empresas mixtas a las que se refiere la LOH.

Según lo indicado anteriormente, en nuestra opinión, consideramos que el régimen de control de cambios aplicable a las Empresas Mixtas del artículo 22 ya creadas es el contenido en el término y condición número 4 del Acuerdo de la Asamblea Nacional complementado por el artículo 5 del Convenio Cambiario N° 9.

De conformidad con el término y condición 4⁴⁸ del Acuerdo de la Asamblea Nacional:

4. *La Empresa Mixta deberá vender a PDVSA Petróleo, S.A., o a cualquier otra de las empresas referidas en el artículo 27 del Decreto*

⁴⁸ Este es el texto que se ha utilizado en la mayoría de los Acuerdos de la Asamblea Nacional, sin embargo hemos sustituido el nombre de la respectiva Empresa Mixta por el término "Empresa Mixta". A su vez, debemos indicar que en las últimas Empresas Mixtas que se han creado por razón de la migración de los Convenios de Asociación para desarrollar la Faja Petrolífera del Orinoco, se utilizó un lenguaje un tanto diferente, pero esencialmente igual en lo que respecta al régimen cambiario:

La Empresa Mixta en forma prioritaria mejorará el petróleo crudo pesado y extrapesado producido por ella y comercializará, venderá y exportará a precios de mercado internacional el petróleo crudo mejorado y cualquier otro producto resultante del mejoramiento del petróleo crudo. La Empresa Mixta, deberá vender a PDVSA Petróleo, S.A., o a cualquier otra de las empresas referidas en el artículo 27 de la LOH que sea designada por PDVSA Petróleo, S.A., todo el petróleo crudo pesado y extrapesado que produzca en exceso de su capacidad de mejoramiento en ese momento y todos los demás hidrocarburos naturales que extraiga y no utilice en la ejecución de sus operaciones, con excepción de petróleo crudo mejorado en instalaciones de terceros y la regalía en especie, si fuese aplicable conforme a lo establecido en el artículo 45 de la LOH, y del gas natural asociado que sea vendido a PDVSA Gas, S.A. Salvo los pagos por la venta de gas asociado a PDVSA Gas, S.A., los pagos por ventas de petróleo crudo mejorado, petróleo crudo pesado y extrapesado y otros productos deberán ser realizados a la Empresa Mixta en dólares de los Estados Unidos de América, los cuales la Empresa Mixta podrá mantener en cuentas bancarias en el extranjero y utilizar para pagar todas las obligaciones cuyo pago deba realizarse

con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos que sea designada por PDVSA Petróleo, S.A., todos los hidrocarburos que produzca y no consuma en la ejecución de sus operaciones, con excepción de la regalía en especie si fuese aplicable conforme a lo establecido en el artículo 45 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, y del gas natural asociado que PDVSA Petróleo, S.A., o su filial no acepte recibir. Salvo los pagos por la venta de gas metano destinado para el mercado nacional, los pagos por la venta de dichos hidrocarburos deberán ser realizados a la Empresa Mixta, en dólares de los Estados Unidos de América, los cuales la Empresa Mixta, podrá mantener en cuentas bancarias en el extranjero y utilizar para pagar todas las obligaciones cuyo pago deba realizarse fuera del territorio de la República Bolivariana de Venezuela, incluyendo, precio de compra de equipos adquiridos en el extranjero, servicio de deuda y honorarios de contratistas y proveedores, así también como el pago de dividendos, reducciones de capital, repago de prima y cualquier otra suma que deba pagarse a los accionistas.

Por su parte, de conformidad con el artículo 5 del Convenio Cambiario N° 9:

Artículo 5. Las empresas creadas en virtud de los convenios de asociación suscritos por Petróleos de Venezuela S.A. bajo el marco de la derogada Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos y las empresas mixtas a las que se refiere la Ley Orgánica de Hidrocarburos y la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, podrán mantener en el exterior cuentas en divisas en instituciones bancarias o de similar naturaleza, por concepto de los ingresos recibidos, con el fin de efectuar los pagos y desembolsos que corresponda realizar fuera de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo seguimiento deberá efectuar el Banco Central de Venezuela, el cual dictará la regulación correspondiente. El resto de las divisas, será de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela, al tipo de cambio fijado de conformidad con el artículo 6 del Convenio Cambiario N° 1 del 5 de febrero de 2003.

fuera del territorio de la República Bolivariana de Venezuela, incluyendo, precio de compra de equipos adquiridos en el extranjero, servicio de deuda y honorarios de contratistas y proveedores, así también como el pago de dividendos, reducciones de capital, repago de prima y cualquier otra suma que deba pagarse a los accionistas. Vid. Gaceta Oficial N° 38.798 de 29 de octubre de 2007.

Las empresas a las que se refiere el presente artículo no tendrán derecho a obtener divisas otorgadas por el Banco Central de Venezuela destinadas a cubrir sus obligaciones y pagos en moneda extranjera; y quedan sujetas, en cuanto al régimen establecido en este artículo, a los mecanismos de seguimiento por parte del órgano competente de acuerdo con las leyes que las rigen.

De acuerdo con ambas disposiciones, la Empresa Mixta del artículo 22 está expresa o implícitamente facultada para: (a) abrir y mantener cuentas bancarias denominadas en divisas fuera de Venezuela; (b) celebrar contratos denominados en divisas; (c) facturar en divisas; (d) recibir pagos en divisas en las mencionadas cuentas bancarias (ya sean los pagos en divisas recibidos de PDVSA Petróleo, S.A. por la venta de los hidrocarburos que produzca y no consuma en la ejecución de sus operaciones, o cualquier otro tipo de ingreso en divisas) y mantener las divisas así recibidas en las mismas; y (e) realizar pagos y desembolsos en divisas (incluyendo, sin que constituya limitación, los pagos en divisas por la compra de equipos adquiridos en el extranjero, los pagos en divisas de deuda, los pagos en divisas de los honorarios de contratistas y proveedores, y los pagos en divisas por concepto de dividendos, reducciones de capital, repago de prima y cualquier otra suma que deba pagarse a los accionistas), siempre y cuando dichos pagos y desembolsos deban realizarse fuera de Venezuela.

Sin embargo, en virtud del artículo 5 del Convenio Cambiario N° 9 (que, en nuestra opinión, es aplicable sólo en la medida en que su aplicación o interpretación no esté en conflicto o contradicción con el término y condición 4 del Acuerdo de la Asamblea Nacional), la Empresa Mixta del artículo 22: (a) está obligada a repatriar a Venezuela y vender al BCV al tipo de cambio oficial el resto de las divisas que mantenga en las mencionadas cuentas bancarias y que no se relacionen con pagos y desembolsos en divisas que deban realizarse fuera de Venezuela, y (b) le está prohibido solicitar y obtener divisas al tipo de cambio oficial a través de CADIVI y el BCV.

En este respecto, si bien el término y condición 4 del Acuerdo de la Asamblea Nacional no hace referencia a la obligación de repatriación y venta al BCV de divisas, ni a la prohibición legal de solicitar y obtener divisas a través de CADIVI y el BCV, creemos que dicha obligación de repatriación y venta al BCV de divisas y dicha prohibición legal de solicitar

y obtener divisas a través de CADIVI y el BCV son aplicables a por cuanto el artículo 5 del Convenio Cambiario N° 9 estaría desarrollando en estos temas al mencionado término y condición 4 y que no existiría un conflicto o contradicción entre ambas disposiciones.

VI. CONCLUSIÓN

Como hemos observado, a las Empresas Mixtas del artículo 22 les aplica un régimen mixto de derecho privado y de derecho público pero y a pesar que de conformidad con la LOAP se consideran Empresas del Estado, la realidad es que a diferencia de las Empresas del Estado a que se refiere la propia LOH, es decir, PDVSA y sus filiales, y las demás Empresas del Estado de primer y segundo grado, el régimen de derecho público aplicable es mas tenue y distante, por lo que debemos concluir que las Empresas Mixtas del artículo 22 se rigen, fundamentalmente, por la LOH, por el Acuerdo de la Asamblea Nacional que autorizó su constitución y por el derecho privado y, subsidiariamente, por ciertas disposiciones contenidas en leyes de Derecho de Público.

La Reserva del Estado en Materia de Hidrocarburos. Historia Petrolera Venezolana. Período: Pre- colonial - 1948

Pedro Pablo Freitez Méndez
Msc. Abogado y Politólogo
(Venezuela)¹

SUMARIO: I. Presentación; II. Evolución histórica de la reserva al Estado en materia de hidrocarburos en Venezuela: 1. *La Tierra de Gracia (Período Pre-colonial)*, 2. *La Colonia*, 3. *La República. Primera Etapa. 1829-1864*, 4. *Segunda Etapa Republicana. 1864-1948*; III. Conclusiones; IV. Bibliografía.

¹ Pedro Pablo FREITEZ MÉNDEZ: Magíster Scientiarum en Desarrollo Local egresado de la Universidad de los Andes – Venezuela. Abogado Cum Laude egresado de la ULA. Politólogo Cum Laude egresado de la ULA. Diplomado en Derecho de los Hidrocarburos y Minería. Universidad Monteávila. Consultor Jurídico de SUELOPETROL, C.A., S.A.C.A. Ex-Consultor Jurídico de la Empresas Mixtas Petrocabimas, S.A., Baripetrol, S.A. y Lagopetrol, S.A. filiales de PDVSA. Profesor de los Post-grados en “Desarrollo Local” y “Desarrollo Rural Integrado” de la ULA. Autor de diversas publicaciones entre las cuales destaca: “El proceso de Rururbanización en la Venezuela Petrolera” 2004 publicado por CYTED-Naciones Unidas. “La expansión urbana y el control del desarrollo. Competencias Municipales”. 2002 ULA. Ha participado como conferencista en diversos congresos nacionales e internacionales.

I. PRESENTACIÓN

El petróleo como recurso estratégico actualmente es uno de los factores determinantes del acontecer mundial. Los diversos Estados que constituyen la comunidad internacional establecen relaciones y alianzas teniendo como soporte este imprescindible recurso. Venezuela no escapa de tal realidad, por el contrario en las últimas décadas se ha posicionado como un actor que ha servido de referencia para gran parte de los países productores de hidrocarburos. Ahora bien, la madurez que hasta el momento ha podido alcanzar Venezuela en materia petrolera es expresión de aciertos y desaciertos que se han materializado a través de la historia. El conocer la historia, y muy especialmente la historia petrolera venezolana, permite valorar el presente y concebir estrategias para el futuro, de ahí la importancia de conocerla a profundidad.

En este sentido, la presente publicación pretende realizar un análisis de la evolución de la reserva del Estado en materia de hidrocarburos, por medio de dos herramientas metodológicas: la investigación documental realizada por medio de un arqueo bibliohemerográfico y la aplicación del método crítico evaluativo para narrar cronológicamente los hechos que han marcado un hito dentro de la memoria nacional petrolera.

La investigación tiene un hilo conductor estrictamente jurídico, sin embargo, por ser un trabajo histórico el mismo debe estar delimitado en el tiempo, de esta manera, la investigación comienza en el período pre-colonial y culmina en el año 1948. El período de estudio se ha sub-dividido en las siguientes etapas: 1. La Tierra de Gracia (Período Pre-colonial), 2. La Colonia, 3. La República. Primera Etapa 1829-1864, y 4. Segunda Etapa Republicana 1864-1948. Cada una de las etapas se corresponde con la evolución de la reserva del Estado en materia de hidrocarburos, es así como durante la primera etapa no existía el Estado ni el derecho de propiedad; en la segunda etapa los hidrocarburos pertenecen a la Corona; en la tercera etapa gracias al decreto de 1829 del Libertador, los hidrocarburos pertenecen a la República; y durante la cuarta etapa, de acuerdo con lo plasmado en la constitución de 1864, a cada Estado le corresponde la libre administración de sus productos naturales. Al respecto se destaca que durante el desarrollo de esta última etapa, se aborda la evolución que experimentó la administración de las minas y los hidrocarburos.

Por otra parte, se trató en todo momento de respetar la extensión prevista para esta publicación. En tal sentido, en una próxima entrega, el autor desarrollará la Historia Petrolera Venezolana y la Reserva al Estado en Materia de Hidrocarburos, desde la segunda mitad del siglo XX hasta la actualidad.

De igual forma, hay que destacar que diversos hechos políticos importantes sólo fueron referidos tangencialmente, en primer lugar con la intención de resumir y, en segundo lugar, para no desvirtuar el objeto de estudio.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESERVA AL ESTADO EN MATERIA DE HIDROCARBUROS EN VENEZUELA

Pretender realizar un estudio jurídico de la evolución histórica de la industria petrolera en Venezuela pasa por valorar el posicionamiento de un rubro (el petróleo) durante más de cinco siglos, las relaciones derivadas de la tierra, el posterior surgimiento del derecho de propiedad a partir de la colonia y las relaciones derivadas del mismo durante las repúblicas, así como también, las innumerables legislaciones que han tenido por objeto regular las dinámicas inherentes al sector objeto de estudio, las cuales tradicionalmente no han estado ajenas a ciertos acontecimientos políticos y económicos de carácter mundial.

1. La Tierra de Gracia (Período Pre-colonial)

Originalmente existía una relación de adhesión entre la tierra y nuestros pobladores originarios. El hombre consideraba que formaba parte de la madre tierra y en consecuencia, no existía el derecho de propiedad sobre la misma. Con el encuentro de dos mundos, el europeo impone un sistema de dominación radicalmente opuesto, la tierra y todo lo que forma parte de ella pasa a estar subordinada al hombre, con lo cual se introduce en el nuevo mundo el derecho de propiedad, que debía ajustarse a las regulaciones emanadas de la Corona.

2. La Colonia

El 9 de diciembre de 1526 Carlos I, Rey de España, promulgó un edicto real sobre minería, conforme al cual se le atribuye a la Corona el derecho de propiedad sobre las minas metalíferas (oro, plata, estaño, plomo, etc.) de las tierras descubiertas. Dentro del mencionado edicto, al igual que en los siguientes instrumentos (Declaración Real del 17 de diciembre de 1551, Ordenanza de

San Lorenzo del 22 de agosto de 1584 y Leyes de Indias), no se incluyen los hidrocarburos. Lo anteriormente plasmado, deja en evidencia que durante los primeros siglos de la Colonia, los hidrocarburos que se encontraban en la superficie o en el subsuelo pertenecieron al propietario del suelo.

El 22 de mayo de 1783 el Rey Carlos III dicta en Aranjuez, la Ordenanza de Minería para la Nueva España. Dicha ordenanza ratifica el principio contemplado en los instrumentos anteriores, es decir, que las minas son propiedad de la Corona, pero introduce dos importantes innovaciones, ya que consagra la potestad del Rey de otorgar concesiones e incluye bajo el dominio de la Corona, las minas no metálicas que posteriormente conoceremos como hidrocarburos. De hecho, según lo contemplado en la mencionada ordenanza se le atribuye al Rey la facultad de otorgar concesiones para “descubrir, solicitar, registrar y denunciar no solo las minas de oro y plata, sino cualesquiera otros fósiles, ya sean metales perfectos o medios minerales, bitúmenes o jugos de la tierra.” La Real Cédula del 27 de abril de 1784 ordena la aplicación en la Intendencia de Venezuela de la Ordenanza de Minería para la Nueva España, y a partir de ese momento se comienza a aplicar el Sistema Regalista, según el cual “...los yacimientos mineros pertenecen al Soberano, teniendo por objeto satisfacer las personales necesidades de los príncipes, quienes pueden concederlos a los súbditos mediante ‘mercedes reales’, en virtud de las cuales los interesados se obligan a prestar a los señores determinadas regalías”². Dicho sistema se mantendrá durante toda la colonia e incluso se prolongará hasta bien entrada la República.

Las raíces o el origen remoto del Sistema Regalista podría ubicarse en el derecho romano antiguo, específicamente a la época del imperio, ya que los Emperadores imponen a aquellos que explotan minas existentes en la propiedad de otro, la obligación de pagar un tributo al aerarium público y otro tributo al propietario de la superficie. Bajo ese esquema el propietario tiene derecho a explotar las minas, el tercero lo adquiere siempre que pague un décimo al propietario del suelo y otro décimo al príncipe, impuesto que da origen al derecho de regalía. Este derecho de regalía fue traslado a la legislación francesa y a la española y de esta última lo toma la legislación patria³.

² Planchart en E. AMORER, *El régimen de la explotación minera en la legislación venezolana*. Colección Estudios Jurídicos. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana. N° 45, p. 269.

³ Ídem.

3. La República. Primera Etapa. 1829-1864

Durante la primera etapa republicana, la actividad minera era un negocio poco rentable en el país; es por ello que no se apreciaba una legislación sobre el particular. El único basamento legal que se aplicaba sobre minas era el decreto dictado en Quito el 24 de Octubre de 1829 por el Libertador Simón Bolívar, donde ratificaba la aplicación de las ordenanzas de mineras dictadas por el Rey Carlos III en Aranjuez el 22 de Mayo de 1783. Ordenanzas que como se ha indicado supra, consagran el régimen regalista. En tal sentido, el artículo 1 del Decreto de 1829 dispone: "Conforme a las leyes, las minas de cualquiera clase, corresponden a la República, cuyo Gobierno las concede en propiedad y posesión a los ciudadanos que las pidan, bajo las condiciones expresadas en las Leyes y Ordenanzas de Minas, y con las demás que contiene este Decreto"⁴.

En lo que respecta a la propiedad de las minas, Rufino González Miranda sostiene que "El Libertador declaró, y este es el mayor mérito de su trascendental Decreto, que la propiedad de las minas corresponde a la República, con lo cual las minas de petróleo y demás combustible como todas las otras minas, pasaron del dominio Real de la Corona de España, al dominio de la República, no como una simple consecuencia del cambio del régimen político, sino en virtud de una declaración expresa emanada de la correspondiente autoridad legítima"⁵.

En 1832, una vez que Venezuela se separa de la Gran Colombia, el naciente Congreso Nacional en fecha 29 de abril, dicta una resolución donde establece que conforme al mencionado Decreto del Libertador, las ordenanzas de Nueva España de 1783, son las que deben regir. Dichas ordenanzas estuvieron vigentes hasta el 15 de marzo de 1854, cuando se promulga el primer Código de Minas, el cual tenía entre sus cometidos regular los recientes descubrimientos de minas de oro a las márgenes del río Yuruari a 250 kilómetros de Ciudad Bolívar. El mencionado código en perfecta correspondencia con el Sistema Regalista imperante, establecía que el derecho de explotar y explorar minas se obtenía por el sistema de denuncia, que consistía en que cualquier ciudadano nacional o extranjero con el hecho de denunciar el hallazgo de una mina, el Estado estaba obligado a concederle

⁴ *Ibidem*, p. 241.

⁵ Citado en Isabel BOSCÁN, *La Actividad Petrolera y la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos*. 2000, p. 38

el derecho exclusivo de explorar y explotar las minas sin más limitaciones que los trámites o requisitos previstos en esas leyes.

Cinco años más tarde, es decir en 1859, comienza en EE.UU. lo que en la historia de los hidrocarburos se denomina el origen de la actividad petrolera. En consecuencia, es en ese país donde se origina la estructura normativa que va a regular la actividad petrolera. Dicha actividad exige regular la relación que puede existir entre el productor directo y el propietario del área que será explotada, la cual dependerá de los derechos que pueda tener el propietario del terreno, sobre los recursos existentes en el subsuelo. En EE.UU. al igual que en Inglaterra, el propietario privado de un área, también lo es de las riquezas que puedan existir en el subsuelo. Es así, como surge en EE.UU. la necesidad de establecer el porcentaje de regalía (royalty); derecho que como ya lo hemos mencionado, se remontan al derecho romano antiguo. La regalía o el pago que el explotador directo le hace al propietario del recurso, se estableció recurriendo al criterio de equidad, es decir, se le debía otorgar igual participación en las ganancias, al propietario y al productor.

De este modo fue como se llegó a la regalía de 1/8 (12,5% de la producción del yacimiento o su valor monetario para el propietario) en EE.UU. Aproximadamente en 1870 se calculaba que la producción de petróleo en Pensilvania aportaba un beneficio total de 1/4 (25%) del precio comercial; de allí que 1/8 para el productor y 1/8 para el propietario, representaba una distribución igualitaria entre ambos. De igual forma para los yacimientos de mayor productividad, como fue el caso de Ohio, se calculaba que el beneficio era de 1/3 (33,33%), lo que significaba una regalía de 1/6 (16,66%) dado el criterio de equidad.⁶

Habiendo abordado un aspecto tan importante para la actividad petrolera, como lo es la regalía, se continúa abordando la evolución histórica, no sin antes dejar claro, que por fuerza de la costumbre y por la carencia de criterios aplicables a cada una de las realidades existentes en el mundo, el parámetro estadounidense para la estimación de la regalía, logra imponerse durante las siguientes décadas.

Continuando con el hilo conductor, se destaca la Guerra Federal (1859 - 1863), cuya culminación da paso a la promulgación de una nueva cons-

⁶ MOMMER, B. en Luis España y Osmel Manzano, *Temas de Formación Sociopolítica, Venezuela y su Petróleo. El origen de la renta*, p. 32.

titudin en 1864, la cual es expresi3n de un federalismo exacerbado que textualmente le atribuye a las Entidades Federales la administraci3n de las minas, y que impl3citamente le atribuye la propiedad de las mismas, las que hasta entonces correspond3a a la Rep3blica.

4. Segunda Etapa Republicana. 1864-1948

La Constituci3n de los Estados Unidos de Venezuela de 1864 establec3a en su art3culo 13 lo siguiente: ... los Estados que forman la uni3n venezolana se obligan: (*omissis*) ... 16) A dejar a cada Estado la libre administraci3n de sus productos naturales.⁷

Las atribuciones asignadas (constituci3n de 1864) a las Entidades Federales, adicionalmente a una atribuci3n impl3cita de la propiedad de las mismas, gener3 situaciones que condujo a serios enfrentamientos entre los Gobiernos Estatales y el Ejecutivo Federal, ya que los primeros comenzaron a crear sus propios C3digos de Minas, y a otorgar concesiones mineras. Un ejemplo de ello es la primera conces3n minera otorgada pro el General Jorge Sutherland, Presidente del Estado Zulia.

A fin de corregir los enfrentamientos entre el Gobierno de la Federaci3n y Entidades Federales, la Constituci3n de 1881, igualmente de corte federalista, en su art3culo 13 establece lo siguiente:

Los Estados de la Federaci3n Venezolana se obligan ... (omissis)

15. A ceder al Gobierno de la Federaci3n la administraci3n de las minas, terrenos bald3os y salinas, con el fin de que las primeras sean regidas por un sistema de explotaci3n uniforme, y que los segundos se apliquen en beneficio de los pueblos. ... (omissis)

32. A tener como renta propia de los Estados ... (omissis) ... Las dos terceras partes de lo que produzcan las minas... (omissis) ... administradas por el Poder Federal; y a distribuir esa renta entre todos los Estados de la Federaci3n en proporci3n a la poblaci3n que cada uno tenga.⁸

La mencionada constituci3n transfiere al gobierno de la federaci3n la administraci3n de las minas, y por otra parte, les reconoce a los Estados como renta propia las dos terceras partes de lo que produzcan las minas, recursos que ser3n distribuidos entre todos los Estados de la Federaci3n. En

⁷ Constituci3n de los Estados Unidos de Venezuela de 1864. En: Isabel BOSC3N, *Ob. cit.*, p. 39.

⁸ *Ibidem*, p. 41.

este último aspecto, se encuentra el origen de lo que hoy se entiende como el principio rector de la Ley de Asignaciones Económicas Especiales LAEE.

Posterior a la Constitución de 1881, se dictan diversas constituciones que son expresión de las transformaciones que se van gestando a lo largo de la historia, y conforme a cada una de estas constituciones se promulgaron diversos códigos de minas, pero merece particular atención el Código de Minas del 23 de enero de 1904, ya que en el mismo por primera vez se emplea en la legislación el término “hidrocarburos” y los mismos se incluyen dentro de las minas, y por otra parte, se excluye del régimen del denuncia a los hidrocarburos. La eliminación del régimen del denuncia, que estuvo vigente desde el primer Código de Minas de 1854 hasta el de 1904, trae consigo un importante cambio en la incipiente política petrolera venezolana, ya que a partir de este momento se deja de aplicar en materia de hidrocarburos el Sistema Regalista para comenzar a implementar el Sistema Dominial, que “es aquél en virtud del cual las minas pertenecen al Estado y caen en consecuencia dentro de su total disponibilidad”⁹.

La “total disponibilidad” a la cual se refiere González-Berti engloba la potestad del Estado de decidir en qué ocasiones y a quiénes otorga el derecho de explorar y explotar. Es así como, el artículo 5 del referido código establece: “No podrán explotarse las minas ni aún por el propietario del suelo, sin que preceda una concesión del Ejecutivo Federal”.

La Ley de Minas del 14 de agosto de 1905, igualmente contemplaba el Sistema Dominial y el régimen de concesiones, es así como conforme a la misma se otorgaron cuatro concesiones de gran importancia en el futuro desarrollo petrolero: Vigas (en el Distrito Colón del Estado Zulia), Jiménez de Arraiz (en los Distritos Acosta y Zamora en los Estados Falcón y Lara), Aranguren (en los Distritos Bolívar y Maracaibo del Estado Zulia) y Planas (en el Distrito Buchivacoa del Estado Falcón). Estos títulos se transfirieron a la Colon Development, Venezuelan Oil Concessions, North Venezuelan Petroleum y British Controlled, y en 1912 la concesión Valladares es transferida a la Caribbean Petroleum.¹⁰

⁹ Luis GONZÁLEZ-BERTI, *Compendio de Derecho Minero Venezolano*. p. 135.

¹⁰ Coordinación de Servicios Bibliotecarios y de Archivos. Noviembre 1990. Ministerio de Energía y Minas.

Los grandes hallazgos continuaron indicando perspectivas cada vez más prometedoras. Las recomendaciones sobre explotaciones no se hicieron esperar, entre ellas se encontraban “la perforación de un pozo exploratorio en el anticlinal de Mene Grande, al este del Lago de Maracaibo. Este pozo recomendado, en abril de 1914, una vez completado bajo la denominación de Zumaque 1, se convirtió en el primer descubrimiento de petróleo de importancia en el país”.¹¹ No obstante, no existía un verdadero control sobre las concesiones ya que Venezuela carecía de una ley que regulara verdaderamente la actividad petrolera.

En los años siguientes ya está culminando la segunda década del siglo XX, y el petróleo se ha posicionando como un rubro estratégico. Finalizada la Primera Guerra Mundial, los principales yacimientos conocidos de petróleo en el mundo se encontraban en EE.UU. y los mismos estaban orientados a satisfacer el consumo interno de ese país. Es así como las economías europeas se orientaron a buscar países abastecedores de petróleo. Entre la lista de países figuraban como posibles abastecedores: México, Rusia y Persia (hoy Irán), sin embargo, la inestabilidad que experimentaba México tras el derrocamiento de Porfirio Díaz (1911), la revolución Bolchevique en Rusia (1917), y la distante ubicación de Irán, hicieron que la atención se centrara en Venezuela.

Frente a un escenario de carentes instrumentos reguladores y considerando el interés de diversos inversionistas, Gumersindo Torres en 1917 en su condición de Ministro de Fomento, sostiene que no se debe seguir otorgando derechos de explotación sin programación y objetivos definidos. En este orden de ideas, el 27 de junio de 1918 se prepara la reforma de la Ley de Hidrocarburos y en su artículo 3 se estableció lo siguiente:

- La explotación de las minas de petróleo, betún, brea, ozoquerita, nafta, carbón (hulla, antracita, lignito) y demás minerales combustibles, se hará por administración directa del Ejecutivo Federal o por medio de arrendatarios y a este fin se le faculta para dar en arrendamiento dichas minas, pero en ningún caso podrá conceder derechos reales sobre ellas.

Seguidamente el 9 de octubre de 1918 entra en vigencia el Decreto que reglamenta el carbón, petróleo y sustancias similares, en el cual apareció

¹¹ Guillermo RODRÍGUEZ, “Evolución de la Industria Petrolera en Venezuela” en *Sembrando el petróleo: 100 años de historia*, p. 35.

por primera vez el principio de reversión, sin pago de mejoras de ninguna especie de la mina, el cual incluye todas las edificaciones, maquinarias y demás obras conexas.

Gumersindo Torres manifiesta su preocupación por lo que posteriormente se conocería en nuestra legislación como regalía, que como se ha indicado supra, ya había sido regulado en Estados Unidos a mediados del siglo anterior. Tal preocupación la manifiesta en los siguientes términos:

En Venezuela nada percibe el fisco por la explotación de los yacimientos petroleros en terrenos nacionales, fuera del impuesto corriente que se aplica indistintamente a las explotaciones (...) Así pues, en Venezuela hay impuestos, pero nada pagan las empresas por el derecho mismo a la explotación, como en todas las otras naciones tienen que hacerlo, ora a los propietarios del suelo, comprándoles carísimas tierras petroleras, ora al Estado mismo, si el terreno es baldío, mediante especiales estipulaciones contractuales¹²

Adicionalmente a la preocupación por la regalía, Torres manifiesta que se debe reivindicar al propietario del terreno donde se encuentran los yacimientos, pese a estar consciente del carácter estatal de todos los yacimientos en Venezuela. “Lo que pedía para los dueños de terrenos era el derecho preferencial a obtener concesiones en sus tierras, de tal forma que con el posterior traspaso de estas concesiones a las compañías, es decir, al servir de intermediario entre el Estado y las compañías, obtuvieran un beneficio que debía ser interpretado como renta del suelo”¹³

Para Vicente Lecuna la tesis sostenida por Gumersindo Torres era inadmisibles ya que la misma implicaba un significativo retroceso; por una parte pretendía reconocerle al propietario de los terrenos derechos que solo correspondían al Estado por ser el propietario de los yacimientos, y por otra parte, pretendía otorgarle al propietario de los terrenos un derecho preferencial para obtener concesiones petroleras, lo cual implicaba la reinstauración del Sistema Regalista.

¹² Memoria del Ministerio de Fomento, 1920; XVIII-XXII en: MOMMER y BATISTA. La capacidad de absorción del capital en el pensamiento económico venezolano. PDVSA-IESA, p. 5.

¹³ ESPAÑA, L. y MANZANO, O (2003). Temas de Formación Sociopolítica, Venezuela y su Petróleo. El origen de la renta. N° 10. Centro Gumilla, p. 22.

El debate que Torres y Lecuna se va a reflejar en la Ley de Hidrocarburos de 1920, la cual fue promulgada el 9 de octubre, y contenía entre otros aspectos, el reconocimiento implícito del Sistema Regalista. La pretensión de reinstaurar el Sistema Regalista era una contradicción de fondo, sobre todo partiendo del hecho que el mundo acaba de salir de la primera guerra mundial, “periodo en el cual se comprobó que ciertas sustancias y minerales, debían estar en manos del Estado para los altos fines de la defensa nacional, y no sometidos, en virtud de la legislación, al arbitrio de los particulares”¹⁴

Con aciertos y contradicciones (Sistema Regalista) la Primera Ley de Hidrocarburos sólo tuvo vigencia por el término de 347 días, ya que las compañías petroleras protestaron su acción ante el propio General Juan Vicente Gómez, porque esta nueva Ley contempló el incremento de la renta, el aumento de las áreas de reservas nacionales y la disminución de la lista de artículos de libre importación. Con base en determinadas inconsistencias en el texto legal, más la negativa a adquirir derecho particular, las empresas actuaron concertadamente hasta lograr la sanción de una nueva Ley de Hidrocarburos el 2 de junio de 1921 y otra más condescendiente aún, el 9 de junio de 1922, de completa aceptación por parte de las compañías extranjeras.¹⁵

La Ley de Hidrocarburos de 1921 eliminó la obligatoriedad de otorgar los permisos de exploración y explotación. La Ley de 1922 declara de utilidad pública las actividades petroleras y con ello restablece claramente el Sistema Dominal. De hecho, el artículo 2 del referido instrumento señala textualmente lo siguiente:

El derecho de explorar, explotar, manufacturar, refinar y transportar, en la forma expresada, las sustancias a que se refiere el artículo anterior, se obtendrá por medio de concesiones que otorgará el Ejecutivo Federal.

Las concesiones no otorgan la propiedad de los yacimientos, sino el derecho de explotarlos y explorarlos en los términos que determine esta ley¹⁶

¹⁴ Luís GONZÁLEZ-BERTI, *Ob. cit.*, p. 134.

¹⁵ Coordinación de Servicios Bibliotecarios y de Archivos. Noviembre 1990. Ministerio de Energía y Minas.

¹⁶ Ley de Hidrocarburos de 1922 en Isabel BOSCÁN, *Ob.cit.*, p. 58.

El año 1922 marcó un hito en la historia nacional petrolera, el impactante reventón del pozo Los Barrosos 2 en el campo La Rosa aledaño a Cabimas, “arrojó a la atmósfera durante nueve días una columna de petróleo de unos cien metros de altura, estimada en unos 100.000 barriles diarios, que podía ser observada desde una veintena de kilómetros a la redonda”.¹⁷ Para finales de la década del 20, el petróleo era el principal rubro de nuestra economía y el número de compañías petroleras pasaba del centenar, es así como en pleno crash del 29, la producción petrolera venezolana “alcanzó unos 375.000 barriles diarios, convirtiéndose Venezuela en el segundo productor del mundo y en el mayor exportador”.¹⁸ Sin embargo, la explotación se realizaba de forma desordenada y destructiva en las áreas de mayor importancia.

Para entonces, Gumersindo Torres fue designado nuevamente como Ministerio de Fomento, y dentro de esa cartera ministerial instruyó a las compañías concesionarias a pagar el impuesto por servicios de boyas en el Lago de Maracaibo y corregir las fallas en sus hospitales. Para supervisar y lograr materializar esa iniciativa decidió crear un cuerpo de funcionarios denominado Servicio Técnico.

Con la muerte de Juan Vicente Gómez, el Presidente Eleazar López Contreras asume la rediscusión del tema petrolero, y con ella aprueba el 5 de agosto de 1936, un conjunto de reformas a la Ley de Hidrocarburos, que generó ciertos conflictos entre las compañías concesionarias y el Estado venezolano. Entre las reformas se destacan los siguientes aspectos: se indemnizaba por daños y perjuicios a los ocupantes de los terrenos baldíos que eran destinados a la explotación petrolera, se dictaron medidas dirigidas a mejorar la protección de la salud de los trabajadores e igualmente, medidas dirigidas a fomentar la participación de la fuerza laboral nacional, exigiendo que el 90% de los obreros, el 50% de los empleados técnicos y el 75% de los empleados de oficina ocupados fueran venezolanos.

No obstante, la Ley de Hidrocarburos de 1936 no logra satisfacer el interés del Estado de participar más activamente en la actividad de petrolera, y consecuentemente, obtener mayores beneficios. Es por esa razón que durante la gestión ministerial de Manuel R. Egaña se propone una nueva reforma a la Ley de Hidrocarburos, que fue aprobada el 13 de julio de 1938.

¹⁷ Guillermo RODRÍGUEZ, *Ob. cit.*, p. 35.

¹⁸ *Ídem*

Al siguiente año, explota la Segunda Guerra Mundial, período durante el cual Venezuela se consolidó como el tercer productor del mundo y el primer exportador para esos años. Lo anteriormente esbozado, le otorga al Estado un poder negociador privilegiado, situación que Medina Angarita supo aprovechar para llevar a feliz término una serie de negociaciones dirigidas a reivindicar los intereses nacionales.

Las diversas Leyes de Hidrocarburos que existieron desde 1920 hasta 1938, hicieron que cada una las concesiones otorgadas estuviesen regidas por el instrumento bajo el cual fueron aprobadas, es decir, por la ley que estaba en vigencia para el momento en que fue otorgada la concesión. Esto planteó la necesidad de homogeneizar todas las concesiones bajo el esquema que contempla el proyecto de Ley que se estaba gestando. Para alcanzar tal cometido el Estado abrió un margen de negociación donde ofrecía cancelar todas las concesiones a cambio de otorgar nuevas concesiones por un lapso de cuarenta años, estableciendo la reversión de la industria al Estado al vencer las conexiones en el año 1983.

Bajo el escenario planteado el 13 de marzo de 1943 el Congreso de los Estados Unidos de Venezuela sancionó, la Ley de Hidrocarburos, cuyas mayores reivindicaciones fueron las siguientes:

-Se estableció una regalía del 16 $\frac{2}{3}$ % sobre la producción total para todas las concesiones, al igual que el nivel de renta más alto en EE.UU.

-Las compañías petroleras reconocerían expresamente la soberanía positiva del Estado venezolano, fijándose un impuesto sobre la renta de 12% sobre las ganancias de las compañías, de acuerdo a lo contemplado en la recién aprobada Ley de Impuesto Sobre la Renta de 1942.

-Se obligaba a las industrias petroleras extranjeras a construir grandes refinerías en el país.¹⁹

Una valoración en retrospectiva permite destacar los aciertos de la Ley de Hidrocarburos de 1943 que aplicada articuladamente con la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1942, permite imponer por primera vez a las empresas petroleras la obligación de pagar impuesto sobre la renta, y que por otra parte, fomenta la construcción de las refinerías.

¹⁹ ESPAÑA y MANZANO, *Ob. Cit.*, p. 29.

De acuerdo con España y Manzano, el esquema de la nueva ley en correspondencia con la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1942, “garantizaba al Estado una repartición 60:40 de las ganancias. Según los cálculos –para esos años se estimaba que una regalía de 16 2/3% representaba por sí sola una repartición del 50:50 de las ganancias; sumándose el Impuesto sobre la renta la proporción llegaba aproximadamente a 60:40”²⁰

El 20 de octubre de 1945 la Junta Revolucionaria precedida por Rómulo Betancourt, nombra a Juan Pablo Pérez Alfonso como Ministro de Fomento, cargo que ejerció hasta febrero de 1948, cuando asumió la Presidencia de la República Rómulo Gallegos, quien lo ratifica en esa cartera ministerial. En su condición de Ministro de Fomento estableció por primera vez la política denominada “no más concesiones petroleras”, y fue el actor que propone la reforma a la Ley de Impuesto sobre la Renta, con la que se pretendía establecer la fórmula del FIFTY-FIFTY (50-50), de reparto del excedente petrolero entre el Fisco Nacional y las compañías concesionarias extranjeras.

El escenario favorable garantizado por la Ley de Hidrocarburos de 1943 en perfecta articulación con la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1942 se mantiene solo hasta el año 1948, fecha en que se sanciona una nueva Ley de Impuesto sobre la Renta, que altera los parámetros impositivos complementados en la redacción de la Ley de Hidrocarburos de 1943. Entre las razones por las cuales se decidió implementar un ajuste fiscal, destaca el desarrollo de los yacimientos del Medio Oriente una vez culminada la Segunda Guerra Mundial.

La posibilidad que el Medio Oriente pudiera ofrecer condiciones más favorables que las venezolanas, hace que la nueva Ley de Impuesto sobre la Renta tenga entre sus cometidos garantizar una repartición del 50:50 como mínimo entre el Estado y las compañías petroleras. Para alcanzar tal nivel la nueva Ley realiza lo siguiente:

Fija un impuesto adicional a ser aplicado solo cuando la participación del Estado –es decir, la suma indiferenciada de la regalía, Impuesto sobre la Renta e Impuestos menores– no alcance el 50% de las ganancias de las compañías. Con esta medida y ante una situación específica del mercado internacional, el mismo Estado se –auto-colocó– un techo de participación en las ganancias, lo que eliminó la autonomía que había

²⁰ Ibidem, p. 30.

ganado al lograr que las compañías reconocieran su derecho de fijar soberanamente la tasa de impuesto. Sin duda fue un logro económico a corto plazo, pero una derrota política.²¹

Producto de la institucionalización definitiva del sistema democrático y de la promoción que este último le otorgó a “los aciertos petroleros”, el fifty-fifty ha pasado a la memoria colectiva del venezolano como la primera gran reivindicación en materia petrolera. No obstante, el estudio exhaustivo de la historia demuestra que la primera gran reivindicación petrolera se remonta a la Ley de Hidrocarburos de 1943 y a la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1942.

Sin embargo, la promoción que realizó el gobierno sobre el fifty-fifty permitió que el mismo trascendiera las fronteras venezolanas, “convirtiéndose por más de una década en el modelo que regularía la participación de los Estados de los países productores en el negocio petrolero”,²² todo ello gracias a los contactos, acercamiento y visitas de buena voluntad realizados en 1949 por una misión oficial petrolera venezolana a los países del Medio Oriente. Lo anteriormente plasmado deja en evidencia la evolución que ha experimentado la sociedad venezolana en materia petrolera, al dejar de ser un país productor propietario de inmensos recursos, para detentar un rol protagónico en el ámbito petrolero internacional, de hecho, una década más tarde en el Primer Congreso Árabe de petróleo Venezuela estaba promocionando una institución que definitivamente cambió el rumbo de la historia, la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP).

III. CONCLUSIONES

La presente investigación estuvo dirigida a valorar en cuatro grandes períodos como ha sido la evolución de la reserva del Estado en materia de hidrocarburos. Se partió de un primer período pre-colonial, seguido del esquema de dominación que impuso la Colonia, para posteriormente abordar en un tercer período la reivindicación que realiza el Libertador en el decreto de 1829 al establecer que los hidrocarburos pertenecen a la República, y finalmente, se desarrolla un cuarto período que abarca desde

²¹ *Ibidem*, p. 32.

²² Luis LANDER, “Venezuela: Fortunas y penas de un país petrolero” en Luis Lander, Poder y petróleo en Venezuela, p. 13.

1864 hasta 1948, el cual estuvo caracterizado en un principio por un federalismo exacerbado que condujo a serios enfrentamientos entre los Gobiernos Estatales y el Ejecutivo Federal, ya que los primeros comenzaron a crear sus propios Códigos de Minas, y a otorgar concesiones mineras. Es en este último período cuando comienza propiamente la historia petrolera venezolana, de hecho en el Código de Minas de 1904, se emplea por primera vez dentro de la legislación el término “hidrocarburos”.

Los diversos instrumentos jurídicos que contemplaban principios rectores y que a la vez venían a regular los hidrocarburos y las actividades inherentes a los mismos fueron expresión de tesis políticas que en “líneas generales” (salvadas excepciones resaltadas en el desarrollo de la investigación) a medida que evolucionaba la centuria pasada, se orientaban hacia un discurso nacionalista. Es así como se resalta la ley de minas de 1943, como instrumento que marcó un hito dentro del desarrollo de Venezuela como país petrolero.

Finalmente se destacaron los aciertos y desaciertos de la política petrolera con el firme propósito de contribuir desde una postura estrictamente académica al fortalecimiento de la conciencia nacional.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AMORER, E. *El régimen de la explotación minera en la legislación venezolana*: Colección Estudios Jurídicos. Caracas, s/f. Editorial. Jurídica venezolana. N° 45.
- BOSCÁN, Isabel. *La Actividad Petrolera y la Nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos*. Caracas, Ediciones FUNEDA, 2002.
- ESPAÑA Luis y MANZANO Osmel. Venezuela y su petróleo. El origen de la renta” en *Temas de Formación Sociopolítica*. Centro Gumilla. Publicaciones UCAB, 2003. N° 10.
- GONZÁLEZ-BERTI, LUIS. *Compendio de Derecho Minero Venezolano*. Mérida. Publicaciones de la Dirección de Cultura de la Universidad de Los Andes, 1957.
- LANDER, LUIS E. *Poder y Petróleo en Venezuela*. Caracas, Faces-UCV, PDVSA, 2003.
- PÉREZ ALFONSO, JUAN P. *El Pentágono Petrolero*. Caracas, Ediciones Revista Política, 1967.
- _____, *Sembrando el Petróleo. 100 años de Historia*. Caracas, Fundación Venezuela Positiva, FONCIED, 2001.

La Integración Vertical en el Mercado Interno de los Hidrocarburos

*Jonás González*¹
(Venezuela)

SUMARIO: I. Introducción; II. Integración Vertical y la Libre Competencia en la Comercialización de Derivados de Hidrocarburos: 2.1. *Aspecto positivo o benigno de la Integración vertical*; 2.2. *El aspecto negativo o maligno de la integración vertical*; 2.3. *El esquema de la LOAMIH*; III. Reconocimiento expreso de la integración vertical: 3.1. *La nueva visión del mercado interno según la vigente LOH*; 3.2. *Mercado controlado*; IV. La integración vertical es legal en el mercado interno: 4.1. *Una misma persona*: 4.1.1. *Integración Vertical por Grupo de Empresa*; 4.2. *Las políticas las fija en MENPET*; V. Separación Jurídica como condición para la integración vertical; VI. Separación Contable como condición para la integración vertical; VII. Conclusión; VIII. Bibliografía.

¹ Profesor de Petróleo Aguas Abajo. Diplomado de Derecho de los Hidrocarburos y Minas, UMA. Master en Derecho Mercantil; Master en Derecho Procesal. PAG, IESA. Gerente Legal de BP Oil Venezuela Limited.

ABREVIATURAS

- LOAMIH:** Ley Orgánica de Apertura del Mercado Interno de la Gasolina y Otros Combustibles Derivados de los Hidrocarburos Para Uso en Vehículos Automotores
- LOH:** Ley Orgánica de Hidrocarburos
- LPPLC:** Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia
- MENPET:** Ministerio Popular de Energía y Petróleo
- PDVSA:** Petróleos de Venezuela, S.A.

I. INTRODUCCIÓN

Es errado determinar a priori que una concentración económica es indefectiblemente una práctica que restringe la libre competencia y que favorece las posiciones dominio en todo o en parte del mercado. No es prudente someter las concentraciones económicas a prohibiciones legales como regla y a su autorización por vía excepcional mediante la obtención del permiso del ente gubernamental llamado por ley a ello, siendo este control previo una práctica que solo restringe las libertades económicas y el principio de la buena fe. Por demás, estas normativas prohibitorias, por lo general solo limitan el accionar de los empresarios de buena fe y cuyas prácticas se ajustan a las reglas del juego, en contraposición a los que actúan de mala fe, para quienes contar con autorizaciones y papeles es un mero detalle que no los detendrá en el ejercicio de sus prácticas desleales, posiblemente logradas a través de asociaciones o alianzas a la sombra.

En ocasiones pareciera que pertenecer a una empresa o grupo de empresas que está verticalmente integrada, es un hecho que pudiera ser mal visto por aquellos que la atacan enarbolando argumentos tales como la libertad de empresa, la igualdad de oportunidades, la no competencia desleal, etc. como si tales medios y metas estuvieran reñidas con la integración vertical de manera ineludible.

Ante el temor a los efectos negativos de una integración vertical, temor basado en meras hipótesis y carentes de hechos ciertos en el sector del mercado interno de hidrocarburos, ha generado una polémica sobre si es permitido o no dicha forma de organización operacional empresarial en el sector de los hidrocarburos, apreciando lo dispuesto en la Ley Orgánica de Hidrocarburos que sí la permite, y en contraposición a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos que la prohíbe.

La integración vertical es una forma de organización empresarial o industrial que, por si misma no es mala ni es buena, y si hubiese que tener siempre un per se, mas me inclinaría hacia sus bondades que hacia sus vicios.

En la más de las veces, la integración vertical es un gran aliado para quienes la integran, pues facilita el desarrollo de mercados incipientes o de mercados altamente controlados por los entes gubernamentales y con ganancias bajas y reguladas. Aun cuando pueda escandalizar a algunos, existen mercados a ser atacados en libre competencia, pero que requieren

de una cuantiosa capacidad financiera y técnica para poderlos conquistar, pues la realidad de dicho mercado solo invita a participar a las empresas más poderosas y más competitivas, mejor organizadas, con mayor know how y con una notable capacidad financiera para poder invertir y amortizar y obtener ganancias a mediano plazo.

En mercados de interés público o de servicio público, en el cual se le da cabida a la participación del sector privado bajo el control directo o indirecto del Estado, la integración vertical coadyuva a que empresas del Estado puedan medirse en condiciones de igualdad y eficiencia con grandes empresas transnacionales que aún cuando no estén integradas verticalmente en un mismo territorio, si lo están como grupo de empresa a nivel mundial, con lo que se aprovechan de las ventajas de esta integración vertical multinacional. Podríamos estar aquí ante la inexistencia de la integración vertical en puridad legal, pero sin duda estaríamos ante una integración vertical real o material y con todos sus efectos positivos y negativos.

La integración vertical solo podría ser considerada una práctica anti-competitiva si a través de ella se procura, desplazar a la competencia, impidiendo su entrada al mercado o incrementando artificialmente los costos de sus competidores, o cuando priva a los competidores de sus recursos estratégicos o esenciales, controla los canales de distribución produciendo artificiosamente escasez o incremento de costos de provisiones básicas para la actividad del competidor.

En ocasiones, la prohibición legal de una integración vertical dentro de un país determinado, realmente solo limita a los empresarios nacionales a poder beneficiarse sanamente de esta forma de organización, y los pone a competir con empresas multinacionales integradas verticalmente a nivel internacional, pero que en el territorio nacional lucen no estar integradas formalmente cuando la realidad material y práctica es muy diferente.²

² Esta integración vertical *overseas* explica el cómo algunas empresas que están incurriendo solamente en un área o sector de una rama de industria o comercio, sin embargo, pueden competir con herramientas y fórmulas que dejan fuera del juego a los competidores. Así, pueden asumir riesgos y pérdidas financieras y seguir compitiendo con temeridad, pues perciben recursos desde el extranjero, tanto dinerarios, técnicos y de recursos humanos. De esta forma, las prohibiciones legales sobre integración vertical son disposiciones desventajosas para los empresarios locales, pues los deja maniatados y expuestos al avasallamiento de las empresas extranjeras integradas verticalmente en el extranjero, en especial ante los grupos de empresas.

En este trabajo analizaré brevemente el contenido y alcance del artículo 61 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos del año 2001, en el cual, conforme a su texto material sí permite que una persona natural o jurídica desarrolle dos o mas actividades en la cadena de comercialización de derivados de hidrocarburos en el mercado interno, análisis que se hará a la luz de una práctica conforme al texto de ley, a la luz de opiniones en sentido contrario por parte del MENPET y a la luz de lo dispuesto expresamente en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos en la cual se prohíbe expresamente tal integración vertical.

II. INTEGRACIÓN VERTICAL Y LA LIBRE COMPETENCIA EN LA COMERCIALIZACIÓN DE DERIVADOS DE HIDROCARBUROS

En los mercados altamente regulados, supervisados o fiscalizados por el Estado, es casi nula la posibilidad de que algún grupo de empresas verticalmente integradas alcancen un real poder de mercado. Lograr una posición de dominio o desplazar a los competidores luce una misión imposible si consideramos que la LOH ha otorgado al MENPET enormes facultades de supervisión, dirección, control y sanción sobre los sujetos económicos que participan en el mercado interno de los hidrocarburos.

En el área del petróleo es casi una regla entre las grandes empresas del mundo, el tener una integración vertical que va desde la actividad de exploración de hidrocarburos hasta llegar al expendio al consumidor final del producto refinado.

2.1. Aspecto positivo o benigno de la integración vertical.

Esta integración vertical permite a estos grupos de empresas hacer sinergia en pro de sus objetivos empresariales, así como, compensar costos e ingresos, pues es normal que cuando los precios de petróleo suben, los ingresos por refinación o petroquímica bajan, pues su materia prima, como lo son el petróleo o el gas están a precios altos; sin embargo, en sentido inversamente proporcional, cuando los precios de petróleo caen, la venta de derivados y petroquímicos aumenta, pues los precios de los derivados y petroquímicos bajan. Este balance es muy beneficioso dentro de los grupos empresariales verticalmente integrados.

Otros de sus beneficios es la transferencia de tecnología intercompany sin mayores costos, la rotación de personal calificado y su formación integral en la industria petrolera. El aprovechamiento intercompany del know how, en

especial cuando se están adentrando a nuevos mercados en los cuales hay un inmenso riesgo en la inversión y en la cual se necesita todo un equipo humano y de tecnología para poder atacar con fuerza ese mercado y poder resistir los embates de este tipo de mercados riesgosos. Enumerar las bondades de una integración vertical puede ser una labor extensa y siempre quedaría algo nuevo que agregar. Pero ciertamente, como casi todo en el mundo, también puede tener su lado oscuro.

2.2. El aspecto negativo o maligno de la integración vertical.

El lado oscuro de una integración vertical no está dado por la naturaleza o condiciones propias de ella, sino por el factor humano, pues es el hombre quien lo matiza acorde a sus intereses personales, sociales, políticos, empresariales, etc. Así las cosas, la integración vertical, como organización funcional empresarial puede llegar a ser el instrumento fiel para hacer fechorías empresariales, así como para hacer una libre y leal competencia. Conjugada con una insana voluntad o intención de los empresarios, puede llegar a ser el mecanismo idóneo para crear monopolios, oligopolios, carteles, competencia desleal y demás prácticas anti-libre competencia.

Al inicio de la apertura petrolera en el año 1996, se dieron los primeros pasos para que empresas del sector privado participaran en el mercado interno de los hidrocarburos, esencialmente en material de gasolina para vehículos automotores. Ya desde entonces, las empresas que entraron al mercado se estaban estableciendo bajo el esquema de empresas verticalmente integradas, en parte o en toda la cadena de comercialización.

2.3. El esquema de la LOAMIH

Para la aprobación de la LOAMIH, el esquema que se planteaba en las discusiones parlamentarias y entre el MENPET, PDVSA y el sector empresarial privado, era que se iba a un esquema de libre competencia entre las empresas participantes, con precios liberados o probablemente regulados mediante fórmulas que permitieran sincerar el precio de la gasolina, evitando que PDVSA produjese y comercializara la gasolina a pérdida, evitar que el consumidor continuara dispendiando el combustible subsidiado y finalmente, permitir a las empresas privadas participantes poder acometer inversiones cuantiosísimas en un sector estratégico y que se hallaba en condiciones muy deterioradas y en algunas regiones literalmente abandonado, aparte con altos índices de inseguridad operacional, técnica y ambiental.

Sin embargo, en el año 1998 se promulgó la Ley Orgánica de Apertura del Mercado Interno de la Gasolina y Otros Combustibles Derivados de los Hidrocarburos Para Uso en Vehículos Automotores³, conocida como la Ley de Apertura del Mercado Interno, en la cual, se dejó sin soporte legal algunos extremos que iban a enmarcar la apertura petrolera en el sector del Mercado Interno de Hidrocarburos, con lo cual se dejó en una gran incertidumbre a los empresarios privados que para el momento del ejecutarse de dicha ley, ya estaban participando en el mercado interno y habían emprendido importantes y cuantiosísimos proyectos de construcción, remodelación y abanderamiento de estaciones de servicio, así como en entrenamiento de personal y de propietarios u operadores de estaciones de servicio y de transporte de combustible; se había ya iniciado la transferencia de tecnología, optimizando el servicio en toda la cadena de comercialización.

Fue pasando el tiempo, con la vana expectativa de que el Ejecutivo Nacional concretara las bases y puntos cardinales sobre los cuales fueron las empresas privadas nacionales y extranjeras invitadas a participar en la apertura petrolera. Finalmente, lo que inicialmente se había dibujado como la Apertura Petrolera en el Mercado Interno bajo un esquema de libre competencia, se fue desdibujando y llevando al sector a una importante crisis, en la cual las inversiones realizadas pasaban a ser irrecuperables y echadas a pérdida en un importante porcentaje.

La libre competencia quedó convertida en letra muerta al no liberarse los precios de la gasolina, o al menos sincerarlos o poner bandas de precio; tampoco se aumentó el margen de mayorista, ni el margen de minoristas, ni los fletes, sino tan solo ajustes coyunturales que solo iban dirigidos a atemperar la crisis temporalmente, en esencia en la actividad de transporte y expendio, dejando a las mayoristas fuera de estos ajustes, incrementando su crisis y niveles de pérdida.

Sin embargo, ante este cuadro de crisis, la integración vertical total o parcial que algunas empresas privadas habían realizado al inicio, fue el factor que ayudó a sobrevivir o a prolongar la agonía generada por el incumplimiento del texto material de la ley de Apertura por parte del Ejecutivo Nacional.

En la Ley de Apertura se estableció que se estaba ante un mercado regulado, pero que sin embargo estaba llamado a la libre competencia entre los

³ Gaceta Oficial N° 36.537 del 11 de septiembre de 1998.

participantes privados, incluyendo a DELTAVEN, empresa filial de PDVSA, quien sería un actor privado dentro del mercado interno.⁴

Esta libre competencia dentro de un mercado regulado y con precios fijados por el Ejecutivo Nacional,⁵ resultaba de mucho interés, pues constituía un híbrido, en el que no parecía posible una libre competencia realmente, sino una ficción de la misma, más aun si se aprecia que en la Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia se establece claramente en su Artículo 3 que, para que exista libre competencia es necesario que se verifiquen los siguientes extremos, éstos: 1. que se trate de una actividad comercial o de mercado; 2. desarrollada por sujetos económicos; 3. que en dicha actividad exista completa libertad de entrar o salir del mercado; 4. que ninguno de los sujetos económicos tengan la posibilidad de imponer a sus competidores condiciones en las relaciones de intercambio. Si bien no es una libre competencia plena, pues el Estado regula la entrada y salida de los sujetos económicos, fija los precios del combustible, sin embargo en la Ley de Apertura se da la coexistencia de los controles gubernamentales como director de la actividad, y la existencia de una libre competencia entre los particulares invitados a participar.

Sobre este texto podemos concluir, que la libre competencia iba desarrollarse dentro de un espacio reducido o limitado, en esencia en todo el espacio residual o marginal que no estuviera expresamente regulado por el Estado o en donde éste permitiera a los particulares una actividad discrecional limitada. La libre competencia iba a depender esencialmente de la fórmula o esquema de fijación de precios que fijara el Ejecutivo Nacional, con lo cual se circunscribiría el mundo o esfera de acción, dentro del cual las empresas privadas competirían libremente para ver quien lograba atraer mayor volumen de clientes y tener mayores volúmenes de venta.

⁴ Artículo 1. Esta Ley tiene por objeto regular el proceso de apertura del mercado interno de la gasolina y otros combustibles derivados de los hidrocarburos para uso en vehículos automotores y crear las condiciones, para una adecuada participación de la empresa privada en el mismo. El referido mercado queda abierto a la libre competencia en los términos expresados en esta Ley y en las leyes especiales de la materia.

⁵ Artículo 3. Las actividades que se realizarán en el mercado interno de la gasolina y otros combustibles derivados de los hidrocarburos para uso en vehículos automotores, son: el transporte, el almacenamiento, la distribución y el expendio de dichos productos en el territorio nacional, incluida su importación.

Parágrafo Único. El Ejecutivo Nacional establecerá mediante Decreto los precios de la gasolina y otros combustibles derivados de los hidrocarburos que se expendan en el mercado interno, objeto de esta Ley.

III. RECONOCIMIENTO EXPRESO DE LA INTEGRACIÓN VERTICAL

Dentro de ese esquema de libre competencia limitada, el legislador autorizó que la persona natural o jurídica que ejercía una actividad podía participar en dos o mas actividades de la cadena de comercialización, con lo cual, no solo no prohibió la integración vertical, sino que le dio base legal expresa para poder constituir la. La única condición que el legislador estableció en la Ley de Apertura era que cada actividad tenía que tener una “separación jurídica y contable”.⁶

Esta frase de dicho dispositivo legal, ha generado una diversidad de opiniones en diferentes sentidos, lo cual analizaremos mas adelante. Indistintamente del significado de esta frase, lo cierto es que muchas de las grandes empresas privadas participantes tenían una integración vertical en todo o en parte de la cadena de comercialización de los hidrocarburos, en especial con relación a la gasolina. DELTAVEN por si solo desarrollaba actividades integradas dentro de la cadena de comercialización a nivel nacional, logrando la integración vertical con la participación que desarrollan otras empresas del grupo de empresas de PDVSA, obteniendo así todos los beneficios de tal integración. DELTAVEN visto como una empresa integrante del Grupo de Empresas PDVSA, está integrada verticalmente por vía directa cuando ella misma realiza cada una de las actividades de la cadena, o indirectamente cuando lo hacía a través de otra empresa del grupo empresarial PDVSA, en especial en el área de transporte, almacenamiento o expendio.

El legislador, esencialmente permitió la integración vertical expresamente, a los efectos de aprovechar para PDVSA todas las ventajas sanas que dicha forma de organización funcional empresarial son capaces de producir, las cuales facilitan enormemente el alcance de las metas dentro de un mercado altamente competitivo o con elevados costos y baja rentabilidad. Era, y sigue siendo ahora mas que nunca, tan grande la magnitud de la inversión a realizar por el capital privado en este sector, que era claro que las grandes empresas petroleras en el mundo eran por antonomasia las llamadas a participar en este negocio en su primera etapa, pues era requerida una importante inversión dineraria, tecnológica y de capital humano altamente capacitado para rescatar el parque de estaciones de servicio a

⁶ Artículo 4. Las personas naturales o jurídicas que ejerzan las actividades a que se refiere el artículo 3º de esta Ley, podrán realizar más de una actividad a las que se refiere dicho artículo, siempre que exista la separación jurídica y contable entre ellas.

nivel nacional que se encontraban en estado deplorable en su gran mayoría, excepto aquellas estaciones consideradas estratégicas o que servían de imagen corporativa. Competir con los particulares iba a ser una gran reto para PDVSA, siendo imperativo que ella se mantuviera verticalmente integrada dentro de Venezuela, ya que, muchas multinacionales iban a estar integralmente integradas dentro de Venezuela, o en su defecto, estarían integradas verticalmente fuera de Venezuela, aun cuando en varios eslabones de la cadena no participarían directamente en dicha actividad dentro del territorio venezolano. No sería una integración vertical legalmente calificable como tal, pero sí estratégicamente, pudiendo la empresa del grupo multinacional aprovecharse en Venezuela de los beneficios de que sus empresas hermanas le transfirieran desde el exterior, tales como el know how, la tecnología, patentes, capital dinerario y humano, etc. adquiridos por ellas en algunas actividades similares pero en otros países. Así pues, no era necesario que se realice dentro del territorio venezolano todas las actividades de la cadena de comercialización, para poder tomar ventaja sobre sus competidoras, al desarrollar alguna actividad similar en otro país.

Una de las razones esgrimidas por el legislador en la exposición de motivos de la Ley de Apertura era justamente el acometer el rescate de las condiciones técnicas, ambientales, seguridad, operatividad, eficiencia de cada una de las actividades de la cadena de comercialización en el mercado interno; así mismo, al ser un mercado regulado combinado con la libre competencia, no cabe duda que el legislador procuraba ejercer el control del mercado a los efectos de hacerlo accesible al usuario o consumidor final del servicio público o del producto esencial, pero a la vez, procuraba, sincerar el precio del combustible y con dichos ingresos permitir que fuera atractivo para un inversionista privado hacer inversiones en este sector, recuperar su inversión y obtener la ganancia legítima esperada en toda actividad comercial.

Ante la posibilidad de una libre competencia, PDVSA era vulnerable ante fuertes inversionistas extranjeros o nacionales, pues PDVSA, indistintamente de que tuviera el capital humano y know how, no contaba con recursos económicos. Aunado a la importante inversión que implica optimizar cada estación de servicio, se tenía que apreciar que teniendo PDVSA el monopolio de dicha actividad, era la responsable de mas de 1.500 estaciones de servicio, cada una con diferentes volúmenes de venta de litros de combustible, y por ende, con diferentes grados de rentabilidad, al punto, que algunos ya

habían sido cerradas y desafectado el inmueble, usándose para otra actividad comercial mas rentable, y otras estaban con un pasivo ambiental cuyo saneamiento o recuperación implicaban enormes costos. De esta manera, si la inversión era proveniente solamente de PDVSA, lejos de sostener el mismo número de estaciones de servicio y optimizar su servicio, iba camino a cerrar definitivamente más estaciones de servicio, sobreviviendo aquellas que le fueran más estratégicas, indispensables o rentables.⁷

3.1. *La nueva visión del mercado interno según la vigente LOH*

Promulgada la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos en el año 2.001, se derogó expresamente la Ley de Apertura, sin embargo cuando en el nuevo texto normativo el legislador trata el mercado interno de los hidrocarburos, hizo pocas modificaciones pero fueron significativas. Entre ellas, eliminó la frase libre competencia y calificó a las actividades del mercado interno como actividades de servicio público,⁸ con lo cual el mercado interno de los hidrocarburos pasó a ser un mercado mucho más controlado, sometido a los principios que rigen a los servicios públicos que limitan fuertemente una actividad competitiva y por ende menos atractiva para la participación de los particulares. No pareciera que el espíritu del legislador haya sido el de fomentar la competencia entre los distintos actores privados que participan en este mercado, sino muy por el contrario, alejarse de un mercado competitivo, alejarse de un mercado del combustible con precios sincerados que permitan recuperar los costos de producción y que además, permita que el particular pudiera realmente competir en un negocio atractivo, pero dentro de las limitaciones de un prestador de un servicio público.⁹

Está claro que el espíritu del legislador es el de convertir la actividad del mercado interno de hidrocarburos, en un servicio público prestado

⁷ Esto motiva la inversión privada, justificaba la apertura del mercado interno, sincerar o liberar el precio del combustible, así como la acometida de obras y de inversiones para optimizar todas las actividades de la cadena de comercialización, en especial el servicio de expendio y de transporte de combustible. El parque de estaciones de servicio quedó dividido aproximadamente así, 1.040 estaciones de servicio de la red PDV y casi 800 divididas en manos de la red de las demás empresas privadas.

⁸ Gaceta Oficial N° 37.323 del 13 de noviembre de 2001

⁹ Artículo 60. Constituyen un servicio público las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos, señalados por el Ejecutivo Nacional conforme al artículo anterior, destinados al consumo colectivo interno....”

solamente por el Estado, en un servicio público subsidiado, con ventas a pérdida. Obviamente, ante tales perspectivas el sector privado no tiene muchas opciones.¹⁰

La única disposición que permitiría una lejana esperanza de poner a competir a los expendedores y mayoristas de combustible es lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, que al igual que en la Ley de Apertura se establecen los esquemas o mecanismos para a fijación del precio del combustible, en el cual el Ejecutivo Nacional deberá tomar en consideración al momento de fijarlo, con lo cual, pareciera dejarse un espacio para un mercado competitivo entre los actores participantes, teniendo siempre como límite que se trata de un servicio público y por ende debe garantizarse el cumplimiento del Principio de Accesibilidad del usuario o consumidor, en este caso a través de precios accesibles al consumidor final. La posibilidad de una competencia entre los actores en beneficio del consumidor final, dependerá de cuál esquema de fijación de precio establezca el Ejecutivo Nacional, en donde luce como el más idóneo de los enunciados en el texto de ley, el de la banda de precios, con lo cual, sería posible que hubiese una competencia entre mayoristas, transportistas, y expendedores para lograr vender al consumidor final la gasolina más barata que sus competidores.¹¹

¹⁰ Tal carencia de libre competencia, elimina la posibilidad de la prestación de un servicio público con niveles de excelencia, pues carece de sentido esmerarse en ello, cuando indistintamente, todos los actores ganarán lo mismo, indistintamente del esmero, profesionalismo, excelencia que se ofrezca en la prestación del servicio. Así, el propietario de una estación de servicio en mal estado técnico, ambiental, estético, con una muy mala atención al público, ganará el mismo margen de minorista por litro de combustible vendido, que aquél que ha invertido importantes sumas de dinero para tener una estación de servicio con tecnología de punta, aplicando estrictas normas de seguridad industrial y ambiental, invirtiendo en la formación o capacitación de sus empleados para la optimización de la prestación del servicio público.

De esta forma se deja sin sentido invertir en la excelencia del servicio, y se fomenta la prestación del servicio de manera mediocre, deficiente, interrumpido, con impacto ambiental, en donde será necesario que papá PDVSA siga proveyendo los insumos, las reparaciones, los equipos, los subsidios. Se pasa de una industria competitiva en beneficio del consumidor final, a una industria parasitaria, sin iniciativa, mediocre, en donde tan solo hay que sentarse a esperar a que el consumidor arribe a la estación de servicio por descontado o de manera automática, sin hacer una selección de cual estación de servicio usar, pues todas son prácticamente lo mismo, ninguna tiene un valor agregado.

¹¹ El Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, fijará los precios de los productos derivados de los hidrocarburos y adoptará medidas para garantizar el suministro, la eficiencia del servicio y evitar su interrupción. En la fijación de los precios

Debemos entender que el propio texto legal de la Ley Orgánica de Hidrocarburos vigente, se dispone de manera mandataria y no facultativa que, el Ejecutivo Nacional al momento de fijar los precios del combustible tiene que tomar en consideración varios aspectos, tales como respetar el espíritu de la ley, la no interrupción del servicio, la calidad del mismo, así como la rentabilidad para quien lo presta y atendiendo el monto de la inversión realizada por los participantes.

3.2. *Mercado controlado*

Sería muy difícil que entre los competidores se establezca un cártel o un oligopolio, pues, es el MENPET quien tiene realmente el control del mercado, una amplísima capacidad de supervisión, control y sanción sobre los actores participantes. Considerar que se puede establecer un oligopolio o un cartel, una falsa competencia, es simplemente ignorar lo dispuesto en la LOH, en especial sobre los poderes de control del MENPET; o habría que partir que estamos ante una Administración Pública negligente o cómplice, que aún con todos los poderes de control y supervisión de que la ha investido la LOH, aun así, se les puede cartelizar la red de distribuidores privados, o los transportistas o los expendedores. Esto realmente luce muy lejano pues, cada uno de sus actores en cualquiera de las actividades de la cadena de comercialización son conocidos, determinados, elegidos y supervisados por la Administración Pública, ya que comparativamente con otros sectores industriales y comerciales, el mercado interno de los hidrocarburos está constituido por un pequeño universo de actores claramente identificados, y que fueron previa y debidamente escrutados por el MENPET para luego otorgarles el permiso para poder participar en el mercado interno, y bajo una continua supervisión de la Administración Pública, tendiendo ella la facultad para revocarles el permiso y sacarlos del mercado.¹²

el Ejecutivo Nacional atenderá a las disposiciones de este Decreto Ley y a las previsiones que se establezcan en su Reglamento. Estos precios podrán fijarse mediante bandas o cualquier otro sistema que resulte adecuado a los fines previstos en el presente Decreto Ley, tomando en cuenta las inversiones y la rentabilidad de las mismas.

¹² **Artículo 8.** En tal sentido, el Ministerio de Energía y Minas es el órgano nacional competente en todo lo relacionado con la administración de los hidrocarburos y en consecuencia tiene la facultad de inspeccionar los trabajos y actividades inherentes a los mismos, así como las de fiscalizar las operaciones que causen los impuestos, tasas o contribuciones establecidos en este Decreto-Ley y revisar las contabilidades respectivas.

Bajo estas condiciones de control del mercado, casi se desvanecen las posibilidades de que los particulares ejerzan prácticas anti-libre competencia o de competencia desleal.

IV. LA INTEGRACIÓN VERTICAL ES LEGAL EN EL MERCADO INTERNO

Analizaremos seguidamente cuál es el contenido y alcance del artículo 61. Debemos partir del hecho que el espíritu del legislador no necesariamente es el mismo que lo inspiró en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, pues en ella se prohíbe expresamente la integración vertical entre las distintas actividades que conforman la cadena de comercialización,¹³ por demás, debe ser apreciado que conforme al texto material de la citada ley, la prohibición no es absoluta, sino relativa, debido a que en bajo condiciones especiales o excepcionales el Ejecutivo Nacional puede autorizar la integración vertical cuando ésta sea necesaria y beneficiosa para el sector.

Si el legislador de la LOH hubiese querido impedir la integración vertical en el mercado interno de los hidrocarburos al igual que en materia de gas, lo hubiera hecho, redactando el Art. 61 de la LOH de manera idéntica o similar al artículo 9 del LOHG, estableciendo la prohibición de la integración vertical como regla y la existencia de la misma como excepción. Esto definitivamente no ocurrió.

Partiendo del Principio de la Unidad de la Administración, y del Principio de la Unidad del Legislador Nacional, debemos señalar que el legislador (Asamblea Nacional o Ejecutivo Nacional por habilitación) ha redactado y promulgado dichos textos legislativos en distintos tiempos, consagrando en cada uno disposiciones normativas diferentes, siendo el espíritu del legislador, el darle a la integración vertical tratamientos distintos en LOAMIH, en la LOHG y en la LOH.

¹³ Artículo 9. Una misma persona no puede ejercer ni controlar simultáneamente en una región, dos o más de las actividades de producción, transporte o distribución previstas en esta Ley.

Cuando la viabilidad del proyecto así lo requiera, el Ministerio de Energía y Minas podrá autorizar la realización de más de una de dichas actividades por una misma persona, en cuyo caso deberá llevar contabilidades separadas como unidades de negocio diferenciadas.

Tenemos así que entre estas tres leyes que disponen sobre la integración vertical en materia de hidrocarburos, ha sido la LOAMIH la primera en contener dicha disposición. La LOAMIH en su Artículo 4 dispuso que: “Las personas naturales o jurídicas que ejerzan las actividades a que se refiere el artículo 3° de esta Ley, podrán realizar más de una actividad a las que se refiere dicho artículo, siempre que exista la separación jurídica y contable entre ellas.” Como puede observarse, en dicho texto normativo, se establece que la integración vertical es una forma normal de organización funcional empresarial, a la par de las no integradas, solo que sometida a dos condiciones fundamentales, que tan solo buscan poder conocer la suerte de cada actividad, su desarrollo, sus necesidades, éxitos, dificultades, pues es función del Ejecutivo Nacional a través del MENPET realizar el control de cada actividad, fiscalizar, planificar y establecer las políticas, para lo cual es indispensable tener información clara, precisa e individualizable de cada actividad de la cadena de comercialización.

El Art. 4 de la LOAMIH merece ser examinado para entender su contenido y alcance, pero dicho análisis no debe ser por la vía exegética sino combinando el contenido y significado sintáctico de su texto material, conjuntamente con el espíritu del legislador y la realidad práctica o materializada en el mercado interno.¹⁴

El legislador no limita el orden de estas actividades múltiples, para evitar que una misma persona pueda desarrollar actividades dentro de la cadena de comercialización que son sucesivas unas a otras o que exista una relación de inherencia o de conexidad, según el caso. De esta manera, una persona que realiza la actividad de distribución puede realizar al mismo tiempo la actividad de almacenamiento, la de transporte y finalmente a de expendio, teniendo así una integración vertical continua, compuestas por actividades vinculadas entre si por relaciones de conexidad e inherencia; pero también es posible que la cadena no sea sucesiva, pero que de igual manera guarden entre ellas una relación de conexidad, así una persona que realice la

¹⁴ En el citado artículo pareciera de perogrullo que si estamos ante una correcta técnica legislativa, el legislador no debió incorporar al texto de ley palabras supuestamente ociosas y destinadas a no tener efecto sintáctico en el texto de ley y menos aún a no producir efectos en el ámbito jurídico. Por ende, debemos entender que el legislador ha autorizado, ha permitido de manera expresa y no tácita o sobreentendida, que una misma persona natural o jurídica puede desarrollar dos o más actividades dentro de la cadena de comercialización.

actividad de transporte, puede realizar a su vez la de distribución, o la de distribución y la de expendio.

Tan es así el espíritu del legislador, que en la Resolución 075¹⁵ en su Artículo 3, Parágrafo Segundo dispone lo siguiente: “Los Permisos de distribución y expendio referidos en el presente artículo, incluyen el permiso para el almacenamiento de los productos”. En este caso específico estamos hablando de una integración vertical necesaria y benigna o beneficiosa, que ha sido reconocida expresamente por el legislador, y de una vez, le da autorización automática, de modo que no dependa de la voluntad del MENPET el otorgarla o no, salvo por razones o motivaciones especiales. Así, la persona que goce del Permiso de Distribución o de Expendio, goza por mandato de ley del Permiso de Almacenamiento. Se entiende con cierta facilidad la razón por la cual el legislador otorga ambos permisos en conjunto, pues el combustible a ser distribuido o expendido debe ser almacenado en tanques de combustible en dichos establecimientos hasta que se materialice su distribución a la red de expendedores o su expendio al consumidor final, según sea el caso.¹⁶

Sin embargo, si la Dirección de Comercialización y Suministro del MENPET, desarrollara una estrategia de distribución de combustible a nivel nacional, de modo que haya numerosas plantas de llenado a nivel nacional, perfectamente los distribuidores ya tendrían tal permiso otorgado, debiendo cumplir tan solo lo requerido por el MENPET para prestar este servicio de almacenamiento y suministro con la tecnología, logística y seguridad industrial y ambiental requerida. De esta forma los transportistas podrían realizar rutas más cortas, sin tener que realizar viajes extremadamente largos, de más de 10 horas promedio, impactando no solo en el costo del flete, sino en esencia en la salud de los conductores, y el riesgo de sufrir accidentes de tránsito y de derramamiento de combustibles y su consecuente impacto ambiental.

¹⁵ Gaceta Oficial N° 36.413, del 13 de marzo de 1998: Requisitos Para la Obtención del Permiso de Expendio y Distribución.

¹⁶ Sin embargo, el legislador no limita dicha actividad de almacenamiento al expendio exclusivo para dicha estación de servicio, de modo que, si las circunstancias así lo requieren y así lo autoriza el MENPET, un expendedor podría eventualmente tener una capacidad de almacenamiento superior a la requerida para el expendio de su propia estación de servicio, pudiendo realizar una real actividad de almacenamiento para suministrar combustible a otras estaciones de servicio. Esta posibilidad es perfectamente legal, solo que riesgosa, pues puede desembocar en un desvío de combustible, el cual es ilegal.

4.1. *Una misma persona*

La condición requerida por el legislador es que esta persona natural o jurídica que realice una o más actividades dentro de la cadena de comercialización tenga una separación jurídica y contable. Estas dos condiciones han suscitado una interesante discusión entre el sector público y el privado, he inclusive internamente entre ambos sectores, manteniéndose dividida la opinión, y más grave aún, dominando uno u otro criterio según la autoridad pública que en el MENPET esté con la facultad para otorgar o no el permiso para desarrollar una actividad dentro de la cadena y que implique integración vertical.

Uno de los argumentos esgrimidos para considerar que el legislador no quiere integración vertical y que se requiere que cada actividad sea realizada por personas distintas, es la frase "... separación jurídica ..." contenido en la derogada LOAMIH y en la vigente LOH. Los que sostienen la teoría de la prohibición, señalan que el significado de esta frase es que tiene que participar tantas personas jurídicas como actividades de comercialización se pretenda realizar. Así las cosas, debe entenderse que, si un distribuidor desea realizar también la actividad de almacenamiento, pues entonces tendrá que tener una persona jurídica distinta a la de la distribuidora para realizar la actividad de almacenamiento.

No comparto este punto de vista, pues creo que el sentido hermenéutico del citado artículo es bien claro y no da lugar a interpretaciones tan extensas. Cuando el legislador en el Artículo 61 de la LOH dispone que: "... Las personas naturales o jurídicas que ejerzan las actividades antes señaladas, podrán realizar más de una actividad, siempre que exista la separación jurídica y contable entre ellas." Está señalando que se trata de una misma persona natural o jurídica o no de una concurrencia de personas diferentes, pues el sentido sintáctico del texto aunado al propósito del legislador es claro que es su voluntad el que se puedan concentrar en una misma persona más de una actividad. No puede el intérprete afirmar que el legislador ha dispuesto que no puede un misma persona realizar más de una actividad dentro de la cadena de comercialización en mercado interno de los hidrocarburos, pues sería una interpretación tan extensa que sería contraria al texto material de la ley, y más aún a su sentido hermenéutico, en franca contradicción a lo distinguido por el legislador

4.1.1. Integración Vertical por Grupo de Empresa

Por otra parte, si la intención de quienes hacen esta interpretación extensa es proteger al sector de una integración vertical, considero que es vana tal interpretación, pues la realidad es que, si una persona que actualmente participa en el mercado interno es obligada a constituir o a traer a otra persona jurídica para que ejecute la segunda actividad que desarrollar, estaríamos igualmente ante un caso de integración vertical de actividades, pero a través de un "Grupo de Empresas".

Así, el Grupo de Empresas, desarrolla varias actividades de comercialización, pero a través de distintas personas jurídicas de su grupo, una para distribución, otra para almacenamiento, otra para transporte y otra para expendio. A la final, casa matriz o la empresa dominante, impondrá sus políticas y directrices sobre el resto de las empresas, las cuales están constituidas justamente para seguir una meta común, bajo un mando común, bajo políticas comunes, bajo una gerencia o dirección comunes. Si casa matriz o la empresa dominante, dicta su voluntad, para bien o para mal, será obedecida irrestrictamente por todas las empresas del grupo, con lo cual, los efectos de una integración vertical se van a verificar de igual modo. Esto por si sólo no es malo, ni es bueno, pues las directrices pueden ser las de hacer una sana competencia, una competencia leal y que redunde en el máximo beneficio para el consumidor final y por ende, con la preferencia de éste por el servicio de la marca del grupo de empresas, se traducirá en mayores ingresos para todas las empresas integrantes del grupo. Ahora, si deciden actuar de mala fe o con deslealtad al mercado y a sus competidores, seguramente serán un arma muy eficaz y dañina en la medida que la autoridad pública no cumpla sus funciones de fiscalización y sanción.

Es por ello, que interpretar que la integración vertical está prohibida, es una interpretación impropia, excesivamente lata; y de igual modo, el pretender que diversificando las actividades entre distintas personas se impide la integración vertical, tampoco es cierto ni eficaz, pues se pueden constituir por vía de los grupos de empresa en el más transparente de los casos, pues no se puede descartar que se constituya un oligopolio entre empresas de diferentes dueños, pero que han pactado hacer una competencia desleal contra los no asociados.

Otra visión es la que nos dice que justamente para evitar la integración

vertical a través de grupos de empresa, cada actividad de comercialización debe ser desarrollada por una persona no relacionada con ninguna otra actividad de la cadena. Este criterio se aleja mucho más de lo materialmente establecido en la ley, pues, prohíbe lo que el legislador ha autorizado expresamente. Cuando la autoridad pública esgrime que existe una prohibición legal para hacer una integración vertical en el mercado interno de los hidrocarburos, no solo viola la LOH, sino que se extralimita en sus funciones por actos de omisión o de negación infundada.

4.2. *Las políticas las fija en MENPET*

Con relación al funcionario del MENPET investido de autoridad para otorgar o no el permiso para desarrollar una actividad determinada, como todo funcionario público sus facultades son legales, de modo que solo puede hacer aquello que la ley expresamente le autorice, dejándole un poder discrecional restringido. Puede el MENPET enumerar los distintos requisitos necesarios para el otorgamiento de un permiso, en estricta sujeción a lo señalados en los textos normativos legales y de rango sublegal.¹⁷ En ninguno de estos textos normativos se establece como requisito, el que el otorgamiento del permiso no sea otorgado a una misma persona que ya esté permitida para realizar otra actividad dentro de la cadena de comercialización, pues se prohíbe la integración vertical. Esa norma no existe, por ende, cuando un funcionario del MENPET exige la no verificación de tal integración, está agregando un requisito que la ley no ha exigido y por lo tanto no tiene autoridad para exigirlo, tomando en consideración la gravedad y significado del mismo, ya que su exigencia desnaturalizaría el sentido y alcance del texto legal.

Es cierto que el MENPET es quien fija las políticas del mercado interno, fija las directrices de este negocio. En este caso, si el MENPET considera que por política no es conveniente la integración vertical, puede perfectamente negarse a otorgar permisos que vayan hacia esa dirección, pero no por ser

¹⁷ Resolución 293, Ministerio de Energía y Minas, Instructivo sobre Suministro, Transporte y Expendio, Gaceta Oficial N° 2.273, del 19 de junio de 1978.; Resolución 075, Ministerio de Energía y Minas, Requisitos Para la Obtención del Permiso de Expendio y Distribución, Gaceta Oficial N° 36.413, del 13 de marzo de 1998.; Resolución 582, Ministerio de Energía y Minas, Gaceta Oficial N° 3.478, 11/12/1984: Condiciones para el Ejercicio de la Actividad de Distribución. Resolución 583, Ministerio de Energía y Minas, Condiciones para el Ejercicio de la Actividad de Expendio, Gaceta Oficial N° 3.478, del 11 de diciembre de 1984.

ilegal la integración vertical en el mercado interno de los hidrocarburos, sino por razones de política de estrategia del MENPET. Conforme a lo dispuesto en el primer aparte del Artículo 8 de la LOH, se dispone que, "Corresponde al Ministerio de Energía y Minas la formulación, regulación y seguimiento de las políticas y la planificación, realización y fiscalización de las actividades en materia de hidrocarburos, lo cual comprende lo relativo al desarrollo, conservación, aprovechamiento y control de dichos recursos; así como al estudio de mercados, al análisis y fijación de precios de los hidrocarburos y de sus productos. ..."

V. SEPARACIÓN JURÍDICA COMO CONDICIÓN PARA LA INTEGRACIÓN VERTICAL

Partiendo de que sí es legal la integración vertical, y que sí es legal que una misma persona natural o jurídica desarrolle dos o más de las actividades de la cadena de comercialización, debemos entender que significa la frase "separación jurídica contable" a la que se refiere el Artículo 61 de la LOH. Puedo decir de entrada qué esta disposición legal significa que cada persona jurídica o natural que se dedique a más de una de las actividades empresariales dentro de la cadena de comercialización de hidrocarburos, debe tener tantos fondos de comercio como actividades realiza.

En el caso del mercado interno de los hidrocarburos, la separación jurídica debe entenderse como la obtención, preservación y cumplimiento de todos los "requerimientos especiales exigidos por el ordenamiento jurídico"¹⁸ para poder realizar la actividad en específico. Estos requisitos jurídicos especiales van desde los necesarios para la obtención del permiso, los necesarios para poder desarrollar la actividad y cumplir los objetivos, y

¹⁸ Resolución 075, Ministerio de Energía y Minas, Requisitos para la obtención del permiso de expendio y distribución, Gaceta Oficial N° 36.413, del 13 marzo de 1998; Resolución 293, Ministerio de Energía y Minas, Instructivo sobre Suministro, Transporte y Expendio, Gaceta Oficial N° 2.273, del 19 de junio de 197; Resolución 582, Ministerio de Energía y Minas, Condiciones para el Ejercicio de la Actividad de Distribución, Gaceta Oficial N° 3.478, del 11 diciembre de 1984. Resolución 583, Ministerio de Energía y Minas, Condiciones para el Ejercicio de la Actividad de Expendio, Gaceta Oficial N° 3.478, del 11 de diciembre de 1984; Resolución 141 del Ministerio de Energía y Minas, Transporte Terrestre de Hidrocarburos Inflamables y Combustibles, Gaceta Oficial N° 36.450, del 11 de mayo de 1998; Resolución 293, del Ministerio de Energía y Minas, Instructivo sobre normas de Seguridad en Plantas de Llenado, Transporte y Expendio Gaceta Oficial N° 2.273 Extraordinario, del 19 de junio de 1978.

finalmente, cumplir los requisitos jurídicos necesarios para poder culminar la actividad.

Considero que el fin último de esta condición, es la de facilitar el acceso a la información a la autoridad pública a los efectos de que cumplan sus funciones de control y fiscalización; y que cada particular o persona participante cumpla con los requisitos especializados que la normativa jurídica exige para cada actividad.¹⁹

Este objetivo de claridad, de información organizada, de cumplimiento de requisitos, y su fácil supervisión y control se pueden lograr dentro de una misma persona que desarrolla diversas actividades especializadas. La organización empresarial permite satisfacer tales objetivos dentro de un mismo sujeto de derecho, cuando el mismo tiene bien clara y definida su organización, su fondo de comercio y su actividad empresarial.

No se debe confundir los conceptos de empresa, fondo de comercio y persona, pues es muy común que se usen indistintamente. Es oportuno precisar cada uno para un mejor entendimiento de porqué es posible que una misma persona desarrolle dos o más actividades.²⁰ Una persona jurídica reviste la forma de sociedad mercantil, la cual tiene un objeto comercial que constituye su meta a conseguir y es la razón o motivo de su existencia; es titular o poseedora de un patrimonio que es el instrumento o la herramienta de la cual se servirá para lograr sus metas comerciales, llamándose

¹⁹ LOH, Art. 8: "...En tal sentido, el Ministerio de Energía y Minas es el órgano nacional competente en todo lo relacionado con la administración de los hidrocarburos y en consecuencia tiene la facultad de inspeccionar los trabajos y actividades inherentes a los mismos, así como las de fiscalizar las operaciones que causen los impuestos, tasas o contribuciones establecidos en este Decreto Ley y revisar las contabilidades respectivas. ..."

²⁰ Por empresa debemos entender aquella actividad en procura de una meta o un fin, en el mundo de los negocios, esa meta es comercial; por ende, empresa debe ser igual a actividad; carece de personalidad jurídica.

Fondo de comercio, debe ser entendido como aquél conjunto de elementos tangibles e intangibles, pasivos y activos, que interactuando entre sí recae sobre ellos la actividad empresarial; es el patrimonio vivo que es usado como instrumento o herramienta, como pieza de un engranaje en procura de la meta de la empresa; carece de personalidad jurídica.

Compañía o sociedad, puede ser considerada como la asociación entre varios sujetos de derecho con la finalidad de desarrollar conjuntamente una empresa. Carece de personalidad jurídica per se, pues pueden haber sociedades o compañías de facto. Estas sociedades e inclusive las firmas personales, adquieren su personalidad jurídica una vez que cumplan los procesos y formalidades de registro conforme a derecho.

ese patrimonio fondo de comercio; fondo de comercio que permite la realización de una diversidad de actuaciones en procura de la meta, a lo cual se le denomina actividad empresarial o empresa.

Así las cosas, concluimos que una misma sociedad mercantil, puede tener diversos objetos comerciales, puede tener diversas empresas, puede tener una universalidad de elementos patrimoniales destinados a la consecución de distintas metas comerciales.

Una misma empresa puede tener tantos fondos de comercio como empresas tenga, y dependiendo de la simplicidad o complejidad de cada empresa, podrá dividirse internamente en Unidades de Negocio, a los efectos de especializar cada empresa o actividad empresarial. Si una misma compañía se dedica a dos o más actividades empresariales, cuyo desempeño, organización y operación es tan compleja, especializada y que requiere conocimientos, políticas y tratamientos propias, puede dividir las en Unidades de Negocio, sin necesidad de constituir otra sociedad y persona jurídica separada.

La Unidad de Negocio, tampoco tiene personalidad jurídica distinta a la persona jurídica de la cual forma parte. Sin embargo esta Unidad de Negocio, obedece su existencia a que la actividad empresarial cuya consecución de su objeto requiere tener sus propios elementos patrimoniales dedicados a tal fin y diferentes de las otras actividades empresariales que procura la compañía, requiere de elementos especializados.

Por ende, cada unidad de negocio tiene su propio fondo de comercio, cuyos elementos son fieles instrumentos para desarrollar la actividad empresarial que tiene una meta específica.²¹

²¹ Estos fondos de comercio dentro de cada Unidad de Negocio, estarían compuesto por objetos tangibles e intangibles, tales como mobiliario, inmuebles, maquinarias, títulos, know how, etc; también por derechos y obligaciones, tales como permisos y/o licencias gubernamentales o privadas, etc.; personas, tales como nómina y clientes. Todos estos elementos forman un fondo de comercio dentro de una Unidad de Negocio. Cada uno de estos fondos de comercio constituyen la parcialidad de un fondo de comercio total consolidado, como lo es el fondo de comercio de la sociedad.

No es necesario por mandato legal, el que se constituyan tantas personas jurídicas como fondos de comercio o unidades de negocio se creen por más especializadas que sea cada una de sus actividades empresariales, salvo mandato expreso de ley, que no es nuestro caso. Es un acto voluntario del particular el darle total separación a la unidad de negocio, mediante la creación de otra persona jurídica y el traslado o aporte a ésta, del fondo de comercio que la integraba.

En resumen, ha de quedar satisfecho el legislador cuando una misma persona jurídica que hoy realiza la actividad de distribución, mañana incurse en la actividad de almacenamiento, para lo cual, crea la unidad de negocio de distribución y la unidad de negocio de almacenamiento. Dentro de cada una de ellas, hay un fondo de comercio especial, compuestos por los permisos correspondientes para cada actividad, los permisos municipales, ambientales, todos los requisitos legales que la ley exige para la obtención de cada permiso, etc., los contratos con los particulares, las licencias entre particulares, etc. los bienes inmuebles e inmuebles destinados y afectados a la actividad de almacenamiento, etc.; igualmente la nómina, compuesta por personal especializado en cada actividad, con el respectivo know how, las políticas empresariales, las reglas de seguridad empresarial y ambiental ajustadas a cada actividad. Etc.

VI. SEPARACIÓN CONTABLE COMO CONDICIÓN PARA LA INTEGRACIÓN VERTICAL

Con relación a la separación contable, es más sencilla y por ende menos controvertida. Es una práctica contable común que, dependiendo de la complejidad o especialidad de cada actividad empresarial dentro de una sociedad o compañía, se lleven los controles y asientos contables separadamente, pues cada actividad empresarial dentro de una misma compañía tiene su propio ritmo, políticas para el mejor desempeño de dicha empresa y el alcance de su objeto, respectivamente. Luego, una vez cerrado el giro comercial se hace la consolidación de todas las contabilidades y se conforma y presenta la contabilidad de la sociedad o persona jurídica.

Dentro de una compañía puede haber una multiplicidad de unidades de negocio y de fondos de comercio, los cuales pueden ser tan especializados y disímiles uno del otro, que es necesario sostener una contabilidad separadamente a los efectos de poder conocer la marcha de ese negocio o rubro comercial en particular, conocer su rendimiento, costos, ganancias y pérdidas.

Esta separación contable por actividad, facilita igualmente el acceso a la información a la entidad gubernamental para realizar sus funciones de fiscalización y control.

VII. CONCLUSIÓN

La integración vertical en el mercado interno de los hidrocarburos no gaseosos, no está prohibida ni es excepcional; no existe sobre ella un supuesto de competencia que esté prohibido. En consecuencia no puede ser negado a priori por el MENPET por considerarlo ilegal o una práctica anticompetitiva. Puede el MENPET realizar un control posterior del desempeño de las integraciones para determinar la posible existencia de una práctica anticompetitiva y de hallarla puede aplicar todas las sanciones que la LOH de faculta. Sin embargo, el MENPET puede por política de comercialización no favorecer este tipo de organización corporativa, pero no por ilegal sino por considerarla no conveniente tomando en consideración los factores que así lo considere.

Posterior a la ley de LOAMIH se promulgó la LOHG en la que se prohíbe la integración vertical como regla, y se autoriza por vía de excepción. Esta normativa fortaleció el criterio de quienes opinaban en el Mercado Interno de los Hidrocarburos, que lo dispuesto en la LOAMIH no era la autorización de una integración vertical, y que por el contrario, se exigía una persona diferente para cada actividad.

Sin embargo, el legislador (El Ejecutivo Nacional mediante Decreto Ley por Ley Habilitante) al promulgar la vigente Ley Orgánica de Hidrocarburos, dispuso en su Artículo 61 que la persona natural o jurídica que ejerzan las actividades de comercialización en el mercado interno de los hidrocarburos (suministro, Distribución, Almacenamiento, Transporte y Expendio), puede realizar más de una actividad dentro de la cadena de comercialización siempre que mantenga una separación jurídica y contable. Con este texto normativo se debilita la tesis de la obligatoria diversidad de personas, y se fortalece nuevamente la tesis de que la integración vertical no está prohibida en el mercado interno de los hidrocarburos no gaseosos. En consecuencia, la integración vertical es una de las opciones de organización empresarial, y que esa integración vertical puede ser verificada en una misma persona natural o jurídica, así como por un Grupo de Empresas a través de cada una de las empresas que la conforman.

Corresponderá al MENPET, fiscalizar y controlar estas integraciones verticales a los efectos de evitar sus vicios y desviaciones, así como también puede el MENPET como rector de las políticas de comercialización del

mercado interno, establecer como tal, el no favorecimiento de tal forma organizacional y negarse a otorgar permisos a los particulares aún cuando éstos hayan cumplidos con todos los requisitos legales para la obtención del solicitado permiso, pues estaría en contra de la política y estrategia fijada por el Ejecutivo Nacional.

Sobre la base de lo anterior, podemos concluir, que el propósito del legislador en la LOH era el permitir y no prohibir la integración vertical pues, frente a la realidad de la industria petrolera en este sector, era y es necesario aprovecharse de todos los beneficios de lo que es capaz la integración vertical, permitiendo así a PDVSA a través de su filial DELTAVEN, tomar todas las ventajas de la integración vertical y poder mantenerse fuerte y altamente competitiva frente a sus competidoras, en especial frente a los Grupo de Empresa provenientes del extranjero, las cuales poseen una integración vertical a nivel internacional y que podían replicarla en Venezuela, como en efecto ocurrió en todas ellas al inicio de la apertura petrolera, permitiendo una muy interesante competencia entre todas estas empresas, incluyendo PDVSA, y a un grupo de empresas privadas nacionales como lo es TREBOLGAS.

Gracias a la integración vertical aprovechada sanamente por varias empresas mayoristas multinacionales, es que aún sobrevive una notable red de estaciones de servicio con abanderamiento no PDV, que supera el medio millar.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ANDUEZA, Luis Ernesto. *Control de las Concentraciones Económicas. Jornadas Internacionales de Derecho Sobre La Libre Competencia y Sectores Especiales*. Editorial FUNEDA, Caracas. 2.007.
- BERMÚDEZ, Diógenes. *Régimen Jurídico de los Hidrocarburos Gaseosos en Venezuela. Colección Estudios Jurídicos N° 85*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.
- BOSCÁN DE RUESTAS, Isabel. *La Actividad Petrolera y la Nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos*. Editorial FUNEDA, Caracas, 2.002.
- BRIONES, FOLGUERAS, FONT y NAVARRO. *El Control de las Concentraciones en la Unión Europea*. Editorial Marcial Pons, Madrid 1.999.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Garza. *Empresas Competitivas. Publicaciones Entorno*. México, 2001.
- GRAU, María Amparo. *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela, Análisis Normativo*. Editorial Texto, Oxford, Reino Unido. 2007.

LA INTEGRACIÓN VERTICAL EN EL MERCADO INTERNO DE LOS HIDROCARBUROS

- HARRIS, Oren. Fundamentos de la Comercialización de Hidrocarburos. Ediciones Astro Data, S.A. Maracaibo, 2005.
- HERNÁNDEZ, José Ignacio. El Sentido a las Prohibiciones a la Iniciativa Económica en el Derecho de la Competencia. *Jornadas Internacionales de Derecho Sobre La Libre Competencia y Sectores Especiales*. Editorial FUNEDA, Caracas. 2.007.
- JIMÉNEZ-GUANIPA, Henry. El Derecho de la Energía en Venezuela (Petróleo, Gas y Electricidad). Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2.006.
- MOGOLLÓN-ROJAS, Ivor. Estudios Sobre la Legislación Pro Competencia Venezolana. Ediciones Liber, Caracas, 2.000.

Interpretación de las Normas Legales que establecen las Regalías aplicables a los distintos Hidrocarburos

Adrián Carrillo Jiménez¹
(Venezuela)

SUMARIO: I. Introducción; Primera parte: análisis de las normas que establecen la regalía aplicable a los distintos hidrocarburos antes de la modificación de la Ley de Hidrocarburos. II. Definición de Regalía; III. Alcance de la Ley de Hidrocarburos y la Ley de Gas; IV. Regalía correspondiente a los hidrocarburos líquidos; V. Regalía correspondiente a los hidrocarburos gaseosos no asociados; VI. Regalía correspondiente a los hidrocarburos gaseosos; VII. Regalía correspondiente a los líquidos extraídos del gas natural. Segunda parte: Reforma del artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos; Tercera parte: Propuesta para aclarar cuál es la regalía aplicable al gas asociado; VIII. Conclusiones; IX. Bibliografía.

¹ Abogado asociado al Despacho de Abogados miembros de Macleod Dixon, S.C., egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (2002), con una Maestría en Leyes (LL.M - International Legal Studies, 2004-2005) en Georgetown University Law Center, Washington, D.C., con beca de estudios otorgada por Baker & McKenzie y estudios en derecho de Hidrocarburos y Minería en la Universidad Monteavila (2006). Entre mayo y noviembre del 2006, fue asignado a la Consultoría Jurídica de la petrolera noruega Statoil International AS, para asistir en asuntos relacionados con la exploración y explotación de hidrocarburos, estrategias de negociación con el Ministerio de Energía y Petróleo, contratos de cooperación técnica, servicios y suministro y el análisis, comentarios y preparación de los documentos relacionados con la licitación del Proyecto Delta Caribe.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica de Hidrocarburos (en lo sucesivo denominada la “Ley de Hidrocarburos”) y la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (en lo sucesivo denominada la “Ley de Gas”), establecen expresamente cual es la regalía aplicable a los hidrocarburos líquidos y a los hidrocarburos gaseosos en general. Sin embargo, estas leyes no hacen referencia específica en materia de regalías a aquellos gases asociados a yacimientos de hidrocarburos líquidos, aquellos líquidos asociados a yacimientos de gas libre, o aquellos líquidos o condensados extraídos del gas. Esto ha creado dificultades en la interpretación de las mencionadas normas legales. Intentos para aclarar estos problemas de interpretación se realizaron en el lenguaje del Reglamento de la Ley de Gas (en lo sucesivo denominado el “RLG”). Sin embargo, el RLG no consiguió aclarar las dudas enteramente por las limitaciones que tiene su rango legal. En vista de ello, se realizó un segundo esfuerzo mediante la reforma del artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos².

Independientemente de las dudas y diferencias de interpretación de las leyes, debemos aclarar que la versión oficial del Ministerio de Energía y Petróleo (en lo sucesivo denominado el “MENPET”), es que al gas asociado se le debe aplicar la regalía correspondiente a los hidrocarburos líquidos. Sin embargo, esto no quiere decir que dicha interpretación sea correcta desde el punto de vista de la lógica jurídica.

Este trabajo busca explicar las distintas interpretaciones que existen en relación con la regalía aplicable a los distintos hidrocarburos. Aunque desde el punto de vista práctico el tema puede haber perdido cierta vigencia, desde un punto de vista académico consideramos que es un análisis importante y aclaratorio para aquellos que no se encuentran en contacto constante con el área de los hidrocarburos en el país.

Para abordar este tema de la forma mas clara posible, hemos decidido dividir este trabajo en varias partes. La primera parte analiza las distintas normas relacionadas con la regalía antes de la reforma de la Ley de Hidrocarburos y los distintos problemas interpretativos que surgieron. La segunda

² La Ley de Hidrocarburos fue producto del Decreto Presidencial N° 1.510, publicado por primera vez en la Gaceta Oficial N° 37.323, de fecha 13 de noviembre de 2001. Fue modificada por la Asamblea Nacional y publicada en la Gaceta Oficial N° 38.443, de fecha 24 de mayo de 2006 y reimpressa por error material en la Gaceta Oficial N° 38.493, de fecha 4 de agosto de 2006.

parte analiza la reforma del artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos y si dicha reforma resuelve los problemas interpretativos explicados en la primera parte. La tercera parte consiste en una propuesta para aclarar finalmente los distintos problemas de interpretación tratados en este trabajo. Finalmente expondremos nuestras conclusiones.

PRIMERA PARTE: ANÁLISIS DE LAS NORMAS QUE ESTABLECEN LA REGALÍA APLICABLE A LOS DISTINTOS HIDROCARBUROS ANTES DE LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE HIDROCARBUROS

II. DEFINICIÓN DE REGALÍA

Antes de comenzar con el análisis objeto de este trabajo, es necesario definir lo que debe entenderse por la regalía. Ni la Ley de Hidrocarburos, la Ley de Gas o el RLG contienen una definición de lo que debe entenderse por regalía. Sin embargo, el Proyecto del Reglamento de la Ley de Hidrocarburos (en lo sucesivo denominado el "PRLH"), establece una clara definición que nos ayuda a introducir esta materia.

En este sentido, el artículo 77 del PRLH establece que debe entenderse por regalía la participación del Estado como propietario del recurso que se explota, expresado en la proporción de hidrocarburos que por derecho le corresponde sobre los volúmenes producidos. Así entendido el término, el Estado tendrá derecho a recibir una regalía, cada vez que se explota un recurso natural dentro del territorio del país.

III. ALCANCE DE LA LEY DE HIDROCARBUROS Y LA LEY DE GAS

Otro punto que es importante aclarar para poder analizar e interpretar la normativa legal aplicable a las regalías es el alcance jurídico de la Ley de Hidrocarburos antes de su reforma y de la Ley de Gas. Como veremos más adelante, las distintas interpretaciones que se le puedan dar a los distintos artículos relacionados con las regalías están estrechamente ligadas con los límites del ámbito de aplicación de estas leyes.

Ámbito de aplicación de la Ley de Hidrocarburos antes de su reforma

El artículo 1 de la Ley de Hidrocarburos establece que "todo lo relativo a la exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte, almacenamiento, comercialización, conservación de los hidrocarburos, así

como lo referente a los productos refinados y a las obras que la realización de estas actividades requiera, se rige por [esta ley].”

En vista de que el término “hidrocarburos” puede referirse tanto a líquidos como gases, este artículo no nos aclara mucho el ámbito de aplicación de la Ley de Hidrocarburos. Sin embargo, el artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos, antes de su reforma, aclaraba mucho más su ámbito de aplicación al establecer que las actividades relativas a los hidrocarburos gaseosos se rigen por la Ley de Gas.

Cuando el artículo 2 no hacía distinción alguna, debíamos entender que todo lo relativo a los hidrocarburos líquidos debía regirse obligatoriamente por la Ley de Hidrocarburos, mientras que todo lo relacionado a los hidrocarburos gaseosos debía regirse por la Ley de Gas.

Ámbito de aplicación de la Ley de Gas

El artículo 2 de la Ley de Gas establece que “las actividades de exploración en las áreas indicadas en el artículo anterior [yacimientos de hidrocarburos gaseosos existentes en territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona marítima contigua y en la plataforma continental], en busca de yacimientos de *hidrocarburos gaseosos no asociados* y la explotación de tales yacimientos; así como la recolección, almacenamiento y utilización tanto del gas natural no asociado proveniente de dicha explotación, como del gas que se produce asociado con el petróleo u otros fósiles; el procesamiento, industrialización, transporte, distribución, comercio interior y exterior de dichos gases, se rige por la presente Ley [*resaltado nuestro*].”

La redacción de este artículo ha traído problemas de interpretación. Un gran sector ha interpretado que cuando el legislador hizo referencia específica a los hidrocarburos gaseosos no asociados para referirse a las actividades primarias de exploración y explotación que estarían reguladas por la Ley de Gas, estaba estableciendo que las actividades de exploración y explotación de gas asociado a yacimientos de hidrocarburos líquidos deberían estar reguladas por la Ley de Hidrocarburos.

En nuestra opinión, esta interpretación es incorrecta por dos razones principales, la primera de carácter práctico y la segunda de carácter legal. Desde el punto de vista práctico, la actividad de exploración y explotación de gas asociado no existe, como tampoco existe la actividad de exploración y explotación de hidrocarburos líquidos asociados a yacimientos de gas libre.

Recordemos que todos los yacimientos contienen ambos tipos de hidrocarburos, tanto líquidos como gaseosos. Es dependiendo del volumen de líquidos y gases de cada yacimiento que el MENPET, a través de una fórmula establecida para cada licencia otorgada, los denomina como yacimientos de hidrocarburos líquidos o yacimientos de gas libre. Una vez que el MENPET ha determinado el tipo de yacimiento de que se trate otorgará la licencia de exploración y/o explotación correspondiente. Es por esta razón práctica que el MENPET no otorga licencias para la exploración y explotación de gas asociado, o para la exploración y explotación de hidrocarburos líquidos asociados a yacimientos de gas libre. Por ejemplo, no existe en la práctica la actividad de explotación de gas asociado como una actividad separada a la explotación de hidrocarburos líquidos. Es en el mismo proceso de explotación de hidrocarburos líquidos que el gas asociado al yacimiento es obtenido. Siguiendo este razonamiento, la Ley de Gas no podría regular una actividad inexistente. Esto explica la referencia a gas libre cuando la Ley de Gas hace referencia a las actividades primarias de exploración y explotación.

Desde el punto de vista legal, y asumiendo que la actividad de exploración y explotación de gas asociado existe en la práctica, la Ley de Hidrocarburos, antes de su reforma, no podía regular dicha actividad. Recordemos que el artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos, antes de su reforma, establecía que todas las actividades relacionadas con el gas debían regirse por la Ley de Hidrocarburos Gaseosos, sin hacer distinción entre hidrocarburos gaseosos asociados o libres. Esto quiere decir que las actividades relacionadas con el gas, asociado o no, se encontraban fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Hidrocarburos. Si esto era así y asumiendo que la actividad de exploración y explotación de gas asociado se encuentra fuera del ámbito de la Ley de Gas, debemos llegar a la conclusión que dichas actividades no se encontraban reguladas por ninguna ley antes de la reforma de la Ley de Hidrocarburos.

IV. REGALÍA CORRESPONDIENTE A LOS HIDROCARBUROS LÍQUIDOS

El artículo 44 de la Ley de Hidrocarburos establece que de los volúmenes de hidrocarburos extraídos de cualquier yacimiento el Estado tiene derecho a una participación de 30% como regalía.

En el caso de yacimientos de hidrocarburos líquidos, el artículo es bastante claro y no presenta confusión alguna. Adicionalmente, cuando la norma establece que se trata de cualquier yacimiento, debemos interpretar que si las circunstancias hiciesen económicamente viable la explotación de hidrocarburos líquidos asociados a un yacimiento de gas libre, estos hidrocarburos también estarían sujetos a una regalía del 30%.

Sin embargo, existen dudas en lo que se refiere a la regalía aplicable al gas asociado a yacimientos de hidrocarburos líquidos y a la regalía aplicable a los líquidos o condensados del gas natural. Las distintas interpretaciones que existen al respecto serán analizadas más adelante.

Por otro lado, el artículo 44 de la Ley de Hidrocarburos otorga la facultad al Ejecutivo Nacional de rebajar esta regalía al 20% siempre que se demuestre que la explotación de un yacimiento maduro o de petróleo extrapesado de la Faja del Orinoco no sería económicamente viable con la regalía del 30%. Antes de la reforma de la Ley de Hidrocarburos, el Ejecutivo Nacional tenía la potestad de rebajar la regalía al 16 2/3% cuando se demostrase que los proyectos para mezclas de bitúmenes procedentes de la Faja Petrolífera del Orinoco no eran económicamente viables con una regalía del 30%. Esta potestad del Ejecutivo Nacional fue eliminada con la reforma de la Ley de Hidrocarburos.

V. REGALÍA CORRESPONDIENTE

A LOS HIDROCARBUROS GASEOSOS NO ASOCIADOS

El artículo 34 de la Ley de Gas establece que de los volúmenes de hidrocarburos gaseosos extraídos de cualquier yacimiento, y no reinyectado, el Estado tiene derecho a una participación de 20% como regalía.

En el caso de yacimientos de gas libre o no asociado, la norma se encuentra bastante clara y no presenta confusión alguna. Sin embargo, existe confusión al tratarse de la regalía aplicable al gas asociado. Las distintas interpretaciones que existen al respecto serán analizadas mas adelante.

VI. REGALÍA CORRESPONDIENTE

A LOS HIDROCARBUROS GASEOSOS ASOCIADOS

En este punto, la posición oficial del MENPET es que la regalía correspondiente a los hidrocarburos gaseosos asociados a yacimientos de hidro-

carburos líquidos es aquella establecida en la Ley de Hidrocarburos y no la establecida en la Ley de Gas, es decir, 30% sobre los volúmenes de gas extraído. A continuación analizaremos los distintos argumentos del MENPET para sostener esta interpretación, antes de la reforma del artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos.

Ubicación del gas asociado

El MENPET ha sostenido que por cuanto este gas se encuentra asociado a un yacimiento de hidrocarburos líquidos, la regalía aplicable debe ser la regalía establecida en la Ley de Hidrocarburos y no en la Ley de Gas. Este es un argumento práctico y no tiene basamento legal alguno.

Mas aún, si asumiésemos esta tesis como correcta tendríamos que llegar a la conclusión que el MENPET se contradice. La razón es que el MENPET ha establecido, por medio de resolución, que la regalía aplicable a los condensados o líquidos extraídos del gas es la que se encuentra en la Ley de Hidrocarburos. En consecuencia, si siguiésemos este razonamiento, deberíamos interpretar que la regalía aplicable a los condensados extraídos del gas debería ser la establecida en la Ley de Gas por cuanto ellos se encuentran ligados al gas natural. Esta resolución será interpretada más adelante.

La Ley de Gas no regula las actividades de exploración y explotación de gas asociado

Como explicamos en el Punto II arriba, este razonamiento es incorrecto. Sin embargo, esta interpretación ha servido como uno de los argumentos para sostener que la regalía correspondiente a los gases asociados es aquella establecida en la Ley de Hidrocarburos y no aquella establecida en la Ley de Gas. El argumento ha sido construido de la siguiente manera:

- ▶ Por cuanto, el artículo 2 de la Ley de Gas excluye a las actividades de exploración y explotación de gas asociado.
- ▶ Por cuanto, la regalía es la contraprestación del Estado por la explotación de un recurso natural.
- ▶ Por cuanto, la actividad de explotación del gas asociado se rige por la Ley de Hidrocarburos como consecuencia de la exclusión del artículo 2 de la Ley de Gas.
- ▶ Ahora, por lo tanto, la regalía aplicable al gas asociado debe ser aquella establecida de la Ley de Hidrocarburos y no aquella establecida en la Ley de Gas.

El análisis crítico que hemos realizado en el Punto II arriba es igualmente aplicable a este razonamiento. Sin embargo, aun cuando asumamos que las actividades de exploración y explotación de gas asociado se rigen por la Ley de Hidrocarburos, esto no quiere decir que la regalía aplicable al gas asociado sería necesariamente la establecida en la Ley de Hidrocarburos. Como vimos en el Punto I arriba, la definición de regalía corresponde a un derecho que tiene el Estado por la explotación del recurso natural. Siendo esto así, la regalía no constituye una actividad de explotación sino un derecho relacionado con la explotación de un recurso natural. En conclusión, aun cuando la actividad de explotación del gas asociado estuviese regulada en la Ley de Hidrocarburos, esto no quiere decir que las regalías correspondientes a dicha actividad estén reguladas por esta ley. Al contrario, seguirían estando reguladas necesariamente por la Ley de Gas.

Esta conclusión se encuentra también sustentada en el texto del artículo 34 de la Ley de Gas, antes mencionado. Este artículo establece la regalía correspondiente a los hidrocarburos gaseosos extraídos de “cualquier yacimiento”. Lo que quiere decir que incluye expresamente al gas extraído de yacimientos asociados a hidrocarburos gaseosos.

Adicionalmente, el mencionado artículo establece que la regalía correspondiente a los hidrocarburos gaseosos será calculada sobre el volumen del gas extraído y “no reinyectado”. La actividad de reinyección de gas es realizada principalmente para ayudar a la obtención de hidrocarburos líquidos. Es decir, el gas asociado obtenido en el proceso de explotación de hidrocarburos líquidos es reinyectado para ejercer la presión necesaria para que los hidrocarburos líquidos restantes puedan llegar a la superficie y ser utilizados. Siendo esto así, debemos concluir que el legislador estaba tomando en cuenta a los gases asociados cuando incluyó las palabras “no reinyectado” en el texto del artículo 34 de la Ley de Gas.

En contraste, el artículo 44 de la Ley de Hidrocarburos no incluye las palabras “no reinyectado”. Por lo que si este artículo estableciese las regalías correspondientes al gas asociado podría argumentarse que estas regalías deben calcularse sobre el volumen de gas extraído, sin excluir el volumen de gas reinyectado. Este razonamiento es absurdo desde un punto de vista económico.

Se ha sostenido que esta disposición está dirigida a PDVSA Gas, S.A. La razón es que “de presentarse problemas operativos que afectasen la reinyec-

ción de gas en el norte de Monagas, en la práctica se le ha solicitado a PDVSA Gas, S.A. que tome el exceso de gas asociado procedente de dichos campos y lo almacene reinyectándolo en los campos de Anaco. Puesto que PDVSA Gas, S.A. no produce ese gas asociado que viene de Monagas (lo produce una de sus filiales), PDVSA Gas, S.A. no debería pagar regalía alguna sobre esos volúmenes de gas que reinyecta en los yacimientos de gas no asociado de Anaco. Esta norma permite entonces que PDVSA Gas, S.A. no tenga que pagar regalía sobre el gas asociado que recibe de su filial para almacenamiento en Anaco”³. Esta interpretación es, sin embargo, una interpretación restrictiva. Si el legislador hubiese querido crear una excepción exclusiva para PDVSA Gas, S.A., que no incluyera a otras personas que realicen la actividad de explotación, debió haberlo especificándolo expresamente y no establecer una excepción de aplicación general. Más aún, siguiendo el razonamiento del MENPET, el legislador hubiese incluido esta excepción en la Ley de Hidrocarburos y no en la Ley de Gas.

El Reglamento de la Ley de Gas

El principal argumento para sostener la teoría del MENPET es el artículo 36 del RLG. Este artículo establece que “de los volúmenes de hidrocarburos gaseosos *no asociados* extraídos de cualquier yacimiento, y no reinyectados, el Estado tiene derecho a una participación de 20% como regalía... [*Destacado nuestro*].”

Por cuanto el artículo excluye expresamente al gas asociado, se ha sostenido que la intención era que la regalía aplicable a ellos fuese la establecida en la Ley de Hidrocarburos. Esta exclusión parece ser un esfuerzo por aclarar las dudas que existían antes de la entrada en vigencia del RLG, inclinando la balanza hacia la interpretación del MENPET. Sin embargo, este esfuerzo no es suficiente para sostener dicha tesis. La razón principal es que la Ley de Gas tiene un rango legal superior al RLG. Por lo tanto, donde la ley no distingue no puede distinguir el Reglamento. En consecuencia, mediante un análisis crítico de esta norma podría argumentarse que es una norma ilegal. Más aún, el hecho de que el RLG tenga un artículo que regule exclusivamente la regalía aplicable al gas no asociado no quiere decir que la Ley

³ Adriana LEZCANO y Elisabeth ELJURI, Consideraciones sobre las regalías del gas natural en Venezuela, Desarrollo Integral de la Industria del Gas Natural en Venezuela, *Serie de Publicaciones Asociación Venezolana de Procesadores de Gas (AVPG)* No.2, p. 141, Caracas, Venezuela, Noviembre 2004.

de Gas no podría regular independientemente lo concerniente a la regalía aplicable al gas asociado.

Consideraciones económicas

Algunos sectores privados han apoyado la tesis del MENPET por consideraciones de carácter económico, más no legal. La razón es las rebajas especiales que establece el artículo 44 de la Ley de Hidrocarburos para yacimientos de petróleo extrapesado en la Faja del Orinoco. En este sentido en artículo 44 establece que:

“... El Ejecutivo Nacional, en caso de que se demuestre a su satisfacción que un yacimiento maduro o de petróleo extrapesado de la Faja del Orinoco, no es económicamente explotable con la regalía del treinta por ciento (30%) establecida en este Decreto Ley, podrá rebajarla hasta un límite de veinte por ciento (20%) a fin de lograr la economicidad de la explotación y queda facultado igualmente para restituirla, total o parcialmente, hasta alcanzar de nuevo el treinta por ciento (30%), cuando se demuestre que la economicidad del yacimiento pueda mantenerse con dicha restitución”.

Antes de la reforma de la Ley de Hidrocarburos, el mismo artículo establecía también que:

“El Ejecutivo Nacional, en caso de que se demuestre a su satisfacción que proyectos para mezclas de bitúmenes procedentes de la Faja Petrolífera del Orinoco, no son económicamente viables con la regalía de treinta por ciento (30%) establecida en este Decreto Ley, podrá rebajarla hasta el límite de dieciséis dos tercios por ciento (16 2/3%), a fin de lograr la economicidad de tales proyectos y queda igualmente facultado para restituirla, total o parcialmente, hasta alcanzar de nuevo el treinta por ciento (30%), cuando se demuestre que la rentabilidad de los proyectos pueda mantenerse con dicha restitución.”

Si se sostuviese que la regalía aplicable al gas asociado se encuentra regulada por la Ley de Hidrocarburos, podría argumentarse que las rebajas especiales establecidas en el artículo antes citado también serían aplicables al gas asociado extraído de dichos yacimientos. En este sentido, se ha sostenido que la Ley de Gas y su Reglamento estipulan que la regalía pagadera sobre todos los hidrocarburos gaseosos no asociados se ha establecido en una tasa fija del 20%. “En la Ley de Gas no hay una norma que permita la reducción

de la tasa de la regalía aplicable al gas no asociado. Por otra parte, en la Ley de Hidrocarburos (de la cual estos sectores han sostenido que aplica para el gas asociado), se permite una reducción del 30% de la tasa de la regalía en ciertos casos, sujeto a aprobación previa del Ejecutivo Nacional. Aunque la Ley de Hidrocarburos no especifica si dicha reducción podría aplicarse al gas asociado, en nuestra opinión, no hay nada en el texto de la ley que elimine esta posibilidad. En este sentido, la tasa de la regalía sobre el gas asociado, que generalmente se entiende es de 30%, podría reducirse al 20% (si el gas se extrae de yacimientos de crudo extrapesado o de yacimientos maduros) o, anterior a la reforma de la Ley de Hidrocarburos, al 16 2/3% (si el gas está asociado con bitumen de la Faja Petrolífera del Orinoco), siempre que el productor pueda demostrar al Ejecutivo que, de no ser así, los proyectos no serían económicamente viables.”⁴

Esta interpretación explica por qué varios sectores han apoyado la tesis del MENPET. Sin embargo, no esgrime argumentos legales de peso para sostener esta tesis. Adicionalmente, el PRLH no hace mención alguna al respecto.

VII. REGALÍA CORRESPONDIENTE A LOS LÍQUIDOS EXTRAÍDOS DEL GAS NATURAL

La Resolución N° 244 del MENPET, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.353, de fecha 9 de enero de 2006 (en lo sucesivo, la “Resolución”), establece expresamente la regalía aplicable a los condensados o líquidos extraídos del gas natural. En este sentido, el artículo 11 de la Resolución establece que la tasa de participación porcentual por concepto de regalías aplicable a los líquidos del gas natural será 30%.

En principio, esta norma concuerda con lo establecido en el artículo 44 de la Ley de Hidrocarburos por cuanto dicho artículo establece la regalía aplicable a los hidrocarburos líquidos extraídos de cualquier yacimiento. Adicionalmente, la Ley de Gas y el RLG solo hablan de hidrocarburos gaseosos, por lo que no podría argumentarse que la regalía aplicable a los líquidos del gas natural es la establecida en la Ley de Gas.

Sin embargo, lo que el MENPET debió haber hecho es hacer referencia a la Ley de Hidrocarburos y no establecer expresamente que la regalía aplicable en este caso es del 30%. La razón es que la regalía es una carga que se le

⁴ Ver *supra* nota 2, p. 142.

impone al particular y, por lo tanto, aunque no sea considerada un impuesto existen argumentos y precedentes que establecen que este tipo de cargas solo pueden ser impuestos mediante ley y no mediante un reglamento o resolución. En consecuencia, podría argumentarse que el artículo 11 de la Resolución se encuentra viciado de ilegalidad.

SEGUNDA PARTE: REFORMA DEL ARTÍCULO 2 DE LA LEY DE HIDROCARBUROS

Un nuevo esfuerzo para aclarar cuál sería la regalía aplicable a los hidrocarburos gaseosos asociados fue la reforma del artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos. Por medio de esta reforma se trató de sustentar la interpretación del MENPET de que la regalía aplicable al gas asociado es aquella establecida en la Ley de Hidrocarburos.

Antes de la reforma de la Ley de Hidrocarburos, el artículo 2 establecía que “Las actividades relativas a los hidrocarburos gaseosos se rigen por la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos”. Este lenguaje colaboró con los problemas de interpretación explicados anteriormente.

Con la reforma de la Ley de Hidrocarburos, dicho artículo establece que “Las actividades relativas a los hidrocarburos gaseosos se rigen por la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, *salvo la extracción de hidrocarburos gaseosos asociados con el petróleo que se registrarán por la presente Ley [destacado nuestro]*”.

Con esta reforma se trató de sustentar que por cuanto las actividades de extracción del gas asociado se rigen por la Ley de Hidrocarburos y, por cuanto la regalía se encuentra asociada a la extracción de hidrocarburos, entonces la regalía aplicable al gas asociado debe ser aquella establecida en la Ley de Hidrocarburos y no en la Ley de Gas. Este razonamiento fue explicado en los textos que resumen las discusiones de la Asamblea Nacional llevadas a cabo como consecuencia de dicha reforma.

Por más que esta reforma pareciese haber aclarado el tema y la intención del legislador, consideramos que desde un punto de vista de interpretación legislativa no se ha resuelto el problema.

La razón es que aun cuando las actividades de extracción de gas asociado se rigen por la Ley de Hidrocarburos, esto no quiere decir que la regalía

aplicable al gas asociado sería necesariamente la establecida en la Ley de Hidrocarburos. Como vimos en el Punto I arriba, la definición de regalía corresponde a un derecho que tiene el Estado por la explotación del recurso natural. Por lo tanto, la regalía no constituye una actividad de extracción, explotación o exploración, sino un derecho relacionado con la explotación de un recurso natural. En conclusión, aun cuando la actividad de extracción del gas asociado se encuentra regulada en la Ley de Hidrocarburos, esto no quiere decir que las regalías correspondientes a dicha actividad estén reguladas por esta ley. Al contrario, seguirían estando reguladas necesariamente por la Ley de Gas.

Desde un punto de vista práctico, no se encuentra claro qué se quiere decir con actividades de extracción de gas asociado. En la práctica, dichas actividades pareciesen confundirse con la explotación de hidrocarburos líquidos. Ello nos lleva a concluir que dichas actividades no existen por cuanto ya se encuentran enmarcadas en este proceso de explotación.

TERCERA PARTE: PROPUESTA PARA ACLARAR CUÁL ES LA REGALÍA APLICABLE AL GAS ASOCIADO

Si la intención del legislador y la del MENPET es establecer una regalía del 30% para los gases asociados, la forma correcta de hacerlo sería modificando los artículos de la Ley de Hidrocarburos y de la Ley de Gas que establecen las regalías aplicables.

Existen distintas opciones, pero en nuestra opinión la opción más deseable sería la modificación del artículo 34 de la Ley de Gas de la siguiente manera: "De los volúmenes de hidrocarburos gaseosos extraídos de yacimientos de gas libre el Estado tiene derecho a una participación de 20% como regalía. De los volúmenes de hidrocarburos gaseosos extraídos de yacimientos de gas asociado, y no reinyectados, el Estado tiene una participación del 30%".

La modificación propuesta hubiese dejado claro el porcentaje de participación del Estado de los gases asociados sin molestar la interpretación normal y lógica que se deriva del resto de los artículos de la Ley de Gas y la Ley de Hidrocarburos, evitando de esta manera llevar a cabo interpretaciones complicadas y contradictorias para llegar a la misma conclusión.

VIII. CONCLUSIONES

Después de analizar la normativa legal aplicable a la materia que se encuentra vigente en la actualidad, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

- ▶ La regalía aplicable a los hidrocarburos líquidos extraídos de un yacimiento de hidrocarburos líquidos o de un yacimiento de hidrocarburos gaseosos es del 30%, es decir, es la establecida en la Ley de Hidrocarburos.
- ▶ La regalía aplicable al gas libre es del 20%, es decir, es la establecida en la Ley de Gas.
- ▶ No está claro cuál es la regalía aplicable al gas asociado. El MENPET sostiene que dicha regalía es del 30%, es decir, la establecida en la Ley de Hidrocarburos. La reforma del artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos pareciese aclarar este punto, pero aun deja dudas desde un punto de interpretación legislativa. Otros sectores han apoyado esta interpretación por cuanto les permitía argumentar que, en ciertos casos, el gas asociado podría estar sujeto a las rebajas especiales establecidas en la Ley de Hidrocarburos. Con la reforma de la Ley de Hidrocarburos, la única rebaja especial permitida es hasta el 20% (es decir, igual al porcentaje de la regalía establecida en la Ley de Gas), por lo que la motivación de dichos sectores ha perdido sentido. Sin embargo, un análisis objetivo del régimen legal aplicable y basado en una estricta hermenéutica jurídica nos lleva a concluir necesariamente que la regalía aplicable al gas asociado es del 20%, es decir la establecida en la Ley de Gas. En consecuencia, si se quisiera apoyar la tesis contraria sería necesario una nueva reforma tanto de la Ley de Hidrocarburos como de la Ley de Gas en especial del artículo 34 de la Ley de Gas.
- ▶ La regalía aplicable a los líquidos o condensados extraídos del gas natural es del 30%, es decir la establecida en la Ley de Hidrocarburos. Sin embargo, el MENPET debió haber hecho referencia a la Ley de Hidrocarburos directamente en vez de establecer la regalía aplicable por medio de resolución.

IX. BIBLIOGRAFÍA

1. Decreto N° 1.510 con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.323, de fecha 13 de noviembre de 2001. Posteriormente refor-

INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS LEGALES QUE ESTABLECEN LAS REGALÍAS APLICABLES A LOS...

mado por la Asamblea Nacional y publicado en la Gaceta Oficial N° 38.443, de fecha 24 de mayo de 2006 y reimpresso por error material en la Gaceta Oficial N° 38.493, de fecha 4 de agosto de 2006.

2. Proyecto de Reglamento del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, puesto a consulta pública por el Ministerio de Energía y Petróleo, en el mes de agosto de 2005.
3. Decreto N° 310 con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, publicado en la Gaceta Oficial N° 36.793, de fecha 23 de septiembre de 1999.
4. Decreto N° 840 del Reglamento de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.471 Extraordinario, de fecha 5 de junio de 2000.
5. Resolución N° 244 del Ministerio de Energía y Petróleo, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.353, de fecha 9 de enero de 2006.
6. Adriana LEZCANO y Elisabeth ELJURI, Consideraciones sobre las regalías del gas natural en Venezuela, Desarrollo Integral de la Industria del Gas Natural en Venezuela, *Serie de Publicaciones de la Asociación Venezolana de Procesadores de Gas (AVPG)* N° 2, página 141, Caracas, Venezuela, Noviembre 2004.

Régimen Legal y Fiscal aplicable a las Empresas Mixtas previstas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos

Ronald Evans Marquez¹

Jorge Jraige Roa²

(Venezuela)

SUMARIO: I. Introducción; II. Régimen general aplicable a las Empresas Mixtas previstas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos: 1. *Naturaleza jurídica de las Empresas Mixtas*, 2. *Legislación especial aplicable a las Empresas Mixtas*; III. Régimen Impositivo aplicable a las Empresas mixtas previstas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos: 1. *Impuesto sobre la Renta (ISLR)*, 2. *Impuesto al Valor Agregado (IVA)*, 3. *Condición de Contribuyente Especial de las empresas mixtas*, 4. *Impuesto sobre actividades económicas*, 5. *Impuestos especiales en materia de Hidrocarburos*; IV. Conclusiones; V. Bibliografía; VI. Legislación; VII. Jurisprudencia.

¹ Ronald EVANS MÁRQUEZ es abogado egresado de la UCV en 1990. Master en Leyes y Diploma del Programa de Tributación Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Harvard (1993). Especialista en Derecho Tributario (UCV, 1996). Diplomado del Primer Programa de Derecho Petrolero y Minero de la Universidad Monteavila (2006). Profesor por concurso de Finanzas Públicas, Facultad de Ciencias Jurídicas, UCV y profesor de Derecho Financiero de la UCAB. Profesor de Derecho Tributario Internacional en la Universidad del Externado, Bogotá, Colombia. Ex Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Financiero (Asovedefi, 1999-2004), Presidente del Comité de Impuestos de Venamcham del 2004 al 2006 y actualmente Presidente del Capítulo Venezolano de la IFA (2008-2010). Es socio del Despacho de Abogados Baker & McKenzie

² Jorge JRAIGE ROA es abogado egresado de la Universidad de los Andes en 1999 (Mención Summa Cum Laude). Especialista en Derecho Tributario (Universidad de Salamanca, 2003), Master en Gerencia Tributaria de la Empresa, Universidad Metropolitana (2006). Especialización en Derecho Tributario UCV (tesis pendiente). Diplomado del Primer Programa de Derecho Petrolero y Minero de la Universidad Monteavila (2006). Abogado Asociado del Despacho de Abogados Baker & McKenzie.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda los aspectos jurídicos que se suscitan con el cambio que las empresas del sector privado petrolero asumen al migrar de los Convenios operativos a las Empresas Mixtas. Como se sabe, el gobierno nacional, de conformidad con los nuevos lineamientos dados por el Ministerio de Energía y Petróleo a su operadora, PDVSA, a partir del 1º de enero de 2006 puso fin a los Convenios Operativos y se dio paso al esquema de las Empresas Mixtas según lo previsto en la Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH).

Con fecha 12 de abril de 2005, el Ministerio de Energía y Petróleo emitió un instructivo, con efecto retroactivo al 1º de enero, limitando los pagos a los Convenios Operativos. El Seniat, por su parte, formuló millonarios reparos alegando que las empresas que firmaron convenios operativos de servicios con PDVSA, en realidad ejecutaron y ejecutan actividades primarias de explotación de hidrocarburos, sujetas a la tarifa de 67.7% en el ejercicio 2001 y 50% en los ejercicios 2002 a 2004, en lugar de la tarifa corporativa ordinaria del 34% reportada por las empresas petroleras en sus declaraciones de renta. Se invocó para esos efectos el llamado principio de las formas previsto en el Código Orgánico Tributario (COT) según el cual, el Fisco está autorizado para desconocer las formas jurídicas cuando “sean manifiestamente inapropiadas” y la intención fundamental haya sido evadir, eludir o disminuir el impuesto. Esto se conoce con el nombre de “abuso de las formas”.

El artículo 16 del Código Orgánico Tributario que autoriza a la Administración, en el marco de una fiscalización, a desconocer los contratos y en general las formas jurídicas adoptadas por el contribuyente cuando el propósito fundamental sea el evadir o disminuir el impuesto. El COT habla de “formas adoptadas por el contribuyente”, con lo cual, pareciera que en casos de contratos con entes públicos donde los contratos han sido propuestos o impuestos por el mismo Estado venezolano pareciera no estarse en presencia de la situación antes descrita. Tampoco pareciera plausible decir que el propósito fundamental al escoger una forma ofrecida por el Estado sea disminuir el impuesto, pues habría que accionar necesariamente contra la empresa del Estado que sugirió esa forma como partícipe del supuesto ilícito. Ya un tribunal venezolano ha tenido ocasión de rechazar la pretensión de desconocer contratos habiendo un propósito claro de negocios, prepon-

derante a cualquier otra consideración (Caso *Proagro*, 13 de junio de 2001, Juzgado Superior Noveno de lo Contencioso Tributario, Caracas). En ese caso, el juzgador estableció que “la Administración Tributaria incurre en falso supuesto por haber apreciado erradamente las cláusulas del contrato de asociación y considerar que esa sola apreciación formal, sin ahondar en la investigación de los hechos, permite calificar la celebración del mismo como abuso de forma jurídica. Derivado de lo anterior, se debe concluir que no hay prueba en autos de fundados indicios para considerar que el propósito fundamental del contrato haya sido evadir”.

En todo caso, la discusión es ya “agua pasada”, pues PDVSA en este proceso decidió no permitir la migración a ninguna compañía que presentara un estado de mora con el SENIAT. Esto llevó que los reparos se resolvieran en vía administrativa, más como un proceso político y de oportunidad de negocios, que como una verdadera discusión jurídica sobre el fondo de los reparos.

En el proceso de migración a Empresas Mixtas, el Estado se reservó como mínimo un 51% de participación, según lo pautado en la LOH. Se previó que las Empresas Mixtas contarán con una estructura con una junta directiva compuesta por tres directores de PDVSA, dos directores de la empresa asociada y distintos gerentes y algunos puestos estratégicos reservados tanto para PDVSA como a los socios.

La migración a Empresas Mixtas comporta un mayor riesgo para los inversionistas desde el punto de vista jurídico, al participar en una empresa del Estado sujeta a una serie de regulaciones especiales. El presente trabajo busca justamente abordar la problemática jurídica del ordenamiento jurídico aplicable a las Empresas Mixtas.

II. RÉGIMEN GENERAL APLICABLE A LAS EMPRESAS MIXTAS PREVISTAS EN LA LEY ORGÁNICA DE HIDROCARBUROS

I. Naturaleza jurídica de las Empresas Mixtas

A nuestro juicio, las Empresas Mixtas Operadoras que son constituidas con la finalidad de realizar actividades primarias de conformidad con la LOH son Empresas, Asociaciones o Sociedades propiedad del Estado. Tal afirmación se sustenta en las disposiciones contenidas en los Artículos 100 y 113 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP), según las cuales:

“Artículo 100. Son empresas del Estado las sociedades mercantiles 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 esta Ley, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social.”

“Artículo 113. Serán asociaciones y sociedades civiles del Estado aquellas en las que la República o su ente descentralizado funcionalmente posea el cincuenta por ciento o más de las cuotas de participación, y aquellas cuyo monto se encuentre conformado en la misma porción, por aporte de los mencionados entes, siempre que tales aportes hubiesen sido efectuados en calidad de socio o miembro.”

Las empresas propiedad del Estado o Asociaciones Estatales o Sociedades Civiles se registrarán por las disposiciones de la ley ordinaria, excepto por las disposiciones de las leyes especiales que regulan o establecen ciertos controles u obligaciones especiales precisamente porque son consideradas entidades públicas. Los artículos 106, 112 y 114 de la LOAP disponen lo siguiente:

“Artículo 106. Las empresas del Estado se registrarán por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la presente Ley. Las empresas del Estado creadas por ley nacional se registrarán igualmente por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la ley.”

“Artículo 112. Las fundaciones del Estado se registrarán por el Código Civil y las demás normas aplicables, salvo lo establecido en la ley”

Basado en lo que antecede, está claro que las Empresas Mixtas Operadoras que se indican en la LOH serían consideradas Empresas o Sociedades Propiedad del Estado cuyas operaciones se registrarán, primero, por las disposiciones específicas para el tipo de sociedad o asociación en cuestión, excepto por las disposiciones de la LOAP y, en segundo lugar, por las leyes especiales que rigen las operaciones de las empresas o entidades propiedad del Estado cuando tal circunstancia esté indicada en las mismas. Así, por cuanto la Empresa Mixta Operadora se constituirá bajo la forma de compañías anónimas conforme al Acuerdo de constitución y modelo de contrato aprobado por la Asamblea Nacional, dichas empresas se registrarán tanto por las disposiciones del Código de Comercio relativas a compañías anónimas, como por las normas previstas en la LOAP, debiéndose además

sujeta a todas aquellas leyes que contengan obligaciones y/o controlen las mismas, como, por ejemplo, la Ley de Licitaciones o la Ley de Privatización. En este sentido, cabe destacar que la LOAP contiene una serie de controles y obligaciones que estas entidades públicas deben cumplir (LOAP Quinta Sección, Capítulo II). Como ejemplos, debemos citar las obligaciones que serán asignadas a un Ministerio específico (Artículo 16) y los atributos de los organismos asignados con respecto a los órganos descentralizados (Artículo 117) y el cumplimiento de los compromisos que operan como mecanismos de control que el organismo asignado tiene sobre la Entidad Pública y sirven para lograr los “resultados en el área respectiva” (Artículos 119, 129, 130, 132, 133).

Adicionalmente, según explicaremos abajo, hay obligaciones contenidas en leyes especiales que deben ser observadas y cumplidas por las Empresas Mixtas Operadoras, tales como la obligación de asignar a dos (2) Directores Laborales a la Junta Directiva (Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento), obtener la aprobación de la Asamblea Nacional para operaciones de crédito público (Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público), la necesidad de realizar licitaciones públicas y las limitaciones sobre la venta de la participación del Estado en la Empresa Mixta (Ley de Licitaciones y Ley de Privatizaciones), la obligación de obtener la autorización escrita del Ministerio de Energía y Petróleo (MENPET), los efectos que están sujetos a procedimientos de arbitraje (Ley de Arbitraje Comercial) y la obligación de los Directores de Compañías Mixtas Operadoras de consignar declaraciones juradas de bienes porque para fines de dicha ley ellos son considerados “empleados públicos” (Ley contra la Corrupción). Sin embargo, es de hacer notar que ni los Directores designados por los inversionistas privados ni los trabajadores que trabajan para las Compañías Mixtas Operadoras serían considerados empleados públicos sujetos a las disposiciones estipuladas en la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP), por lo tanto, estos trabajadores deberán regirse por la ley del trabajo aplicable a personas naturales.

2. Legislación especial aplicable a las Empresas Mixtas

Tal como se indica arriba, las Empresas Mixtas, al ser consideradas empresas propiedad del Estado, están sujetas a una serie de leyes especiales que rigen o complementan el sistema legal según el cual se regirán. Como una ilustración, abajo citamos algunas de las disposiciones legales que consideramos deben ser tomadas en cuenta:

2.1. *Ley Orgánica del Trabajo (LOT) y su Reglamento*

Las Empresas Mixtas deben incorporar al menos dos (2) Directores Laborales con sus Suplentes a su Junta Directiva o Consejo de Administración. Uno de ellos es designado por la confederación que represente a la mayor parte de los trabajadores a escala nacional, quienes tengan mayor regularidad en sus operaciones o cuyas actividades sean desempeñadas en la mayor extensión territorial. El otro es electo por los trabajadores mediante voto directo y secreto, y debe ser un trabajador activo con un mínimo de tres (3) años de servicios (o que haya prestado servicios desde el inicio de las actividades del instituto, compañía u organismo correspondiente, si este último hubiese estado en operación por menos de tres años). Estos Directores permanecerán en su cargo por el mismo tiempo designado para el resto de los miembros de la Junta Directiva o Consejo de Administración. Los Directores (Director o Suplente) que trabajen en el instituto, compañía u organismo, calificarán para fueros sindicales o inamovilidad laboral bajo las mismas condiciones previstas en el Artículo 449 de la LOT.

Los acuerdos o resoluciones de la Junta Directiva o Consejo de Administración que sean adoptadas sin haber convocado a los Directores Laborales a la reunión serán nulos. Igualmente, los Directores Laborales tienen acceso a información relacionada con las operaciones del organismo, compañía o instituto. Por su parte, los Directores Laborales deben mantener secreta cualquier información clasificada como confidencial por la Junta Directiva o Consejo de Administración. Es de hacer notar que los Directores Laborales tienen los mismos deberes y derechos que los demás miembros de la Junta Directiva o Consejo de Administración.

2.2. *Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAF)*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, numeral 8 de la LOAF, las Empresas Mixtas están sujetas a la regulación prevista en dicha Ley.³ En este sentido, es preciso destacar que el artículo 65 de la LOAF, consagra

³ Artículo 6. Están sujetos a las regulaciones de esta Ley, con las especificidades que la misma establece, los entes u organismos que conforman el sector público, enumerados seguidamente:

(...omissis...)

8. Las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. Quedarán comprendidas además, las sociedades de propiedad totalmente

que el presupuesto anual de las Empresas Mixtas debe ser aprobado por la Oficina Nacional de Presupuesto antes del 30 de septiembre de cada año y por el Presidente de la República en Consejo de Ministros antes del 31 de diciembre de cada año.⁴ Para que las Empresas Mixtas realicen operaciones de crédito público deben obtener una autorización de la Asamblea Nacional, otorgada a través de una ley especial. En nuestra opinión, la aplicación de las reglas relativas a operaciones de crédito público para Empresas Mixtas limita de manera considerable su capacidad de obtener los fondos que necesitarán para ejecutar sus proyectos.

Según la LOAF (Artículo 77), las operaciones de crédito público comprenden: i) la emisión y colocación de títulos valores, incluyendo letras del tesoro, parte de préstamos u operaciones de tesorería; ii) apertura de cualquier tipo de créditos; iii) contratación de obras, servicios y adquisiciones cuyo pago total o parcial sea fijado para ser hecho durante uno o más ejercicios económicos de aquellos en los que el objeto del contrato sea causado, siempre y cuando la operación incluya financiamiento; iv) otorgamiento de garantías; y v) consolidación, conversión, unificación o cualquier otra forma de refinanciamiento o reestructuración de la deuda pública existente.

2.3. Ley de Licitaciones

Según la Ley de Licitaciones,⁵ las Empresas Mixtas estarían obligadas a realizar licitaciones públicas para contratar la ejecución de obras y servicios de naturaleza comercial (distintas de profesionales y laborales), y adquirir bienes muebles. Las licitaciones públicas son procedimientos administrativos formales cuya violación puede causar la anulación del proceso de contratación y la apertura de una investigación administrativa por parte del Contralor General de la República (CGR). Dentro de los procesos de

estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional.

⁴ LOAF, Artículo 69.

⁵ "Artículo 2. Están sujetos al presente Decreto Ley, los procedimientos de selección de contratistas que realicen los siguientes entes:
(...omissis...)

5. Las asociaciones civiles y sociedades en las cuales la República y las personas jurídicas a que se contraen los numerales anteriores tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del patrimonio o capital social del respectivo ente.

6. Las asociaciones civiles y sociedades en cuyo patrimonio o capital social tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%), las asociaciones civiles y sociedades a que se refiere el numeral anterior."

licitación realizados, las Empresas Mixtas deben observar las disposiciones del Decreto 1892 sobre las Medidas Temporales para Promover y Desarrollar la Pequeña y Mediana Industria y Cooperativas, Productoras de Bienes y Proveedores de Servicios, ubicados en el país. De acuerdo con estas regulaciones, debería aplicarse un sistema preferencial para la Pequeña y Mediana Industria, incluyendo o contratando servicios profesionales.

2.4. *Ley de Arbitraje Comercial (LAC)*

Según la LAC,⁶ para que un acuerdo de arbitraje sea válido, será necesaria la aprobación del organismo público competente para la Empresa Mixta, así como la autorización escrita del Ministro correspondiente, el cual para el área de hidrocarburos es el Ministro de Energía y Petróleo, cuando una de las partes del contrato sea una compañía en la cual la República tenga una participación accionaria igual o mayor al 50%, o una compañía en la que la misma tenga una participación accionaria igual o mayor al 50%. Así, para poder acordar medios alternativos para resolver controversias, tales como el arbitraje comercial, en los contratos que firmen, las Empresas Mixtas requerirán la autorización escrita del MENPET.

2.5. *Ley contra la Corrupción (LCC)*

Según la LCC,⁷ el patrimonio neto de las Empresas Mixtas es considerado patrimonio público. Adicionalmente, sus directores y administradores se-

⁶ "Artículo 4. Cuando una de las partes de un acuerdo arbitral sea una sociedad donde la República, los Estados, Los Municipios y los Institutos Autónomos tengan una participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, dicho acuerdo requerirá para su validez la aprobación del órgano estatutario competente y la autorización por escrito del Ministro de tutela. El acuerdo especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, que en ningún caso será menor de tres (3)."

⁷ "Artículo 4. Se considera patrimonio público aquel que corresponde por cualquier título a:

1. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional. (...omissis...)

10. Las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación en su capital social, así como las que se constituyen con la participación de aquéllas. (...)

Artículo 5. Cuando las personas señaladas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8 y 9 del artículo anterior tengan una participación accionaria menor al cincuenta por ciento (50%) en cualquier sociedad, dicha participación se considerará patrimonio público a los efectos de esta Ley y estará sujeto a las normas y principios en ella establecidos. Su irregular o incorrecta administración será penada de conformidad con lo previsto en esta Ley y las

rían considerados empleados públicos y, entre otras obligaciones, deberían consignar ante la CGR una declaración jurada de bienes dentro de los 30 días siguientes a su designación y dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que cesen en sus funciones. Esta declaración de bienes debe contener una autorización expresa e irrevocable de la parte que la haga, autorizando a la CGR y al organismo competente a investigar sus cuentas y bienes ubicados en el exterior. Esta Ley establece las responsabilidades administrativas y penales de los empleados públicos. Dentro de las responsabilidades administrativas están: i) supuestos específicos, dentro de los cuales están la violación de derechos relativos a una sana administración, deudas no autorizadas, manejo ilegal de cuentas bancarias, sobregiros bancarios, uso indebido de fondos y bienes públicos, emisión de certificados incorrectos para faltas al trabajo, ocultamiento de planillas administrativas, mala administración (dentro de los cuales están los gastos innecesarios, gastar a precios mayores a los precios de mercado y falta de mantenimiento de bienes), y la negligencia en las defensas legales; y ii) violación de derechos derivados de la aplicación de la Ley y dentro de la cual podemos mencionar la violación de obligaciones, tales como la de declarar el patrimonio, presentar una declaración sincera, presentar documentos de respaldo para la declaración jurada, obstrucción de investigaciones y violación de la obligación de retener pagos.

2.6. *Ley de Privatización*

Según el Artículo 2 (numerales 2 y 4) de esta Ley, las Empresas Mixtas son consideradas como entes del "sector público". Una de las consecuencias de su aplicación sería que si el sector público en cualquier momento tiene la intención de traspasar su porcentaje accionario en la Empresa Mixta, debería cumplir previamente con el procedimiento establecido en el Artículo 10, el cual, entre otras cosas, requiere la aprobación del Presidente de la República en Consejo de Ministros, publicación en la Gaceta Oficial y la autorización del Comité Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional. Por lo tanto, si existen derechos preferenciales en el Documento Constitutivo o en cualquier convenio de accionistas celebrado, estas obligaciones siempre estarían sujetas al cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley de Privatización.

sanciones administrativas establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal."

Adicionalmente, los Directores de las Empresas Mixtas están obligados a tomar las precauciones exigidas para poder conservar los bienes y otros activos de la empresa y salvaguardar su valor. Esta violación de obligación es considerada como daño al patrimonio público y será sancionado de acuerdo con la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Cualquier violación de esta norma anularía la operación de la venta de acciones o traspaso del porcentaje accionario de la República. Por otra parte, dentro del procedimiento de venta de acciones podrán establecerse preferencias a favor de: i) trabajadores, jubilados o pensionados, quienes podrán adquirir las acciones al mismo precio que los demás compradores. El porcentaje accionario de los trabajadores, jubilados y pensionados podrá llegar hasta el 20%, según la intención expresada por ellos dentro de un período que no podrá exceder los noventa días contados a partir del inicio de las negociaciones. Esta venta es obligatoria y estará sujeta a las condiciones negociadas para cada caso; ii) personas que presenten planes para organizaciones cooperativas, comunitarias o de co-gestión; iii) personas domiciliadas en la entidad federal donde esté ubicada la compañía; y iv) empresas nacionales dedicadas a actividades de transformación en el país, ligadas al sector que corresponde a la compañía.

Suponiendo que una Empresa Mixta tiene la intención de celebrar un contrato de operación con empresas en las que el Estado tenga un porcentaje accionario de entre el 10 al 50%, debe tenerse en cuenta que esas operadoras deben garantizar a sus trabajadores los derechos preferenciales estipulados en estas reglas en caso de una venta de acciones. Adicionalmente, si el Estado considera a las Operadoras como empresas estratégicas, la venta debe ser previamente aprobada por la Asamblea Nacional.

2.7. *Ley Orgánica del Ambiente*

Según el Artículo 6 de esta Ley,⁸ las Empresas Mixtas deberían planear y ejecutar sus actividades de acuerdo con las disposiciones del Plan Nacional para la Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente, junto con

⁸ “Artículo 6. Los organismos de la Administración Pública Nacional de los Estados y de los Municipios; las instituciones, corporaciones o entidades de carácter público y *aquellas de carácter privado en las cuales el Estado, directa o indirectamente participe con el cincuenta por ciento o más de su capital social*, deberán programar y ejecutar sus actividades de acuerdo con las previsiones del Plan Nacional de Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente y de conformidad con las reglas que se dicten en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de esta Ley.” (Resaltado y cursiva nuestros)

las normas que sean emitidas en virtud de las disposiciones del Artículo 4.⁹ Este artículo establece que la dirección suprema de la política nacional relativa al ambiente es responsabilidad del Presidente de la República en Consejo de Ministros.

2.8. *Ley Orgánica de la Contraloría de la República*

Según el Artículo 9 (10 y 11) de esta Ley,¹⁰ las Empresas Mixtas estarían sujetas al control y supervisión de la CGR. La CGR podría realizar las fiscalizaciones e inspecciones que considere necesarias, así como los estudios e investigaciones al respecto. Adicionalmente, la CGR podrá formar divisiones, delegaciones, comités, o unidades de control en las Empresas Mixtas, ya sean temporales o permanentes. Como resultado de las inspecciones y auditorías realizadas, la CGR podría hacer fiscalizaciones e imponer sanciones a las personas que, en su opinión, hayan incurrido violaciones administrativas durante su administración.

Las más altas autoridades de la empresa deben designar los jefes de las unidades de auditoría interna, de acuerdo con los resultados de un acto público obligatorio para su designación. Las principales autoridades también deberían organizar, establecer, mantener y evaluar el sistema de control interno que incluye el plan de organización, políticas, normas y los procedimientos adoptados para salvaguardar fondos, verificar la precisión y veracidad de la información financiera y administrativa, promover la eficiencia, economía y calidad, entre otras cosas. El sistema de control

⁹ "Artículo 4. La suprema dirección de la política nacional sobre el ambiente corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros. A tal efecto, dictará las normas sobre coordinación de las competencias de los organismos de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, en función de los objetivos de la presente Ley."

¹⁰ "Artículo 9. Están sujetas a las disposiciones de la presente ley y al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República:
(...omissis...)

10. Las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación en su capital social, así como las que se constituyan con la participación de aquéllas.

11. Las fundaciones y asociaciones civiles y demás instituciones creadas con fondos públicos, o que sean dirigidas por las personas a que se refieren los numerales anteriores, o en las cuales tales personas designen sus autoridades, o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones efectuados en un ejercicio presupuestario por una o varias de las personas a que se refieren los numerales anteriores representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto."

interno que será implementado debe garantizar que antes de proceder con la adquisición de bienes o servicios, o la redacción de otros contratos que impliquen compromisos financieros, las partes responsables deben garantizar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el gasto sea atribuido correctamente a la partida presupuestaria pertinente, o si fuera el caso, a créditos adicionales, ii) que haya disponibilidad presupuestaria, iii) que se hayan provisto las garantías necesarias y suficientes para respaldar las responsabilidades de los contratistas, iv) que los precios sean justos y razonables, salvo por las excepciones establecidas en otras Leyes, v) que se hayan cumplido las condiciones previstas en la Ley de Licitaciones, cuando sea necesario, y demás Leyes aplicables..

2.9. *Ley sobre Conservación y Mantenimiento de Obras Públicas*

Por cuanto las Empresas Mixtas están sujetas al cumplimiento de las disposiciones de esta Ley,¹¹ éstas deberán preparar planes de conservación y mantenimiento para sus instalaciones de acuerdo con las políticas e instrucciones de la Oficina de la Fiscalía General de Mantenimiento. Adicionalmente, las Empresas deben preparar cada año sus programas de mantenimiento general junto con sus proyectos de presupuesto para obras, edificios, instalaciones y equipos y otros bienes para sus divisiones, los cuales deben ser entregados al Fiscal General de Mantenimiento antes del 30 de agosto de cada año (Artículo 11). Las Empresas Mixtas también deberían operar una Unidad de Mantenimiento, la cual sería responsable por desarrollar la función de mantenimiento. La estructura organizacional de esta unidad debería ser presentada a la Oficina del Fiscal General de Mantenimiento.

2.10. *Ley General de Marinas y Actividades Relacionada (LGMAR)*

La LGMAR contiene ciertas obligaciones para las Empresas Mixtas. Por ejemplo, los buques propiedad de entidades públicas nacionales, estatales o municipales, institutos autónomos y asociaciones en las cuales la República tenga un porcentaje accionario, deben ser construidos, reparados, modificados o desmontados por astilleros, fábricas de barcos, muelles, diques secos y

11 "Artículo 2. Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley:

(...omissis...)

3° Las sociedades en las cuales el Poder Nacional y demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50 %) del capital social. Quedarán comprendidas, además, las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional."

talleres navales debidamente registrados en el Registro de la Industria Naval de Venezuela, excepto por razones técnicas, de jurisdicción o de fuerza mayor, en cuyo caso la parte interesada debería de una solicitud razonada por escrito ante el Consejo Nacional de Canalizaciones, el cual emitirá una opinión dentro de un período de diez (10) días hábiles.¹² Por otra parte, los empleados civiles o empleados de institutos anónimos y de empresas propiedad del Estado o asignadas a ellas, que violan los mandatos este Decreto-Ley (Artículo 293) serán sancionados con despido de sus cargos.¹³

2.11. Ley Orgánica que regula la enajenación de bienes del sector público no afectos a las industrias básicas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de esta Ley, la enajenación de bienes propiedad de empresas en las que el Estado tenga una participación superior al 50% del capital social y que no fueren necesarios para el cumplimiento de sus finalidades, así como los que hubiesen sido desincorporados o se encontraren en estado de obsolescencia o deterioro, estarán sujetas a las disposiciones de dicho instrumento legal. En tal sentido, una Comisión adscrita al Ministerio de Finanzas integrada por cinco miembros de libre elección y remoción del Presidente de la República, determinará los bienes sujetos a la enajenación, su precio, condiciones y forma, entre otras circunstancias.

2.12 Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de esta Ley, en los directorios, juntas directivas o administradoras, o consejos de administración de los institutos autónomos y organismos de desarrollo económico o social del sector público y de las empresas en que el Estado u otra persona de Derecho Público sea titular de más de cincuenta por ciento (50%) del capital, se incluirá por lo menos a una mujer. En este sentido, queda claro que las empresas mixtas que pretendan desarrollar actividades primarias de hidrocarburos deberán incluir al menos a una mujer dentro de sus respectivos órganos de administración.

¹² LGMAR, Artículo 164

¹³ "Artículo 293. Se sancionarán con la destitución de los cargos que ocupen, a los funcionarios públicos o empleados de los institutos autónomos y *empresas del Estado* o dependientes de éste, que contravinieren los mandatos establecidos en esta Ley." (Resaltado y cursiva nuestros)

2.13 *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ)*

La LOTSJ consagra a través de su artículo 4, numeral 24, la competencia del Tribunal Supremo para conocer y decidir las demandas intentadas en contra de las empresas del Estado, y por ende, en contra las Empresas Mixtas Operadoras, considerando para ello la cuantía de las demandas interpuestas.¹⁴ En tal sentido, en las demandas que excedan las 70.001 Unidades Tributarias (UT) la competencia será atribuida a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia; para las demandas cuya cuantía esté comprendida entre 10.000 y 70.000 UT serán los Tribunales Contenciosos Administrativos (Corte Primera y Segunda) los que tengan atribuidas la competencia jurisdiccional; por último, las demandas de cuantías menores a las 10.000 UT corresponderán a los Tribunales Contencioso Administrativos o a los Tribunales Superiores.

III. RÉGIMEN IMPOSITIVO APLICABLE A LAS EMPRESAS MIXTAS PREVISTAS EN LA LEY ORGÁNICA DE HIDROCARBUROS

En virtud de la decisión adoptada por el Ejecutivo Nacional en el marco de la llamada política de Plena Soberanía Petrolera y del cambio experimentado en la legislación venezolana con relación a la participación privada en la realización de las actividades primarias previstas en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH)¹⁵, cuyas principales consecuencias conllevaron a la extinción de los convenios operativos celebrados por la República para la mejor realización de sus funciones de explotación de hidrocarburos,¹⁶ y a la utilización exclusiva del esquema de empresas mixtas para materializar dicha participación privada en actividades primarias de hidrocarburos, el

¹⁴ Artículo 5. Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República.

(...omissis...)

24. Conocer de las demandas que se propongan contra la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República ejerza un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, si su cuantía excede de setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.).

¹⁵ Llevada a cabo a través de la Ley de Regularización la Participación Privada en las Actividades Primarias Previstas en el Decreto N° 1.510 con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicada en Gaceta Oficial N° 38.419 del 18 de abril de 2006.

¹⁶ Suscritos con empresas privadas con fundamento en la disposición contenida en el artículo 5 de la derogada Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, publicada en Gaceta Oficial N° 1.779 Extraordinario del 29 de agosto de 1975 (LOREICH).

tratamiento fiscal aplicable a la realización de tales actividades por parte de los particulares también fue objeto de importantes modificaciones. Tales cambios responden básicamente a la divergencia existente entre la naturaleza de las actividades desarrolladas a la luz de los extintos convenios operativos (i.e. servicios) y la llevada a cabo hoy en día por las empresas mixtas (i.e. actividades de explotación propiamente dichas).

Como consecuencia del cambio señalado, consideramos de utilidad desarrollar desde la perspectiva de los principales tributos consagrados en la legislación vigente, el tratamiento fiscal aplicable a dichas empresas mixtas, tomando en consideración a tales efectos tanto la naturaleza de sus actividades, como la condición de empresas o sociedades propiedad del Estado a la cual hicimos referencia en el capítulo anterior. Dicho tratamiento impositivo se resume en los siguientes términos:

1. Impuesto sobre la Renta (ISLR)

1.1 Condición de contribuyente de las empresas mixtas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Impuesto sobre la Renta¹⁷ (Ley de ISLR), las empresas propiedad de la Nación, de los Estados o de los Municipios, estarán sujetas a los impuestos y normas establecidas en dicha ley, cualquiera que sea la forma jurídica de su constitución, aunque las leyes especiales referentes a tales empresas dispongan lo contrario. Adicionalmente, el artículo 7, literal d, de la Ley de ISLR, contempla expresamente como sujeto pasivo de dicho tributo a los titulares de enriquecimientos provenientes de las actividades de hidrocarburos y conexas, tales como las correspondientes a la refinación y el transporte.

En virtud de lo anterior, es claro que los enriquecimientos derivados de la realización de actividades de explotación de hidrocarburos percibidos por las empresas mixtas estarán, al igual que los percibidos por cualquier otro contribuyente (privado o dedicado a la realización de actividades distintas), sujetos al pago del ISLR. La única excepción aplicable al caso concreto de las empresas mixtas está determinada por los enriquecimientos extraordinarios provenientes del valor comercial que les sea reconocido por sus asociados a los activos representados por estudios previos, informaciones, conocimientos e instructivos técnicos, fórmulas, datos, grabaciones, películas, especificaciones y otros bienes de similar naturaleza relacionados

¹⁷ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.529 del 25 de septiembre de 2006.

con los proyectos objeto de explotación destinados al desarrollo de los mismos (**Ley de ISLR**, Artículo 14, numeral 12). Aun cuando la norma hace mención expresa a los proyectos relacionados con los Convenios de Asociación celebrados de conformidad con la LOREICH, es preciso destacar que dicha disposición también incluye a los proyectos desarrollados mediante contratos de interés nacional previstos en la Constitución. Por cuanto los contratos de empresa mixta a ser suscritos entre la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A (CVP) y las entidades privadas que celebraron los convenios operativos entre 1992 y 1997, calificarían como contratos de interés nacional conforme a lo dispuesto en la Sección IV del Título IV de la Constitución¹⁸, consideramos que dicha exención resulta aplicable a las empresas mixtas previstas en la LOH.¹⁹

1.2 *Tarifa Impositiva aplicable*

1.2.1. *Enriquecimientos obtenidos*

A diferencia de los contribuyentes (personas jurídicas o asimiladas) dedicados a la realización de actividades distintas a la explotación de hidrocarburos y de actividades conexas, tales como la refinación y el transporte, o a la compra o adquisición de hidrocarburos y derivados para la exportación, cuyos enriquecimientos están sujetos al pago del ISLR sobre la base de las tarifas progresivas del 15%, 22%, o 34%,²⁰ los contribuyentes involucrados en la realización de tales actividades (i.e. las empresas mixtas), estarán sujetos al pago del tributo conforme a la tarifa única del 50% por todos los enriquecimientos obtenidos, aunque provengan de actividades distintas a las de tales industrias [**Ley de ISLR**, Artículos 11 y 53(b)]

Las únicas excepciones previstas a la aplicación de la tarifa especial del 50%, dependerán del ejercicio fiscal al cual le resulten atribuibles los ingresos obtenidos por la empresa mixta. Así, respecto a los ejercicios fiscales que hayan comenzado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de

¹⁸ Publicada en Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000.

¹⁹ Esta exención adquiere especial relevancia en la actualidad, toda vez que las empresas mixtas se encuentran en pleno proceso de formación y en virtud de ello obtendrán de las diferentes empresas privadas firmantes de los 31 convenios operativos que migrarán al esquema de empresas mixtas, una serie de activos a los que hace referencia la referida exención.

²⁰ Dependiendo de la cuantía de los enriquecimientos netos sujetos a imposición.

ISLR (v.g. ejercicio fiscal iniciado antes del 24 de Noviembre de 2006²¹) y, por ende, regidos por la Ley de Impuesto sobre la renta del 2001²² (Ley de ISLR de 2001), resultaran aplicables las siguientes excepciones: (i) empresas que realicen actividades a la luz de los Convenios de Asociación celebrados conforme a la LOREICH o mediante contratos de interés nacional previstos en la Constitución, para la ejecución de proyectos integrados verticalmente en materia de explotación, refinación, industrialización, emulsificación, transporte y comercialización de petróleos crudos extrapesados, bitúmenes naturales; (ii) empresas que realicen actividades integradas o no, de exploración y explotación del gas no asociado, de procesamiento o refinación, transporte, distribución, almacenamiento, comercialización y exportación del gas y sus componentes; y (iii) las empresas ya constituidas y domiciliadas en Venezuela que realicen actividades integradas de producción y emulsificación de bitumen natural, a las cuales les resultarán aplicables las tarifas progresivas comprendidas entre el 15% y el 34%.

Por su parte, bajo la vigencia de la Ley de ISLR, sólo estarán exceptuados de la aplicación de la tarifa del 50%, en materia de hidrocarburos, los siguientes contribuyentes: (i) las empresas que realicen actividades integradas o no, de exploración y explotación del gas no asociado, de procesamiento, transporte, distribución, almacenamiento, comercialización y exportación del gas y sus componentes; y (ii) las empresas que se dediquen exclusivamente a la refinación de hidrocarburos o al mejoramiento de crudos pesados y extra pesados.

²¹ En vista de que la Ley de ISLR no fijó la fecha de su entrada en vigencia, se aplicarán las normas establecidas en la Constitución y en el Código Orgánico Tributario que regulan la entrada en vigencia de normas tributarias. En este sentido, el artículo 317 de la Constitución señala expresamente: *“Toda ley tributaria fijará su lapso de entrada en vigencia. En ausencia del mismo se entenderá fijado en sesenta días continuos. (...)”*. Por su parte, el artículo 8 del Código Orgánico Tributario prescribe lo siguiente: *“Las leyes tributarias fijarán su lapso de entrada en vigencia. Si no lo establecieron, se aplicarán una vez vencidos los sesenta (60) días continuos siguientes a su publicación en la Gaceta Oficial.”*

En virtud de las disposiciones transcritas, es claro que las normas modificadas a través de la Ley de ISLR entrarán en vigencia sesenta (60) días después de su publicación en Gaceta Oficial, es decir el 24 de noviembre de 2006. Ahora bien, como dichas normas afectan la cuantía del impuesto sobre la renta respectivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Código Orgánico Tributario sólo podrán aplicarse a los ejercicios fiscales que comiencen a partir del 24 de noviembre de 2006.

²² Publicada en Gaceta Oficial N° 5.566 Extraordinario del 28 de diciembre de 2001.

Como consecuencia de lo anterior, es claro que las empresas mixtas constituidas con ocasión de la migración del esquema de los convenios operativos, estarán sujetas al pago del ISLR conforme a la tarifa única del 50%. La aplicación de la referida tarifa abarcará cualquier enriquecimiento que sea obtenido por la empresa mixta independientemente que éste no provenga de actividades de hidrocarburos (i.e. venta de activos fijos, enriquecimiento derivados de otras inversiones no exentas o exoneradas, etc.). Así, queda atrás la discusión surgida entre la Administración Tributaria y las diferentes empresas firmantes de los convenios operativos en cuanto a la naturaleza de las actividades llevadas a cabo por éstas (i.e. prestaciones de servicios o explotación de hidrocarburos) y por tanto, de la aplicación de la tarifa progresiva con el límite máximo del 34%, la cual dio origen a los diferentes reparos formulados por dicha Administración con relación a los ejercicios fiscales no prescritos.

2.2.2. *Dividendos*

Los dividendos a ser percibidos por la CVP y las entidades privadas que celebraron los convenios operativos en su condición de accionistas de la empresa mixta estarán sujetos a imposición conforme al mismo procedimiento de determinación previsto para los contribuyentes dedicados a actividades distintas a hidrocarburos, es decir, tomando en cuenta el ingreso percibido a título de dividendo, pagado o abonado en cuenta, en dinero o en especie, originado en la renta neta no exenta ni exonerada que exceda de la fiscal, que no haya sido gravada con el ISLR y conforme al orden de imputación previsto en el artículo 70 de la Ley de ISLR.²³ No obstante, los dividendos pagados por la empresa mixta estarán sujetos a la tarifa del 50% aplicable a los enriquecimientos percibidos por dicha empresa (**Ley de ISLR**, Artículo 74, parágrafo segundo). La aplicación de la referida tarifa especial no

²³ "Artículo 70. A los efectos del régimen aquí previsto, los dividendos pagados o abonados en cuenta, se imputarán en el siguiente orden:

- a) En primer lugar, a la renta neta fiscal gravada en el ejercicio inmediatamente anterior a aquél en que ocurre el pago, los cuales nos serán gravados.
- b) En segundo lugar, a los dividendos recibidos de terceros por el pagador en el ejercicio inmediatamente anterior a aquél en que ocurre el pago, los cuales ya fueron gravados como tales o se originaron de la renta neta fiscal gravada en cabeza de la sociedad que origina el dividendo.
- c) En tercer lugar, a la renta neta que exceda de al renta neta fiscal del ejercicio inmediatamente anterior a aquél en que ocurre el pago, los cuales serán gravados conforme a lo previsto en este Capítulo."

variará por la realización o no de actividades de hidrocarburos por parte de los accionistas de la empresa mixta. El impuesto al dividendo deberá ser retenido en su totalidad por la empresa mixta al momento del pago o abono en cuenta. Asimismo, si el dividendo es pago mediante acciones de la empresa mixta, el impuesto estará sujeto a un anticipo del 1% sobre el valor total del dividendo decretado, el cual se acreditará al impuesto al dividendo que se determinará y pagará en la oportunidad de la venta de las acciones (Ley de ISLR, Artículo 74, en concordancia con el Artículo 214 de su Reglamento²⁴).

1.3. Reglas Especiales de Amortización

De conformidad con lo previsto en el artículo 24 de la Ley de ISLR, los contribuyentes que se dediquen a la explotación de minas, de hidrocarburos y de actividades conexas, tales como la refinación y transporte, tendrán la posibilidad de imputar al costo una cantidad razonable para atender a la amortización de las inversiones capitalizadas o que hayan de capitalizarse de acuerdo con las normas de la referida Ley. Dicha amortización se calculará conforme al sistema de agotamiento, con la sola limitación de no poderse amortizar bienes que no estén situados en Venezuela.

Las inversiones capitalizadas a las que hace referencia el artículo 24 de la Ley de ISLR y que resultan aplicables a las empresas mixtas, están expresamente establecidas en dicha Ley (artículo 26), bajo los siguientes términos:

- (i) Los gastos directos de exploración, levantamientos topográficos y otros similares;²⁵

²⁴ Publicado en Gaceta Oficial N° 5.662, Extraordinario del 24 de septiembre de 2003 (Reglamento de la Ley de ISLR)

²⁵ De conformidad con el artículo 45 del Reglamento de la Ley de ISLR, dichos gastos son los realizados para conocer la existencia de hidrocarburos en nuevas áreas, incluyendo los siguientes: (a) Trabajos geológicos, sismográficos y los realizados por cualquier otro método para los mismos fines; (b) Carreteras de acceso a los campos de exploración; (c) Perforación de pozos estructurales y de exploración; (d) Construcciones en campos de exploración; y, (e) Gastos de levantamientos topográficos directamente relacionados con los trabajos de exploración. Asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 del referido Reglamento, las bases para el cálculo de la amortización por agotamiento de dichos gastos, son las siguientes: (i) El costo no amortizado de las inversiones a que se refiere el artículo 45 de este Reglamento; (ii) El total de las reservas recuperables de las Áreas probadas; y (iii) La producción total de la empresa.

- ii) Una cuota razonable de los gastos indirectos hechos en las operaciones de los campos aplicables a los trabajos de desarrollo en las diversas fases de la industria; y
- (iii) Cualquier otra erogación que constituya inversión de carácter permanente.

1.4. Rebajas por nuevas inversiones

Al igual que en el caso de la amortización, las empresas mixtas, entendidas como empresas dedicadas a la explotación de hidrocarburos, poseían, bajo las disposiciones de la Ley de ISLR de 2001 reglas especiales en cuanto a las rebajas por nuevas inversiones se refiere. Dichas reglas se encuentran establecidas en el artículo 56 de la Ley de ISLR de 2001, y se resumen a partir de la siguiente comparación efectuada respecto del tratamiento previsto para otros contribuyentes dedicados a actividades distintas a hidrocarburos:

	Actividades Hidrocarburos (incluye empresas mixtas)	Otras actividades (incluye convenios operativos)
Monto de la rebaja	8%	Actividades industriales 10% Actividades turísticas 75% Actividades agrícolas 80%
Limitación al monto de la rebaja	Si aplica. Las rebajas no podrán exceder del 2% del monto del enriquecimiento global de la empresa.	No aplica
Deducciones a los efectos de la determinación del monto de la rebaja	(i) Los retiros, las amortizaciones y las depreciaciones de estos nuevos activos fijos, hechos en el ejercicio y (ii) Un dos por ciento (2%) del promedio del activo fijo neto para el ejercicio anterior, calculado éste con base a los balances de principio y fin de año.	(i) Los retiros, las amortizaciones y las depreciaciones de estos nuevos activos fijos, hechos en el ejercicio.
Rebaja adicional	(i) 4% por inversiones en: a) Exploración, perforación e instalaciones conexas de producción, transporte y almacenamiento, hasta el puerto de embarque o lugar de refinación en el país, inclusive; b) Recuperación secundaria de hidrocarburos; c) Aprovechamiento, conservación y almacenamiento del gas, incluido el licuado; y d) Valorización de hidrocarburos y los egresos por concepto de investigación. (ii) 10% por inversiones en activos, programas y actividades destinadas a la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, la recuperación de las áreas objeto de exploración y explotación de hidrocarburos y gas realizadas en las áreas de influencia de la unidad de producción.	(i) 10% por inversiones en activos, programas y actividades destinadas a la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, la recuperación de las áreas objeto de exploración y explotación de hidrocarburos y gas realizadas en las áreas de influencia de la unidad de producción.
Duración de la rebaja	La Ley de ISLR no establece un lapso de duración.	Por 5 años contados a partir de la entrada en vigencia de la Ley de ISLR.

No obstante lo anterior, es necesario advertir acerca de la inaplicabilidad de las rebajas por nuevas inversiones a los ejercicios fiscales de las empresas mixtas que se inicien con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de ISLR (v.g. a partir del 24 de Noviembre de 2006), ello en virtud de la derogatoria del artículo 56 de la Ley de ISLR de 2001, llevada a cabo a través de la reforma legislativa materializada mediante la Ley de ISLR.²⁶

1.5. Presentación de declaraciones estimadas

Como consecuencia de su condición de empresas dedicadas a la realización de actividades de hidrocarburos, las empresas mixtas tendrán plazos, modos de determinación y formas de pago de las declaraciones estimadas diferentes del resto de contribuyentes dedicados a otras actividades comerciales, industriales o de servicios. En este sentido, el artículo 164 del Reglamento de la Ley de ISLR contempla que en los casos de declaraciones estimadas presentadas de conformidad con lo previsto en su artículo 158,²⁷ el contribuyente deberá pagar a título de anticipo el saldo que resulte de rebajar del noventa y seis por ciento (96%) del monto del impuesto derivado de la declaración estimada prevista en dicho artículo, el total de los impuestos que le hayan sido retenidos hasta el mes anterior al del plazo para presentar la declaración. El monto de este impuesto, salvo disposición en contrario basada en el artículo 173 del Reglamento, se pagará en nueve (9) porciones iguales, mensuales y consecutivas en las oficinas Receptoras de Fondos Nacionales. Dicha disposición en contrario está expresamente desarrollada a través del artículo 2 de la Providencia Administrativa N° SNAT/2004/0069²⁸, en virtud del cual los contribuyentes que se dediquen a realizar actividades mineras o de hidrocarburos, deberán presentar dentro de los primeros cuarenta y cinco (45) días continuos al cierre del ejercicio, la declaración estimada de los enriquecimientos del ejercicio en curso la cual deberá fraccionarse en

²⁶ Asimismo, es necesario señalar que el Parágrafo Primero del artículo 57 de la Ley de ISLR, excluye de forma expresa a los contribuyentes que se dediquen a las actividades señaladas en el artículo 11 de esta Ley.

²⁷ Dicho artículo prevé que aquellos contribuyentes dedicados a actividades de explotación de hidrocarburos, que dentro del año inmediato anterior al ejercicio en curso, hayan obtenido enriquecimientos netos superiores a mil unidades tributarias (1.000 U.T.), deberán determinar y pagar el anticipo de impuesto de todos sus enriquecimientos correspondientes al año gravable en curso, sobre la base del ochenta por ciento (80%) del enriquecimiento global neto correspondiente al año inmediato anterior.

²⁸ Publicada en Gaceta Oficial N° 37.877 del 11 de febrero de 2004.

doce (12) porciones de iguales montos pagaderas mensual y consecutivamente, donde la primera porción se pagará dentro de los catorce (14) días siguientes al vencimiento del término para presentar la declaración estimada y las porciones restantes dentro de los diez (10) últimos días de cada uno de los once (11) meses calendarios subsiguientes al vencimiento del plazo fijado para el pago de la primera porción.

El tratamiento establecido en el párrafo anterior difiere radicalmente del tratamiento aplicable al resto de los contribuyentes. En efecto, los contribuyentes no dedicados a actividades de hidrocarburos deberán presentar sus declaraciones estimadas dentro de la segunda quincena del sexto mes posterior al cierre del ejercicio, de conformidad con lo señalado en el artículo 164 del Reglamento de la Ley ISLR. Así, el anticipo de impuesto que resulte a pagar podrá ser cancelado hasta en seis (6) porciones de iguales montos, mensual y consecutivamente. Si los contribuyentes optan por pagar en una sola porción esta se pagará conjuntamente con la declaración estimada. Si optan cancelar en dos (2) o más porciones, la primera porción se pagará conjuntamente con la presentación de la declaración estimada y las porciones restantes se pagaran mensual y consecutivamente (**Providencia Administrativa N° SNAT/2004/0069**, Artículo 1). Por otra parte, dichos contribuyentes no estarán obligados a determinar su anticipo partiendo del saldo que resulte de rebajar del noventa y seis por ciento (96%) del monto del impuesto derivado de la declaración estimada, el total de los impuestos que le hayan sido retenidos hasta el mes anterior al del plazo para presentar la declaración, como sí sucede en el caso específico de las empresas dedicadas a actividades de hidrocarburos.

2. Impuesto al Valor Agregado (IVA)

Las empresas mixtas estarán sujetas a las mismas obligaciones que en materia del IVA consagra la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado²⁹ (Ley del IVA) respecto del resto de los contribuyentes ordinarios del referido tributo. En efecto, las empresas mixtas estarán sujetas al cumplimiento de los deberes formales correspondientes a emisión de facturas y demás comprobantes de conformidad con los requisitos y formalidades previstas tanto en la propia Ley del IVA como en las normas de carácter sub-legal que

²⁹ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.435 del 12 de mayo de 2006.

regulan tales deberes,³⁰ a la presentación de declaraciones de cada periodo impositivo, llevar libros especiales conforme a los requisitos establecidos en la Ley del IVA y su Reglamento General,³¹ a soportar el IVA en la adquisición de bienes y recepción de servicios, y en general, cualquier otra obligación prevista en la legislación que regula el impuesto en comentarios.

No obstante lo anterior, es preciso comentar la existencia de ciertos aspectos que en materia del IVA resultan aplicables a las empresas mixtas y que sí difieren del tratamiento general aplicable a los contribuyentes ordinarios, tratamiento al cual estaban sujetas las empresas operadoras bajo el esquema de los convenios operativos. Dicho tratamiento diferenciado se resume en los siguientes términos:

2.1. *Aplicación de una alícuota especial*

Las ventas de bienes y/o prestaciones de servicios efectuadas por las empresas mixtas constituirán, conforme a lo previsto en el artículo 1 de la Ley del IVA, operaciones sujetas al pago de dicho tributo.³² No obstante, es preciso destacar que las ventas de hidrocarburos naturales efectuadas por las empresas mixtas a Petróleos de Venezuela, S.A. o a cualquiera de sus filiales, estarán gravadas con la alícuota impositiva del cero por ciento (0%) (Ley del IVA, Artículo 27).

La incorporación de dicha alícuota especial en la legislación del IVA, antes aplicable con carácter de exclusividad a las exportaciones efectuadas por contribuyentes ordinarios del referido tributo, tiene su génesis en la reforma efectuada a la Ley del IVA en abril de 2006³³ y tiene por objeto evitar un incremento en la estructura de costos de la comercialización de los hidrocarburos por parte de PDVSA, ya que bajo el esquema anterior de los convenios operativos, los hidrocarburos eran transferidos directamente

³⁰ Resolución N° 320 dictada por Ministerio de Finanzas el 28 de diciembre de 1999 y publicada en Gaceta Oficial N° 36.859 del 29 de diciembre de ese mismo año.

³¹ Publicado en Gaceta Oficial N° 5.363 Extraordinario, del 10 de julio de 1999.

³² Adicionalmente al hecho de que la venta o prestaciones de servicios constituyen operaciones sujetas al pago del IVA, es preciso comentar que en materia de hidrocarburos la única exención prevista en la Ley del IVA es la correspondiente a los combustibles derivados de dichos hidrocarburos, así como los insumos y aditivos destinados al mejoramiento de la calidad de la gasolina, tales como etanol, metanol, metil-ter-butil-eter (MTBE), etil-ter-butil-eter (ETBE) y las derivaciones de éstos destinados al fin señalado [Ley del IVA, Artículo 14(4)]

³³ Publicada en Gaceta Oficial 38.424 del 26 de abril de 2006.

por las empresas operadoras quienes no recibían un precio de venta que pudiera estar sujeto al IVA sino una contraprestación comprendida por los honorarios de servicios y honorarios de capital.

2.2. *Recuperación de créditos fiscales*

Aunado a lo anterior, y como consecuencia de la referida reforma legislativa, las empresas mixtas fueron incorporadas dentro del régimen de recuperación de créditos fiscales previsto para los exportadores de bienes y/o servicios, asimilando para ello a las empresas mixtas a dicha clase de contribuyentes (Ley del IVA, Artículo 43). Dicha inclusión es totalmente lógica por cuanto la principal fuente de ingresos de las empresas mixtas será sin dudas, la venta de los hidrocarburos naturales, con lo cual dichas empresas no generarán suficientes débitos fiscales contra los cuales compensar los créditos fiscales soportados en la adquisición de bienes y recepción de servicios necesarios para la realización de sus actividades de explotación de hidrocarburos.

Como consecuencia de lo anterior, la recuperación del IVA correspondiente a los créditos fiscales soportados por las empresas mixtas se regirá por las disposiciones contenidas en los artículos 43 y 44 de la Ley del IVA, así como por el procedimiento contemplado en el Reglamento Parcial N° 1 de la Ley del IVA en materia de recuperación de créditos fiscales para contribuyentes exportadores³⁴ ("Reglamento Parcial"). Dicho procedimiento de recuperación se resume a partir de los siguientes caracteres fundamentales:

- (i) Las empresas mixtas deberán presentar una solicitud de recuperación mensual en cualquier día hábil del mes siguiente a aquel en que realice sus ventas de hidrocarburos, por ante la Gerencia Regional de Tributos Internos de su domicilio fiscal,³⁵ la cual deberá comprender los créditos fiscales correspondientes a un solo período de imposición;
- (ii) La solicitud deberá estar acompañada de una serie de recaudos los cuales se identifican en el artículo 8 del Reglamento Parcial;

³⁴ Dictado mediante Decreto N° 2.611 del 16 de septiembre de 2003 y publicado en Gaceta Oficial N° 37.794 del 10 de octubre de 2003.

³⁵ En virtud de lo dispuesto en el artículo 4(a) de la Providencia Administrativa N° 828 del SENIAT del 21 de septiembre de 2005, publicada en Gaceta Oficial N° 38.313 del 14 de noviembre de 2005, las empresas mixtas seguramente estarán sujetas al control de la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del SENIAT.

- (iii) La Administración Tributaria deberá pronunciarse sobre la procedencia o no de la solicitud presentada en un lapso no mayor de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de su recepción definitiva; y
- (iv) La recuperación de los créditos fiscales sólo podrá efectuarse mediante la emisión de certificados especiales de reintegro tributario, los cuales podrán ser cedidos o utilizados para el pago de tributos nacionales, accesorios de la obligación tributaria, sanciones tributarias y costas procesales.

En todo caso, por cuanto el procedimiento de recuperación de créditos fiscales previsto en la Ley del IVA y el Reglamento Parcial está diseñado para el caso concreto de contribuyentes exportadores, deberán hacerse ciertos ajustes a los fines de su aplicación a la recuperación de los créditos de las empresas mixtas. Tal sería el supuesto, del cálculo del crédito a recuperar en el cual la Ley del IVA distingue a las ventas internas de las ventas exportación para limitar la recuperación a los créditos imputables únicamente a estas últimas ventas. Así, en el caso concreto de las empresas mixtas, la distinción tendría que hacerse con relación a la venta de bienes y/o prestaciones de servicios distintas a las ventas de hidrocarburos, las cuales no deberían beneficiarse del mecanismo de recuperación. En vista de que inevitablemente existirán diferencias a la hora de la aplicación del procedimiento, sería recomendable que en una futura reforma de la Ley del IVA y a través de la emisión de un nuevo reglamento parcial se incluyeran ésta y otras clases de adaptaciones evitándose así que las mismas queden al arbitrio del funcionario o de las propias empresas mixtas.

2.3. Condición de Agentes de Retención del IVA

Las empresas operadoras bajo el esquema de los convenios operativos calificaban como agentes de retención del IVA dada su condición de contribuyentes especiales, por lo cual les resultaban aplicables las disposiciones contenidas en la Providencia Administrativa No. SNAT/2005/0056 mediante la cual se designan como Agentes de Retención del IVA a los sujetos pasivos calificados como especiales³⁶ (“Providencia 0056”).

Por el contrario, en el caso concreto de las empresas mixtas las disposiciones aplicables en materia de retención del IVA serían las consagradas en

³⁶ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.136 del 28 de febrero de 2005.

la Providencia Administrativa N° SNAT/2005/0056-A mediante la cual se designan a los Entes Públicos como Agentes de Retención del IVA³⁷ (“Providencia 0056-A”). En efecto, la Providencia 0056-A incluye dentro de la definición de entes públicos nacionales a “*los entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales, en los cuales la República Bolivariana de Venezuela o alguno de los entes creados por ella, tenga una participación accionaria mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social, con excepción de aquellos que hayan sido calificados como sujetos pasivos especiales por el Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT).*” [Providencia 0056-A, Artículo 2(8)] Aun cuando la redacción del artículo en nuestro criterio no es la más clara, consideramos que las empresas mixtas quedarían inmersas dentro de la definición y, por tanto, les resultarían aplicables las disposiciones contenidas en la referida Providencia 0056-A.

Aun cuando ambas providencias administrativas prevén normas similares en cuanto al porcentaje de retención aplicable, procedimientos de recuperación de excedentes de retención acumulados no deducidos, ajustes de precios, retenciones practicadas y enteradas indebidamente, oportunidades de enteramiento y otros aspectos generales, es importante destacar una diferencia en cuanto al momento en el cual se debe practicar la retención, la cual existirá dependiendo del hecho de que las empresas mixtas estén sometidas o no al Sistema de Gestión y Control de las Finanzas Públicas (SIGECOF).³⁸

Así, en el supuesto en el que dichas empresas estén sujetas al SIGECOF, la retención del impuesto se efectuará: (i) al momento del pago efectivo de la obligación, en los casos que se giren órdenes de pago directamente contra la Cuenta del Tesoro, (ii) en el momento que se autorice el pago, cuando éste se efectúe con recursos provenientes de avances, anticipos o transferencias (Providencia 0056-A, Artículo 16). Por el contrario, si las empresas mixtas están fuera del alcance del SIGECOF, la retención deberá practicarse al igual que en el caso de los demás agentes de retención, en el momento del pago o del abono en cuenta según sea lo que ocurra primero [Providencia 0056-A, Artículo 16(c); Providencia 0056, Artículo 14].

³⁷ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.136 del 28 de febrero de 2005 y reimpressa por error material en Gaceta Oficial N° 38.188 del 17 de mayo de 2005.

³⁸ Establecido mediante Reforma del Decreto N° 570 del 23 de febrero de 1995, publicada en Gaceta Oficial N° 36.572 del 2 de noviembre de 1998.

3. Condición de Contribuyente Especial de las empresas mixtas

Al igual que en el supuesto de las empresas operadoras previstas bajo los convenios operativos, la condición de contribuyentes especiales de las empresas mixtas es atribuida directamente por la Providencia Administrativa N° 0828 sobre Sujetos Pasivos Especiales³⁹ ("Providencia 0828"), con independencia del monto de los ingresos brutos reportados en su última declaración jurada anual, para el caso de tributos que se liquiden por períodos anuales (i.e. ISLR), o del monto de las ventas o prestaciones de servicios en una cualquiera de las seis (6) últimas declaraciones presentadas, para el caso de tributos liquidados por períodos mensuales (i.e. IVA) [Providencia 0828, Artículo 4(a)].

No obstante la similitud anterior, es preciso destacar que en lo que respecta al lugar de presentación de la declaración y pago del ISLR, las empresas correspondientes a los convenios operativos y las actuales empresas mixtas si reciben un tratamiento distinto conforme a las disposiciones establecidas en el la Providencia 0828. En efecto, las empresas operadoras prestadoras de servicios bajo el esquema de los convenios operativos debían presentar sus declaraciones y efectuar los pagos a que haya lugar por concepto de tributos, multas, intereses y demás accesorios, exclusivamente en el lugar indicado en la respectiva providencia administrativa mediante la cual se les notificó de su condición de contribuyentes especiales, con excepción de la declaración y pago del IVA, la cual podían efectuar de forma electrónica a través del portal de Internet del SENIAT conforme a lo dispuesto en la Providencia Administrativa N° 0082.⁴⁰

Contrario a lo anterior, los contribuyentes dedicados a las actividades primarias, industriales y de transporte de hidrocarburos, o a la comercialización de hidrocarburos y sus derivados para su exportación (i.e. empresas mixtas), deberán presentar sus declaraciones definitivas, estimadas y sustitutivas de ISLR, y efectuar los pagos a que hubiere lugar por tales conceptos, incluidos sus correspondientes anticipos, directamente ante las Oficinas de la Tesorería Nacional ubicadas en Banco Central de Venezuela, dentro de los plazos establecidos para ello en las leyes y reglamentos respectivos, debiendo remitir a la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital copia de las declaraciones y planillas de pago respectivas,

³⁹ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.313 del 14 de noviembre de 2005.

⁴⁰ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.423 del 25 de abril de 2006.

dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de cumplimiento de sus obligaciones tributarias. En cuanto al IVA se refiere, las empresas mixtas, al igual que en el caso de las empresas operadoras bajo el esquema de los convenios operativos deberán presentar sus declaraciones conforme a lo dispuesto en la Providencia N° 00828, es decir, en forma electrónica a través del portal de Internet del SENIAT.

Por otra parte, en lo que respecta a la fecha de presentación y pago de las declaraciones, la Providencia 0828 (Artículo 6) prevé textualmente lo siguiente: *“Las declaraciones relativas al impuesto sobre la renta y al impuesto a los activos empresariales, a excepción de las correspondientes a los sujetos pasivos mencionados en el literal a) del artículo 4 [entre las cuales se incluirían a las empresas mixtas], deberán ser presentadas y efectuados los respectivos pagos, en las fechas que se indiquen en el calendario que publicará anualmente el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, (SENIAT), sin perjuicio del establecimiento de mecanismos de declaración y pagos por medios electrónicos u otros que disponga la Administración Tributaria”* (Destacado nuestro).⁴¹ En cuanto a la fecha de presentación y pago de las declaraciones correspondientes a las empresas mixtas se refiere, el artículo 5 de la Providencia 0828 contempla que los mismos se efectuarán *“dentro de los plazos establecidos para ello en las leyes y reglamentos respectivos”*, y a los cuales se hizo referencia en paginas anteriores, particularmente con relación a la presentación de los anticipos en materia de ISLR.

4. Impuesto sobre actividades económicas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 156, numeral 12 de la Constitución de 1999, es de la competencia exclusiva del Poder Público Nacional, lo correspondiente a *“la creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre la renta, sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, el capital, la producción, el valor agregado, los hidrocarburos y minas, (...)”*.

En concordancia con la norma anterior, el artículo 183 de la Constitución impone la prohibición a los Estados y Municipios de gravar las actividades cuya potestad tributaria ha sido atribuida al Poder Nacional, conforme a los términos que se exponen a continuación:

⁴¹ El calendario al que hace referencia la Providencia 0828, fue publicado en Gaceta Oficial N° 38.331, del 8 de diciembre de 2005.

“Artículo 183. Los Estados y los Municipios no podrán:

1. Crear aduanas ni impuestos de importación, de exportación o de tránsito sobre bienes nacionales o extranjeros, o sobre las demás materias rentísticas de la competencia nacional.” (Destacado nuestro)

En virtud de los dispositivos constitucionales transcritos, es claro que la tributación sobre las actividades de minas e hidrocarburos queda excluida del ámbito municipal y estatal, especialmente con relación a los tributos establecidos sobre las actividades relacionadas con la exploración y explotación de dichos recursos naturales. Tal exclusión ha sido reconocida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,⁴² al ratificar el criterio expuesto por la extinta Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 17 de agosto de 1999, en los términos que se transcriben a continuación:

“En esa sentencia se decidió que las actividades que implican auténtica explotación de hidrocarburos, por cuanto conllevan la adquisición de propiedad sobre el crudo extraído por parte de las asociaciones empresariales conformadas tanto el capital público como por capital privado, son las que escapan de la tributación municipal, mas no las actividades que llevan a cabo quienes ejecutan los llamados “Convenios de Servicios Operativos”, en los cuales expresamente se excluye que la titularidad sobre el crudo pase a los operadores del campo –entes eminentemente privados– por lo cual se entiende que tales entes llevan a cabo servicios comerciales que no significan explotación del hidrocarburo. En consecuencia, esos Convenios y cualesquiera otros en los cuales el particular no se apropie del hidrocarburo, en asociación con el Estado venezolano, quedan sujetos a los tributos municipales.” (Resaltado nuestro).

Aunado a la exclusión anterior, el artículo 211 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal⁴³ (LOPPM) contempla expresamente la prohibición por parte de los municipios de gravar con el impuesto sobre actividades

⁴² Sentencia dictada el 4 de marzo de 2004, caso: Solicitudes de interpretación constitucional presentadas por Franklin Duno Petit, Alcalde del Municipio Simón Bolívar del Estado Zulia, y por las empresas BJ Services de Venezuela, C.A., Nimir Petroleum Venezuela B.V., Baker Hughes de Venezuela, S.A. y Servicios Halliburton de Venezuela, S.A., respecto de los artículos 156, 180 y 304 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Consultada en www.tsj.gov.ve/decisiones

⁴³ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.421 del 21 de abril de 2006.

económicas las actividades llevadas a cabo por las empresas mixtas bajo los siguientes términos:

“De conformidad con los artículos 183 y 302 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las actividades económicas de venta de productos provenientes de la manufactura o refinación del petróleo ejecutada por una empresa del Estado, no estarán sujetas al pago de impuestos sobre actividades económicas, no quedan incluidos aquellos productos que se obtengan de una transformación ulterior de bien manufacturado por la empresa del Estado.” (Resaltado nuestro)

Como consecuencia de la exclusión comentada, y a los efectos de compensar el impacto que dicha exclusión producirá en los presupuestos de los diferentes municipios, la Asamblea Nacional incluyó dentro del Acuerdo mediante el cual se aprobaron los Términos y Condiciones para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas⁴⁴ (“Acuerdo”) una asignación del 2,22 % derivado de la recaudación que por concepto de ventaja especial percibirá la República por intermedio del MENPET.⁴⁵ Dicha ventaja especial y la participación que de éstas corresponde a los municipios afectados, está prevista en el Artículo Primero, numeral 6 del Acuerdo, el cual se transcribe a continuación:

“La Empresa Mixta entregará a la República Bolivariana de Venezuela como ventajas especiales: a) una participación, como regalía adicional, de tres coma treinta y tres por ciento (3,33%) sobre los volúmenes de hidrocarburos extraídos en el área delimitada, la cual será distribuida de la siguiente manera: directamente para los municipios que conforman el Área Delimitada dos coma veintidós por ciento que sustituirá a los pagos dejados de percibir por dichos municipios por concepto de impuestos municipales, con motivo del cese de los convenios operativos, y para un fondo dedicado a financiar proyectos de desarrollo endógeno dentro de los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo en la respectiva, uno coma once por ciento (1,11%);”. (Resaltado nuestro)

⁴⁴ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.410 del 31 de marzo de 2006.

⁴⁵ La ventaja especial tiene como fundamento legal el Artículo 36 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, según el cual: “En los instrumentos mediante los cuales se otorgue el derecho a realizar las actividades, se podrán establecer ventajas especiales para la República, tales como el aumento de la regalía, de las contribuciones u otras contraprestaciones previstas en esta Ley; el empleo y cesión de nuevas y avanzadas tecnologías, así como el otorgamiento de becas, oportunidades de entrenamiento técnico u otras actividades de desarrollo del factor humano.

Si bien es cierto que a partir de la distribución acordada por la Asamblea Nacional, los Municipios percibirán un porcentaje de participación del 2,2% sobre la regalía adicional, es preciso tener en cuenta que en muchos casos, los municipios soportarán una importante disminución de ingresos, especialmente aquellos municipios que incluyeron dentro de sus Ordenanzas respectivas alícuotas impositivas excesivamente elevadas.⁴⁶

5. Impuestos especiales en materia de hidrocarburos

De conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH), las personas que realicen las actividades previstas en dicha Ley (incluidas las actividades primarias desarrolladas por las empresas mixtas), deberán pagar los siguientes impuestos:

5.1. Impuesto superficial

Este tributo, dirigido a gravar las superficies ociosas de las Áreas Delimitadas, consiste en la aplicación de un impuesto equivalente a cien unidades tributarias (100 U.T.) por cada km² o fracción de la superficie ociosa, por cada año transcurrido, el cual se incrementará anualmente en un dos por ciento (2%) durante los primeros cinco (5) años y en un cinco por ciento (5%) en los años subsiguientes. Como se observa, el referido tributo tiene, aunado al fin recaudatorio, la finalidad de incentivar el total aprovechamiento de las áreas concedidas para la explotación de hidrocarburos.

5.2. Impuesto de Consumo Propio

El impuesto de consumo propio está constituido por un diez por ciento (10%) del valor de cada metro cúbico (m³) de productos derivados de los hidrocarburos producidos y consumidos como combustible en operaciones propias de la empresa mixta, calculados sobre el precio al que se venda al consumidor final. Sin embargo, en el caso en el que dicho producto no sea vendido en el mercado nacional, el precio será fijado por el Ministerio de Energía y Petróleo

5.3. Impuesto de Consumo General

Por cada litro de producto derivado de los hidrocarburos vendido en el mercado interno entre el treinta y cincuenta por ciento (30% y 50%) del precio pagado por el consumidor final, cuya alícuota entre ambos límites será fijada anualmente en la Ley de Presupuesto. Este impuesto a ser pagado

⁴⁶ En algunos municipios las actividades desarrolladas por las empresas operadoras estaban sujetas a una alícuota del impuesto sobre actividades económicas del 8%.

por el consumidor final será retenido en la fuente de suministro para ser enterado mensualmente al Fisco Nacional.

5.4. *Impuesto de Extracción*

Las empresas mixtas pagarán un impuesto de un tercio (1/3) del valor de todos los hidrocarburos líquidos extraídos de los yacimientos explotados, medidos en el campo de producción y calculados a valor de mercado, o a valor convenido o, en defecto de ambos a un valor fiscal fijado por el liquidador, conforme lo dispuesto en el Artículo 47 de la LOH. El impuesto será pagado mensualmente junto con la regalía del 30% prevista en el artículo 44 de la LOH. Al calcular el Impuesto de Extracción, la empresa mixta tendrá derecho a deducir lo que hubiese pagado por regalía, inclusive la regalía adicional que esté pagando como ventaja especial (i.e. 3,3%). Asimismo, la empresa mixta tendrá el derecho a deducir a los efectos del cálculo y pago del impuesto, lo que hubiese pagado por cualquier ventaja especial pagable anualmente, pero solamente en periodos subsecuentes al pago de dicha ventaja especial anual.

El impuesto podrá ser rebajado hasta un mínimo del veinte por ciento (20%) cuando el Ejecutivo Nacional lo estime justificado según las condiciones de mercado, o de un proyecto de inversión específico para incentivar, entre otros, proyectos de recuperación secundaria, quedando facultado dicho Ejecutivo para restituir el impuesto a su nivel original cuando estime que las causas de la exoneración hayan cesado.

Con relación a este impuesto vale la pena hacer énfasis en el criterio expuesto por el jurista venezolano Oswaldo Anzola⁴⁷, en virtud del cual la consagración de la base imponible de esta exacción prevista en el artículo 48(4) de la LOH, resultaría violatoria del principio de legalidad tributaria consagrado en los artículos 317 de la Constitución⁴⁸ y 3 del Código Orgánico Tributario.⁴⁹ En virtud del referido principio, los elementos fundamentales

⁴⁷ En la conferencia magistral dictada en las VIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario celebradas el 11 de noviembre de 2006, en la ciudad de Caracas.

⁴⁸ "Artículo 317. No podrá cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes."

⁴⁹ "Artículo 3. Sólo a las leyes corresponden regular con sujeción a las normas generales de este código las siguientes materias:

1. Crear, modificar o suprimir tributos, definir el hecho imponible, fijar la alícuota del tributo, la base de su cálculo e indicar los sujetos pasivos del mismo.(...)"

del tributo deberán estar expresamente definidos en la Ley respectiva y, por lo tanto, no podrá ser establecida de forma unilateral por el sujeto activo del tributo, ni tampoco de forma convencional entre éste y el sujeto obligado al pago del mismo. Así, por cuanto la base imponible del impuesto sobre extracción estará constituida por la misma base de cálculo de la regalía pagada en dinero, es decir, por el precio de los volúmenes de hidrocarburos correspondientes, medidos en el campo de producción y a valor de mercado, o a valor convenido o, en defecto de ambos a un valor fiscal fijado por el liquidador, en criterio del referido autor se estaría en presencia de una abierta violación del referido principio tributario de orden constitucional. Como consecuencia de lo anterior, el autor concluye que dicha exacción, en lugar de constituir un tributo, calificaría como una regalía.

En nuestro criterio, la violación al principio de legalidad alegada por Anzola sería discutible partiendo del hecho de que en efecto la LOH establece, a través de la remisión efectuada a su artículo 47, cuál es la base imponible del impuesto (v.g. *precio de los volúmenes de hidrocarburos correspondientes, medidos en el campo de producción*) con la particularidad de que dicho precio será determinado “a valor de mercado, o a valor convenido o, en defecto de ambos a un valor fiscal fijado por el liquidador”. Tal como se observa, la LOH determina tanto la base imponible como los parámetros para determinarla. Es precisamente en la estos últimos parámetros donde radica la presunta violación del principio de legalidad; no obstante, resulta de importancia resaltar las siguientes circunstancias: (i) la determinación por parte del liquidador únicamente es posible ante la ausencia de los valores de mercado o convenido; (ii) en el caso del valor de mercado, existen otras normas de carácter tributario que fijan como forma de determinación de la base imponible, el valor de mercado de las mercancías involucradas (v.g. Artículo 23, párrafo primero, del Reglamento de la Ley de ISLR, caso de dación en pago o permuta), sin que dichas normas hayan sido demandadas por motivos de violación al principio de legalidad; y (iii) existen normas tributarias en la que la determinación de la cuantía de la base imponible del tributo, viene dada por el acuerdo de voluntades entre particulares (v.g. IVA, Artículo 20, en el que la base imponible en la venta de bienes se determina a partir del precio facturado del bien, con la limitación de que no sea menor del precio corriente en el mercado, en cuyo caso este último precio será la base de cálculo), sin que tampoco se conozcan de denuncias de nulidad de dichas normas.

5.4 Impuesto de Registro de Exportación

Como consecuencia de la última reforma efectuada a la LOH, el legislador incluyó, a través del numeral 5 de su artículo 48 de la referida Ley, el pago de un tributo equivalente al uno por mil (0,1%) del valor de todos los hidrocarburos exportados de cualquier puerto del territorio nacional, calculado sobre el precio al que se venda al comprador de dichos hidrocarburos. A tal efecto, el vendedor informará al Ministerio de Energía y Petróleo, antes de zarpar, sobre el volumen, grado API, contenido de azufre y el destino del cargamento. El mencionado artículo, contempla el deber formal a cargo del vendedor de presentar copia de la factura correspondiente al Ministerio de Energía y Petróleo dentro de los cuarenta y cinco (45) días continuos a la fecha de haber zarpado el buque junto con el comprobante de pago del impuesto bajo comentarios.

Asimismo, la LOH consagra la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional pueda exonerar total o parcialmente por el tiempo que determine el Impuesto de Consumo General, a fin de incentivar determinadas actividades de interés público o general. Al igual que en el caso del tributo anterior, el Ejecutivo Nacional podrá restituir el impuesto a su nivel original cuando cesen las causas de la exoneración.

IV. CONCLUSIONES

Una vez analizada la legislación tanto general como tributaria aplicable a las empresas mixtas, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

- Los particulares pueden participar en las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, siempre que lo hagan a través de una Empresa Mixta Operadora en la cual el Estado tenga control de sus decisiones debido a que mantiene una participación de más del cincuenta por ciento (50%) de su capital social;
- La constitución y regulación de las empresas mixtas se regirá por las disposiciones de la LOH, de los Acuerdos dictados por la Asamblea Nacional, por el Código de Comercio y por las demás leyes que les resulten aplicables;
- Las Empresas Mixtas Operadoras que son constituidas con la finalidad de realizar actividades primarias de conformidad con la LOH son Empresas, Asociaciones o Sociedades propiedad del Estado;

- Por cuanto la Empresa Mixta Operadora se constituirá bajo la forma de compañías anónimas conforme al Acuerdo de Constitución y modelo de contrato aprobado por la Asamblea Nacional, dichas empresas se regirán tanto por las disposiciones del Código de Comercio relativas a compañías anónimas, como por las normas previstas en la Ley Orgánica de la Administración Pública, debiéndose además sujetar a todas aquellas leyes que contengan obligaciones y/o controlen a las empresas del Estado;
- Las empresas mixtas constituidas con ocasión de la migración del esquema de los convenios operativos, estarán sujetas al pago del ISLR conforme las normas aplicables a los contribuyentes dedicados a la realización de actividades de explotación de hidrocarburos. En consecuencia dichas empresas mixtas: (i) estarán sujetas a la aplicación la tarifa única del 50% por la totalidad de sus enriquecimientos (incluyendo los que no provengan de actividades de hidrocarburos); (ii) los dividendos que repartan también estarán sujetos al pago de la tarifa del 50% independientemente de la actividad económica de sus accionistas; (iii) estarán sujetas a regalias especiales de amortización; (iv) no serán beneficiarias de rebajas por nuevas inversiones; (v) estarán sujetas a reglas especiales en materia de presentación de declaraciones estimadas;
- Las empresas mixtas calificarán como contribuyentes ordinarios del IVA, estando en consecuencia sujetas al cumplimiento de la totalidad de los deberes materiales y formales previstos para dicha categoría de contribuyentes. En tal sentido, las ventas de bienes y prestaciones de servicios efectuadas por dichas empresas estarán sujetas a la aplicación de la tarifa general del 14%, con la excepción de las ventas de hidrocarburos naturales efectuadas por las empresas mixtas a Petróleos de Venezuela, S.A. o a cualquiera de sus filiales, las cuales estarán gravadas con la alícuota impositiva del cero por ciento (0%). Como consecuencia de la aplicación de la referida tarifa especial, las empresas mixtas tendrán el derecho de recuperar los créditos fiscales soportados en la adquisición de bienes y/o servicios, conforme al procedimiento establecido en la Ley del IVA como en el Reglamento Parcial No. 1 de dicha Ley. En nuestro criterio, dadas las características especiales de las empresas mixtas, la aplicación de las normas

del Reglamento Parcial No.1 debe tener un carácter provisional hasta tanto sean dictadas normales especiales sobre la materia. Asimismo, las empresas mixtas calificarán como agentes de retención del IVA, de conformidad con las disposiciones consagradas en la Providencia Administrativa No. SNAT/2005/0056-A mediante la cual se designan a los Entes Públicos como Agentes de Retención del IVA;

- Al igual que las empresas prestadoras de servicios bajo los extintos convenios operativos, las empresas mixtas tendrán la condición de contribuyentes especiales. No obstante, a diferencia de las primeras, las empresas mixtas deberán presentar sus declaraciones definitivas, estimadas y sustitutivas de ISLR, y efectuar los pagos a que hubiere lugar por tales conceptos, incluidos sus correspondientes anticipos, directamente ante las Oficinas de la Tesorería Nacional ubicadas en Banco Central de Venezuela, debiendo remitir a la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital copia de las declaraciones y planillas de pago respectivas, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de cumplimiento de sus obligaciones tributarias;
- Las empresas mixtas no estarán sujetas al pago del impuesto municipal sobre actividades económicas; y
- Las empresas mixtas estarán sujetas al pago de los tributos establecidos en la LOH.
- En nuestro criterio, la violación del principio de legalidad en lo que respecta a la determinación de la base de cálculo del impuesto de extracción es discutible, por cuanto: (i) la determinación por parte del liquidador únicamente es posible ante la ausencia de los valores de mercado o convenido; (ii) en el caso del valor de mercado, existen otras normas de carácter tributario que fijan como forma de determinación de la base imponible, el valor de mercado de las mercancías involucradas; y (iii) existen normas tributarias en las que la determinación de la cuantía de la base imponible del tributo, viene dada por el acuerdo de voluntades entre particulares.

V. BIBLIOGRAFÍA

CARMONA BORJAS, Juan Cristóbal (Coordinador), *Temas de Derecho Petrolero*, Mc Graw Hill, Caracas, abril 1998.

RÉGIMEN LEGAL Y FISCAL APLICABLE A LAS EMPRESAS MIXTAS PREVISTAS EN LA LEY ORGÁNICA...

- CEPET, *Léxico de la Industria Venezolana de los Hidrocarburos*, Caracas, septiembre 1994.
- CEPET, *La Industria Venezolana de los Hidrocarburos*, noviembre 1989.
- EVANS MÁRQUEZ, Ronald. *Algunas precisiones sobre los reparos petroleros*, *Revista Petróleo YV*, abril 2006.
- GARCÍA BELSUNCE (Coordinador), *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y PETRÓLEO, *Convenios Operativos: Una privatización disfrazada*, Serie Plena Soberanía Petrolera, No. 3, Caracas, Venezuela, marzo 2006.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y PETRÓLEO, *Empresas Mixtas al Servicio del pueblo*. Serie Plena Soberanía Petrolera, No. 4, Caracas, Venezuela, marzo 2006.
- RODRÍGUEZ, Policarpio. *Petróleo en Venezuela ayer, hoy y mañana*. Editora El Nacional, Caracas, 2006.

VI. LEGISLACIÓN

- Acuerdo mediante el cual se aprobaron los Términos y Condiciones para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas, publicado en Gaceta Oficial N° 38.410 del 31 de marzo de 2006.
- Código Orgánico Tributario, publicado en Gaceta Oficial N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000.
- Ley de Arbitraje Comercial, publicada en Gaceta Oficial N° 36.430 del 7 de abril de 1998.
- Ley Contra la Corrupción, publicada en Gaceta Oficial N° 5.637 Extraordinario del 7 de abril de 2003.
- Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado, publicada en Gaceta Oficial N° 38.435, del 12 de mayo de 2006.
- Ley de Impuesto sobre la Renta, publicada en Gaceta Oficial N° 38.529 del 25 de septiembre de 2006.
- Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer publicada en Gaceta Oficial N° 5.398 Extraordinaria del 26 de octubre de 1999.
- Ley de Licitaciones, publicada en Gaceta Oficial N° 5.556 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001.
- Ley General de Marinas y Actividades Conexas, publicada en Gaceta Oficial N° 37.570 del 14 de noviembre de 2002.

- Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, publicada en Gaceta Oficial N° 38.198 del 31 de mayo de 2005.
- Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada en Gaceta Oficial N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.
- Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en Gaceta Oficial N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.
- Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicada en Gaceta Oficial N° 38.493 del 4 de agosto de 2006.
- Ley Orgánica del Ambiente, publicada en Gaceta Oficial N° 31.004 del 16 de junio de 1976.
- Ley Orgánica del Poder Público Municipal Publicada en Gaceta Oficial N° 38.421 del 21 de abril de 2006.
- Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en Gaceta Oficial N° 37.942 del 20 de mayo de 2004.
- Ley Orgánica que Regula la Enajenación de Bienes del Sector Público No Afectos a las Industrias Básicas, publicada en Gaceta Oficial N° 3.951 Extraordinario del 7 de enero de 1987.
- Ley sobre Conservación y Mantenimiento de Obras e Instalaciones Públicas, publicada en Gaceta Oficial N° 33.257 del 3 de julio de 1985.
- Providencia Administrativa N° 828 del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria SENIAT, publicada en Gaceta Oficial N° 38.313 del 14 de noviembre de 2005.
- Providencia Administrativa N° SNAT/2004/0069 del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria SENIAT, publicada en Gaceta Oficial N° 37.877 del 11 de febrero de 2004.
- Providencia Administrativa N° SNAT/2005/0056 mediante la cual se designan como Agentes de Retención del IVA a los sujetos pasivos calificados como especiales, Publicada en Gaceta Oficial N° 38.136 del 28 de febrero de 2005.
- Providencia Administrativa N° SNAT/2005/0056-A mediante la cual se designan como Agentes de Retención del IVA a los sujetos pasivos calificados como especiales, Publicada en Gaceta Oficial N° 38.136 del 28 de febrero de 2005, reimpresa por error material en Gaceta Oficial N° 38.188 del 17 de mayo de 2005.
- Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta, publicado en Gaceta Oficial N° 5.662, Extraordinario del 24 de septiembre de 2003.
- Reglamento de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado, publicado en Gaceta Oficial N° 5.363 Extraordinario, del 10 de julio de 1999.
- Reglamento Parcial N° 1 de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado en materia

de recuperación de créditos fiscales para contribuyentes exportadores, publicada en Gaceta Oficial N° 37.794 del 10 de octubre de 2003.

VII. JURISPRUDENCIA

- **Tribunal Supremo de Justicia Sala Político-Administrativa, dictada el 4 de marzo de 2004, caso: Solicitudes de interpretación constitucional presentadas por Franklin Duno Petit, Alcalde del Municipio Simón Bolívar del Estado Zulia, y por las empresas BJ Services de Venezuela, C.A., Nimir Petroleum Venezuela B.V., Baker Hughes de Venezuela, S.A. y Servicios Halliburton de Venezuela, S.A., respecto de los artículos 156, 180 y 304 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**
- **Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario del 13 de junio de 2001, Caso: Proagro, C.A. vs. SENIAT.**

Integración Vertical de las Actividades de Comercio Interior de los Productos Derivados de los Hidrocarburos

Marieta Fuentes Heredia¹
(Venezuela)

SUMARIO: I. Introducción; II. Consideraciones preliminares; III. Marco Teórico: 3.1. *Noción de Integración Vertical*; 3.1.1 *Características de la Integración Vertical*; 3.1.2 *Beneficios de la Integración Vertical*; IV. Integración Vertical en Actividades de Comercio Interior de los Productos Derivados de Hidrocarburos: 4.1. *Principio de Contabilidad Separada*; 4.2. *Principio de Separación Jurídica*; V. Integración Vertical en el Sector Eléctrico; VI. Conclusiones; VII. Referencias Bibliográficas.

¹ Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello en 1997. En 1993 ingresa a Torres, Plaz & Araujo como Asistente Legal, y desde 1997 es Abogado de la firma. Trabajó como Asistente legal en Ashurst Morris Crisp, Londres, en 1996. En 2006 culminó Diplomado en Derecho de Hidrocarburos y Minería en la Universidad Monteávila. Su ejercicio profesional ha estado vinculado a las áreas corporativa, petrolera y tributaria.

I. INTRODUCCIÓN

La industria petrolera es una actividad típicamente integrada en forma vertical. Esto significa que todas las actividades económicas relacionadas con la explotación del petróleo, ya elaborado, se suelen desarrollar bajo la dirección de una misma empresa.

Ahora bien, la integración vertical, que desde el punto de vista de la empresa se ve como una forma de organización corporativa con múltiples ventajas; desde el punto de vista de la libre competencia, pareciera tener efectos negativos debido al poder de mercado que podría tener una empresa concentrada verticalmente.

En efecto, el régimen jurídico aplicable a la industria de los hidrocarburos líquidos y gaseosos, específicamente, la Ley Orgánica de Hidrocarburos y la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, contienen disposiciones que buscan limitar o evitar (según el caso) la integración vertical de ciertas actividades reguladas por dichas leyes. En tal sentido, la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, dispone que una misma persona no puede ejercer ni controlar simultáneamente en una región, dos o más de las actividades de producción, transporte o distribución previstas en la mencionada Ley, salvo en los casos en que sea autorizado por el Ministerio de Energía y Petróleo por requerirlo así la viabilidad del proyecto, en cuyo caso deberán llevarse contabilidades separadas.

Ahora bien, en el caso de la Ley Orgánica de Hidrocarburos <caso objeto de análisis de la presente monografía>, encontramos que la ley se limita a establecer por un lado, que las actividades primarias y las actividades industriales o de comercio pueden ser ejercidas por la misma persona siempre y cuando exista separación contable de ambas actividades, y por otro lado, en lo que se refiere a las actividades de comercio interior de los productos derivados de hidrocarburos, a saber, suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio, la ley además de exigir la separación contable exige una separación jurídica.

Dicha separación jurídica exigida por la Ley Orgánica de Hidrocarburos para la realización de actividades de comercio interior, ha llevado a algunos a considerar que se trata de una prohibición de integración vertical para grupos empresariales de las actividades de comercio interior de los productos derivados de hidrocarburos impuesta por el legislador. Otros en cambio,

entienden que la exigencia de separación jurídica y contable puede ser compatible con los conceptos de integración vertical de tales actividades.

Ello así, en la presente monografía, se analiza si existe o no, de acuerdo a los términos descritos en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, una prohibición de integración vertical para grupos empresariales de desarrollar las actividades de comercio interior de los productos derivados de hidrocarburos líquidos.

Con tal fin, se partirá con una introducción sobre el marco teórico de la integración vertical en el ámbito económico y los pro y los contra de las integraciones o las concentraciones verticales. Luego analizaremos las nociones de separación jurídica y contable incluidas en el ordenamiento jurídico venezolano para finalmente analizar si la Ley Orgánica de Hidrocarburos vigente prohíbe la integración vertical de grupos de empresas antes señalada.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Durante los años 80' y 90' muchas empresas petroleras estatales a nivel mundial modificaron su actitud respecto a la asociación con el capital privado internacional. En ese sentido, se tejieron alianzas consideradas estratégicas que avanzaron hacia la integración vertical de las empresas. En su mayoría, estas petroleras (entre ellas PDVSA) mantenían una posición preponderante en la exploración, explotación y producción de las reservas de petróleo crudo (Upstream) y se fueron integrando con el sector privado del segmento de refinación y de comercialización de combustibles (Downstream).

Recordemos que la estructura vertical de la industria petrolera (y también la industria del gas) está compuesta por dos grandes subdivisiones conocidas comúnmente como Upstream y Downstream. "La primera división abarca las etapas de exploración y producción de gas y crudo, o sea, es el primer eslabón de la industria petrolera a través del cual se obtiene la materia prima de todos los derivados de petróleo conocidos. La segunda división comprende las áreas de refinación y comercialización del crudo y sus derivados, incluyendo las actividades de ventas minoristas, como por ejemplo, la operación de las estaciones de servicios"¹.

¹ PÉREZ LLANES, Roberto; *La Gerencia en Bolivia: Reflexiones y Casos*, Caso 2: El sector de los hidrocarburos en Bolivia, Recuperado el 23 de junio de 2006. Disponible en: <http://>

La Ley Orgánica de Hidrocarburos vigente² (en adelante LOH) establece regímenes legales diferentes para las actividades primarias (exploración, extracción en estado natural, recolección, transporte y almacenamiento inicial) y para las actividades de refinación (destilación, purificación y transformación) y comercialización de los hidrocarburos comprendidos en dicha Ley. Las primeras se encuentran reservadas al Estado y sólo pueden ser ejercidas por el Estado directamente o mediante empresas de su exclusiva propiedad o empresas mixtas³, mientras que las segundas pueden ser ejercidas por el Estado y por los particulares, conjunta o separadamente, en los términos previstos en la LOH.

Mas aun, la LOH establece que para el ejercicio de las actividades primarias deberá obtenerse una *licencia* del Ministerio de Energía y Petróleo y las empresas que se dediquen a la realización de tales actividades serán consideradas *empresas operadoras*. Mientras que para realizar actividades de industrialización de hidrocarburos refinados (separación, destilación, purificación, mezcla y transformación) se requerirá de un *permiso* a ser otorgado por el Ministerio de Energía y Petróleo cuando tales actividades sean realizadas por empresas privadas.

Ahora bien, en cuanto a las actividades de comercialización, éstas comprenden de acuerdo a la LOH el comercio interior y el exterior tanto de los hidrocarburos naturales como de sus productos derivados. Para el ejercicio de las mismas, debe obtenerse igualmente un *permiso* del Ministerio de Energía y Petróleo⁴.

Adicionalmente, tales actividades son declaradas por la LOH como servicio público. Por ello, el Ministerio de Energía y Petróleo adopta medidas

www.uasb.edu.bo/universidad/fai_docs/Caso_YPPB_Desintegración%20de%20la%20cadena%20industrial.pdf

² Cuya última reforma fue publicada en la Gaceta Oficial N° 38.493 del 4 de agosto de 2006.

³ De acuerdo a lo previsto en el Artículo 22 de la LOH.

⁴ Debe tenerse presente que de acuerdo a los Artículos 57 y 58 de la LOH, la comercialización de los productos derivados de hidrocarburos, podrá ser realizada por empresas mixtas con participación del capital estatal y privado en cualquier proporción y por empresas privadas, siempre que se trate de productos derivados de hidrocarburos que no estuvieren excluidos a ser comercializados por tales personas de acuerdo a los Decretos que sobre el particular dicte el Ejecutivo Nacional, quien podrá ordenar que determinados productos derivados de hidrocarburos sean comercializados exclusivamente por empresas del Estado.

para garantizar el suministro, la eficiencia del servicio y para evitar la interrupción del mismo. No obstante, a pesar de ser un servicio público, el Ministerio de Energía y Petróleo fija los precios de los productos derivados de los hidrocarburos.

Por último, la LOH establece que las personas naturales o jurídicas que ejerzan las actividades de comercio interior de productos derivados de hidrocarburos, a saber, **el suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los mismos, podrán realizar mas de una actividad, siempre que exista la separación jurídica y contable entre ellas.**

En tal sentido, hay quienes consideran basándose en la referida separación jurídica y contable de las actividades de comercio interior de los productos derivados de hidrocarburos, que no está permitida la integración vertical para grupos empresariales de tales actividades.

Ello así, de seguidas pasamos a analizar los términos de integración vertical, separación jurídica y separación contable, a fin de poder determinar, si bajo los términos expuestos por la LOH es posible la integración vertical para grupos económicos de las actividades de comercio interior de los productos derivados de hidrocarburos <siempre que tales actividades sean desarrolladas por distintas personas jurídicas>.

III. MARCO TEÓRICO

El tema que se analiza en la presente monografía, se encuentra íntimamente relacionado al Derecho de la Competencia, por tratar esta rama de derecho las nociones de integración o concentración de las empresas, así como las consecuencias que se derivan de tales tipos de organización empresarial.

3.1. Noción de integración vertical

Según conceptos incluidos en Boletines Informativos de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, "las integraciones verticales son aquellas que resultan de las relaciones entre proveedores y compradores dentro de un mismo sector industrial, es decir a diferencia de las integraciones horizontales, éstas, no tienen que ver con acuerdos entre competidores sino más bien con los distintos grados de interdependencia que pueden aparecer entre los agentes que forman parte de una **misma cadena de producción y distribución**. En este sentido, las relaciones pueden

ir desde la simple relación de compra y venta, donde el precio es el principal elemento de coordinación en la transacción, hasta relaciones en las cuales las transacciones se dan dentro de una **misma estructura organizativa (integración vertical)**⁵.

3.1.1. Características de la Integración Vertical

Por otro lado, de acuerdo a la doctrina⁶, para poder medir el grado en que una empresa se encuentra integrada verticalmente, se utilizan cuatro indicadores:

1. La integración vertical posee una *dirección* de integración, la cual puede ser **hacia atrás o hacia adelante**. Dadas las características de una empresa, una *integración vertical hacia atrás* consiste en acercarse, una empresa, hacia sus proveedores incorporándolos a su cadena de valor. Esto implica tomar el control de empresas proveedoras de sus insumos. Una *integración hacia adelante* implica una mayor aproximación a sus clientes, siendo la empresa misma, como un todo la encargada de proporcionar al cliente el producto final; prescindiendo de empresas externas para realizar dicha labor.

2. Existen distintos *grados* de integración vertical y dominio de una empresa frente a la cadena de valor de sus productos. Estos distintos grados se pueden clasificar en los siguientes tipos:

- ▶ **Integración plena:** Una empresa que se encuentra plenamente integrada hacia atrás en un insumo dado puede satisfacer todas las necesidades de requerimientos de insumos de manera interna.
- ▶ **Cuasi-integración:** No poseen el total dominio de todos los activos en sus cadenas de valor. Ellas se ven obligadas a recurrir a medios que permitan asegurar relaciones estables, ya sea con proveedores de insumos o comercializadores de sus productos, según sea el caso.
- ▶ **Integración parcial:** Representa una integración sectorizada, ya sea hacia atrás o hacia adelante, lo que hace a una empresa parcialmente dependiente de fuentes externas para el suministro de un insumo, o para la entrega de un producto dado.

⁵ AGREDA, Katherine; *Integraciones verticales: Eficiencias vs restricciones*; Boletín Informativo de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, Pro-Competencia. 15 de mayo de 2004, Año 4, N° 52.

⁶ Tesis sobre Integración Vertical. Sin nombre. Recuperado el 6 de julio de 2006. Disponible en: <http://www2.ing.puc.cl/power/alumno%2000/Integra%20Verti/iv.htm>

3. La *amplitud* de una integración indica el grado en que una empresa depende de sus propios recursos internos para satisfacer sus necesidades de insumos o para comercializar sus productos.

4. La *extensión* de la integración vertical se refiere a la longitud de la cadena de valor que posee una empresa. Esta cadena puede estar constituida sólo de unas pocas etapas o cubrir totalmente el proceso productivo.

3.1.2 Beneficios de la Integración Vertical

En relación a los beneficios que conlleva una integración vertical de grupos económicos, se ha señalado que “al transferirse internamente los factores de producción, en lugar de llegar a ello externamente y en mercado mismo, se pondera, por igual, que ello, a su vez, redundará en otros dos (2) beneficios principales. Primero, la concentración vertical internaliza todas las transacciones comerciales entre el productor y distribuidor o suplidor, por lo que la relación potencial de rivalidad se torna, ahora, en una relación más cercada a una sociedad. Y segundo, tal internalización le da al *Management* de la empresa vías más efectivas para monitorear y mejorar el servicio a prestar, e.g. haciendo que los servicios postventa al cliente sean realizados a su cabalidad”⁷.

Adicionalmente, atendiendo a los motivos que tenga una empresa de invertir sus ganancias en otras etapas del mismo ramo estarían generados por las ventajas que la misma permite, entre las cuales podemos mencionar las siguientes:

a) la posibilidad de ubicarse en las actividades productivas de las materias primas necesarias, lo cual le garantizaría el suministro de materias primas en las cantidades requeridas y con la calidad y homogeneidad necesarias.

b) la posibilidad de eliminar la intervención de intermediarios y, por consiguiente, abaratar los costos de producción.

c) permite un mayor control y coordinación de las diferentes fases de la producción, pudiendo de esta manera la empresa ajustarse rápidamente a las fluctuaciones de la demanda.

d) Internaliza economías de escala que dan como resultado un costo inferior al de los proveedores y distribuidores externos.

⁷ MOGOLLON-ROJAS, IVOR D.; *Estudios sobre la Legislación Pro Competencia Venezolana*, Ediciones Liber, Caracas, 2000, p. 49.

e) Evita los altos costos de transacción de numerosas fuentes; por ejemplo la costosa transferencia física de bienes y prestación de servicios, la redacción y supervisión de contratos con proveedores externos, la coordinación excesiva y la pesada carga administrativa.

f) Elimina las penalidades de costos originadas en cambios impredecibles de volumen, diseño del producto o tecnología que la empresa necesita introducir en contratos con proveedores.

g) Genera economías a partir de operaciones combinadas, compartir las actividades, y el mantenimiento de un producto estable en un largo trecho de la cadena de valor.

IV. INTEGRACIÓN VERTICAL EN ACTIVIDADES DE COMERCIO INTERIOR DE LOS PRODUCTOS DERIVADOS DE HIDROCARBUROS

En la práctica, la desintegración vertical de las distintas actividades del negocio puede ser: 1) jurídica (vgr. exigencia de separar la propiedad o control accionario de las empresas o personas jurídicas que prestan las actividades), 2) contable, y 3) funcional o de gestión.

La exigencia de separación jurídica y/o contable es usual para las actividades que se desarrollan en infraestructuras en redes, tales como las de la industria eléctrica, de telecomunicaciones y de hidrocarburos.

✘ Así, en el caso de los hidrocarburos gaseosos, la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos⁸ (en adelante LOHG) mediante la disposición contenida en el Artículo 9⁹, expresamente prohíbe la realización en una misma región de dos o más actividades de producción, transporte o distribución del gas natural no asociado o del gas asociado al petróleo, salvo para el caso en que el proyecto así lo requiera, lo cual deberá ser autorizado por el Ministerio de Energía y Petróleo. En dichos casos, se exigirá llevar contabilidades separadas

⁸ Publicada en la Gaceta Oficial N° 36.793 del 23 de septiembre de 1999.

⁹ Artículo 9 de la LOHG: "Una misma persona no puede ejercer ni controlar simultáneamente en una región, dos o más de las actividades de producción, transporte o distribución previstas en esta Ley.

Cuando la viabilidad del proyecto así lo requiera, el Ministerio de Energía y Minas podrá autorizar la realización de más de una de dichas actividades por una misma persona, en cuyo caso deberá llevar contabilidades separadas como unidades de negocio diferenciadas" (destacado del autor).

como unidades de negocio diferenciadas. Así pues, en el caso de la industria del gas, la LOHG es clara en prohibir a las empresas integraciones verticales de dos o más actividades de producción, transporte y distribución.

Ahora bien, en la LOH, materia objeto de la presente monografía, encontramos que se exige la separación contable para el caso en que una misma persona realice las actividades primarias conjuntamente con las actividades de industria y comercio¹⁰, mientras que para el caso en que una misma persona realice las actividades de comercio interior de productos derivados de hidrocarburos, se requiere no solo la separación contable, sino también la jurídica¹¹.

4.1. Principio de la Contabilidad Separada

En cuanto a la exigencia de llevar contabilidades separadas para cada uno de los servicios o actividades complementarias prestadas por un mismo ente económico, tal exigencia implica la debida separación de los costos, los gastos y los ingresos de ellos e inclusive de activos, pasivo y patrimonio asignados para cada servicio, con el objeto de determinar la rentabilidad correspondiente a cada servicio.

Así mismo, la separación contable por sí sola o conjuntamente con la separación jurídica son capaces de garantizar un monitoreo más exhaustivo por parte de los entes reguladores de las actividades de los agentes económicos con la finalidad de evitar que quienes se encuentren integrados verticalmente en mercados en los cuales existen distintos grados de concentración y competencia sean capaces de realizar de forma restrictiva,

¹⁰ Artículo 20 de la LOH: "Las personas que realicen las actividades a las cuales se refiere este Decreto-Ley, están en la obligación de suministrar al Ejecutivo Nacional toda la información que éste requiera, relacionada con el ejercicio de dichas actividades. A tal fin aquéllas que realicen actividades primarias conjuntamente con actividades industriales y comerciales, deberán llevar y presentar por separado las cuentas relativas a tales actividades. El Ejecutivo Nacional guardará la confidencialidad de la información suministrada, cuando el interesado así lo solicite y sea procedente".

¹¹ Artículo 61 de la LOH: "Las personas naturales o jurídicas que deseen ejercer las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de hidrocarburos, deberán obtener previamente permiso del Ministerio de Energía y Minas. Estos permisos estarán sujetos a las normas establecidas en este Decreto Ley, su Reglamento y las Resoluciones respectivas. Las personas naturales o jurídicas que ejerzan las actividades antes señaladas, podrán realizar más de una actividad, siempre que exista la separación jurídica y contable entre ellas. La cesión o traspaso de dichos permisos requerirán la autorización previa del Ministerio de Energía y Minas".

subsidios cruzados en el ejercicio de su poder de mercado y en detrimento de la competencia en los mercados menos concentrados. De esta manera, es posible garantizar desde un punto de vista regulatorio que los beneficios directos derivados de la integración vertical para grupos empresariales como las economías de escala y de ámbito serán trasladados al consumidor o a quienes se encuentren aguas abajo en la cadena de comercialización y por tanto sea el mercado quien se beneficie de dichas eficiencias.

Por otra parte, tal exigencia de separación contable es exigida en muchos países para las industrias del gas, electricidad y/o petróleo. Al respecto, un informe del Consejo Técnico de la Contaduría Pública de Colombia, señala: “la finalidad de llevar contabilidad separada no es otra que la de conocer el costo y rentabilidad de la prestación de los servicios públicos domiciliarios y/o de sus actividades complementarias por parte de una entidad logrando tener dicha información de resultados por cada uno de los servicios, negocios o actividades complementarias. Esto no implica una separación de tipo jurídico a menos que la Comisión de Regulación respectiva considere conveniente ordenar ante la ausencia de economías de escala la separación del ente jurídico por servicios”¹².

4.2. Principio de Separación Jurídica

Una separación de tipo jurídica exige que el objeto social de la empresa se refiera exclusivamente a una de las mencionadas actividades, a saber, suministro, almacenamiento, transporte, distribución o expendio de productos derivados de hidrocarburos, a diferencia de la separación contable, en donde el objeto social de la empresa puede acumular varias actividades, siempre y cuando en su desarrollo se efectuó, como ya se mencionó, una contabilidad separada.

Ello así, consideramos que las mencionadas exigencias de separación jurídica y contable para el desarrollo de actividades de comercio interior de productos derivados de hidrocarburos, no implican una prohibición de integración vertical de grupos económicos, pues bien puede una empresa realizar dos o más de las actividades definidas por la ley como de comercio

¹² Concepto del Consejo Técnico de la Contaduría Pública de Colombia N° 263 del 21 de diciembre de 1999, *Contabilidades Separadas sobre un mismo negocio*. Recuperado el 6 de julio de 2006, Disponible en: <http://www.jccconta.gov.co/consejot/publicaciones/Conceptos-PDF/1999/Contabilidades%20separadas%20sobre%20un%20mismo%20negocio.pdf>

interior siempre y cuando se realicen a través de personas jurídicas distintas (cada una con un objeto social para cada actividad a desarrollar) y cumpliendo con la exigencia de llevar contabilidades separadas para cada actividad.

Adicionalmente, debe recordarse que tales actividades a pesar de ser consideradas por la LOH como de utilidad pública y de interés general¹³, y como servicio público¹⁴, no se encuentran reservadas al Estado. En tal sentido, a diferencia de las actividades primarias que tienen un tratamiento especial por estar reservadas al Estado, los particulares tienen el derecho fundamental a dedicarse a la actividad industrial y comercial de su preferencia, sin más limitaciones que las derivadas de la LOH y demás leyes aplicables.

En efecto, la participación de los particulares en las actividades de industria y comercio, se rigen por los principios constitucionales sobre libertad económica y de libre competencia, de manera que la iniciativa pública y la privada pueden participar, en igualdad de condiciones en las actividades industriales y comerciales, de acuerdo a los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 112 (libertad económica)¹⁵, 113 (prohibición de

¹³ Artículo 4 de la LOH: "Las actividades a las cuales se refiere el presente Decreto Ley, así como las obras que su realización requiera, se declaran de utilidad pública y de interés social".

¹⁴ Artículo 60 de la LOH: "Constituyen un servicio público las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos, señalados por el Ejecutivo Nacional conforme al artículo anterior, destinados al consumo colectivo interno. El Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, fijará los precios de los productos derivados de los hidrocarburos y adoptará medidas para garantizar el suministro, la eficiencia del servicio y evitar su interrupción. En la fijación de los precios el Ejecutivo Nacional atenderá a las disposiciones de este Decreto Ley y a las previsiones que se establezcan en su Reglamento. Estos precios podrán fijarse mediante bandas o cualquier otro sistema que resulte adecuado a los fines previstos en el presente Decreto Ley, tomando en cuenta las inversiones y la rentabilidad de las mismas".

¹⁵ Artículo 112 de la CN: "Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país".

monopolios)¹⁶ y 299 (libre competencia)¹⁷ de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹⁸, que confirman la libertad económica y la libre competencia como atributo de todas las actividades económicas privadas.

Mas aún, las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de hidrocarburos¹⁹ deben realizarse en el marco de la libre competencia, de manera de que sean ofrecidos los mejores servicios posibles y se logre una competencia sana entre las empresas competidoras de manera de obtener servicios mas eficientes²⁰.

¹⁶ Artículo 113 de la CN: "No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualesquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tenga por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquéllos, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contrario a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un particular, un conjunto de ellos o de ellas una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado deberá adoptar las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras, y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía. Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público".

¹⁷ Artículo 299 de la CN: "El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta".

¹⁸ Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000

¹⁹ Cada una de las mencionadas actividades de comercio interior se encuentra definida en el Proyecto al Reglamento del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, mas no en la LOH.

²⁰ En Venezuela, debido a la regulación de la cadena de comercialización mediante la imposición de precios por parte del Ejecutivo Nacional, se dificulta el correcto desarrollo bajo los parámetros de la libre competencia.

Ello así, tal como lo ha considerado la doctrina, no hay duda que las restricciones verticales impuestas, i.e. en torno a clientes y territorios, tienden a inhibir la competencia entre distintos suplidores. Esta restricción impuesta mantendrá aparte a los comerciantes de un nivel dado, para que estos se encuentren entre sí, y en la medida en que ello logre separar los mercados geográficos, se anulará la competencia entre los mismos.

No obstante, en Venezuela aun no existe ninguna empresa privada que realice todas las actividades de comercio interior, puesto que la actividad de suministro en la práctica es realizada exclusivamente por Petróleos de Venezuela²¹, aunque nada impide que la misma sea realizada por las personas autorizadas por la LOH para realizarla, previa obtención, claro está, del correspondiente servicio. Mientras que la actividad de distribución (traspaso y almacenamiento) y expendio es realizada en la práctica tanto por empresas privadas como por empresas mixtas y empresas del Estado.

V. INTEGRACIÓN VERTICAL EN EL SECTOR ELÉCTRICO

En el sector eléctrico, el tema de la integración vertical ha sido tema de innumerables análisis nacionales e internacionales, sobre los cuales no nos detendremos por no constituir el tema del presente trabajo. No obstante, resulta pertinente mencionar que la próxima reforma que se realizará sobre la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico²² va encaminada, entre otros objetivos, a eliminar la exigencia de separación jurídica de las empresas²³, tal como lo han declarado las autoridades del sector eléctrico del país²⁴.

²¹ Deltaven S.A. es la filial de Petróleos de Venezuela (PDVSA) que comercializa combustibles, lubricantes, asfaltos, solventes, grasas y otros derivados de los hidrocarburos bajo la marca PDV, además de un conjunto de servicios técnicos y asesoría dirigidos a satisfacer las necesidades del mercado interno.

²² Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.568 Extraordinario del 31 de diciembre de 2001

²³ Exigida en la actualidad en virtud de la aplicación del artículo 6 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico

²⁴ Nervis VILLALOBOS, viceministro de Energía y Presidente de Cadafe, señaló que en el borrador de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico se excluyen la constitución del mercado mayorista y la separación de las empresas, pilares fundamentales de la ley actual. "Al no incorporarse esos principios, se alteran mucho sus artículos" (Diario El Universal, 7 de octubre de 2005). Por otro lado, el Ing. Guillermo Escovar en el Acto de Cierre de la Mesa redonda sobre la Industria eléctrica en Venezuela, celebrada en Valencia, Edo. Carabobo en octubre de 2004, señaló que "dadas las circunstancias especiales del sector eléctrico venezolano, en donde 86% de la generación está en manos del Estado, el Gobierno considera que no están dadas las condiciones para la creación de un mercado mayorista, por

Mas aun, existe a nivel internacional una tendencia de las empresas eléctricas de integrarse horizontalmente con las empresas petroleras²⁵, asunto que también escapa del desarrollo del presente trabajo pero que se debe destacar en un trabajo sobre integración vertical de las actividades de hidrocarburos a los fines de resaltar lo que parece ser la tendencia mundial de las grandes empresas petroleras en el mundo.

VI. CONCLUSIONES

Estamos asistiendo a un fuerte proceso de concentración e integración vertical y horizontal mundiales. No obstante, existe en la literatura la idea que la integración permite reforzar poderes monopólicos existentes, lo que tiene una connotación completamente opuesta a la idea de integración para reducir costos de transacción y para ser mas eficientes.

Contrariamente a lo que casi siempre se cree al respecto, la integración vertical hacia adelante, es decir, hacia etapas más cercanas al consumidor final, no permite, por lo general, el mayor aprovechamiento de un poder monopólico. Ello porque la exposición directa a los consumidores finales no es siempre necesaria para explotar todo el poder monopólico existente en una etapa anterior, pues ese se puede obtener mediante un apropiado cobro de precios de insumos.

En efecto, como resultado de los análisis revisados a los fines de esta monografía, se ha puesto de manifiesto que una mayor integración de los canales comerciales en general (circunstancia aplicable al mercado bajo análisis) reduce el esfuerzo de intermediación o densidad comercial. Esto

lo que se propone la necesidad de explorar otras ideas sobre el manejo de los precios de la generación, para que pueda existir competencia. Igualmente concluyó que al no haber un mercado mayorista no se justifica la separación jurídica de las empresas y solamente es necesaria la separación contable”.

²⁵ Tal es el caso de muchísimas compañías productoras de gas y petróleo alrededor del mundo, entre las que encontramos a Repsol YPF la cual obtuvo licencia para buscar gas en el Bloque Barrancas –que está localizado entre Barinas, Portuguesa y Trujillo– y simultáneamente se le entregó otro permiso para quemar el gas extraído en una planta termoelectrica que está cercana, con el fin de satisfacer la demanda de gas en esa región y también generar electricidad. Así pues, encontramos en Venezuela un caso actual para la monetización de las reservas de gas natural en Venezuela, mediante la integración de la actividad de exploración y producción, con la instalación de operaciones aguas abajo de generación eléctrica.

se traduce canales más eficientes y una estructura de costo global también más eficiente.

En efecto, la integración vertical de las actividades de comercio interior de productos derivados de hidrocarburos, se trata de una *integración territorial, hacia adelante y parcial*, de acuerdo a los conceptos señalados en esta monografía, la cual pueden realizar los particulares por no estar prohibida dicha integración como sí ocurre en el caso de la industria del gas (fundamentalmente en actividades de transporte y distribución) y de la industria eléctrica <mientras no sea reformada la vigente Ley Orgánica del Servicio Eléctrico>.

Así pues, debemos entender que los principios de separación jurídica y contable exigida a todos aquellos que realicen actividades de suministro, almacenamiento, transporte y expendio de productos derivados de hidrocarburos, no implica una prohibición de integración vertical para grupos empresariales, sino exigencias propias del tipo de actividad que se desarrolla, y del interés y vigilancia especial que pone el Estado sobre las mismas, toda vez que se trata de actividades de utilidad pública y de interés social y que a la vez han sido calificadas como servicios públicos por la misma ley.

Mas aun, al no estar dichas actividades reservadas al Estado, las mismas deben realizarse bajo los preceptos de libertad económica y libre competencia contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para lo cual solo aplican a los particulares las limitaciones expresamente establecidas en la LOH y demás leyes que les resulten aplicables <entre ellas, la sujeción a la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia y las limitaciones que pueden resultar de la misma>.

Así pues, la experiencia en mercados regulados refleja que no existe una regla única capaz de explicar cual alternativa es la más adecuada en cuanto al tipo de estructura que un mercado como el de hidrocarburos debe tener, no obstante lo que resulta claro es que interpretar la normativa de la LOH en el sentido de prohibir en forma general la integración vertical de grupos económicos (vg. distintas personas jurídicas desarrollan cada actividad) cercenaría la posibilidad de realizar alianzas exitosas que permitan obtener empresas mucho más eficientes y por tanto mas competitivas a nivel regional o nacional e inclusive internacional.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGREDA, Katherine; *Integraciones verticales: Eficiencias vs restricciones*; Boletín Informativo de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, Pro-Competencia, 15 de mayo de 2004, Año 4, N° 52.
- BOGO, Jorge; BULLARD, Alfredo; CORREA, Carlos María; Díez, Luis José; NÚÑEZ, Canseco; GARCÍA PALENCIA, Rafael; LUTZKY, Claudio; NICOLAIDES, Phedon; MATHIS, James; PÉREZ MIRANDA, Rafael; RIVIERE MARTÍ, Juan Antonio; STUBER, Walter Douglas; PIMENTEL NOBRE, Lionel; TINEO, Luis; ULLRICH, Hanns; VAZ, Isabel; *Derecho de la Competencia*, Temas de Derecho Industrial y de la Competencia; Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000.
- CONCEJO TÉCNICO DE LA CONTADURÍA PÚBLICA, *Contabilidades separadas sobre un mismo negocio*; N° 263 del 21 de diciembre de 1999.
- GOMEZ SUAREZ, Monica y MENDEZ GARCÍA DE PARDES, José Luis; *Densidad Comercial como indicador del grado de integración en los Canales de Comercialización*; Universidad Autónoma de Madrid, Recuperado el 26 de Octubre de 2006, Disponible en: <http://scholar.google.com/scholar?q=integraci3n%20vertical%20de%20las%20actividades%20de%20comercio%20interior&hl=es&lr=&oi=scholart>
- MOGOLLÓN-ROJAS, Ivor D; *Estudios sobre la Legislación Pro Competencia Venezolana*, Ediciones Liber, Caracas, 2000.
- PÉREZ LLANES, Roberto; *La Gerencia en Bolivia: Reflexiones y Casos*, Caso 2: El sector de los hidrocarburos en Bolivia, Recuperado el 23 de junio de 2006. Disponible en: http://www.uasb.edu.bo/universidad/fai_docs/Caso_YPPB_Desintegraci3n%20de%20la%20cadena%20industrial.pdf
- POVEDA, Mentor; *Competencia en Merados Energéticos: una evaluación de reestructuración de los mercados energéticos en América Latina y el Caribe*, Diciembre de 2004, OLADE, University of Calgary.
- SÁNCHEZ ALBAVERA, Fernando, *Reestructuración de los mercados energéticos y nuevos desafíos regulatorios en América Latina*, VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del estado y de la Administración Pública, Portugal, 8-11 octubre de 2002.

Naturaleza Jurídica y Régimen Legal aplicable a las Empresas de Producción Social

*Jessica Pineda Pedrazzani*¹
(Venezuela)

SUMARIO: II. Introducción; II. Evolución del concepto de Empresas de Producción Social; III. Normativa aplicable a las Empresas de Producción Social; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.

¹ Jessica PINEDA PEDRAZZANI es abogado egresada de la Universidad Católica Andrés Bello (2005). Diplomada en Derecho de Hidrocarburos y Minería Universidad Monteávil (2006). Profesora de la Especialización en Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad Alejandro de Humboldt (2006). Abogado Asociado al Despacho de Abogados miembro de Baker & Mckenzie.

I. INTRODUCCIÓN

Hace algunos meses el Ejecutivo Nacional anunció la implementación de un nuevo programa dirigido a lograr un cambio en el modelo social y económico del país a través de la creación y promoción de Empresas de Producción Social (“EPS”).

Según este programa, las EPS son consecuencia de la necesidad de implantar y desarrollar un programa extraordinario que impulse en el seno de las principales industrias del país la democratización de las oportunidades apalancadas en la demanda de bienes, ejecución de obras y contratación de servicios que posee el Estado.

Este programa de creación y promoción de EPS (el “Programa EPS”) fue adoptado en primer lugar por el Ministerio del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería (el “MIBAM”), la Corporación Venezolana de Guayana (la “CVG”) y sus empresas tuteladas, a través del Acuerdo Marco de Promoción, Estímulo y Desarrollo de las Empresas de Producción Social suscrito en Puerto Ordaz en fecha 20 de septiembre de 2005, entre el Presidente de la República, el Ministro del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería, los Presidentes de las empresas filiales de CVG y los Presidentes de las EPS de los Estados Bolívar, Amazonas, Delta Amacuro, Monagas y Anzoátegui (el “Acuerdo Marco”).

Posteriormente, el Programa EPS fue adoptado por Petróleos de Venezuela (“PDVSA”) con la finalidad de utilizar su capacidad de compra y contratación para impulsar las EPS del sector petrolero como un instrumento efectivo hacia la construcción del nuevo modelo social y económico del país.

Hasta la fecha no existe una regulación clara sobre el Programa de EPS, así como tampoco existe publicación alguna en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela que regule la naturaleza jurídica o el régimen legal aplicable a las EPS. Sobre este particular, las únicas disposiciones legales vigentes, son normativas específicas referidas a las contrataciones de PDVSA, el MIBAM y la CVG.

Esta falta de regulación legislativa sobre la naturaleza jurídica y el régimen legal aplicable a las EPS, tuvo como consecuencia que al iniciarse el programa muchos catalogaran a las EPS como una nueva forma societaria,

mientras otros las definieron como una clase de cooperativas, siendo la versión oficial, poco más que confusa al señalar, que constituyen “un nuevo modelo social y económico acogido por la normativa interna de PDVSA y del MIBAM”.

La definición de las EPS como un nuevo modelo social resultó de especial importancia al analizar los requisitos exigidos a las empresas contratistas de PDVSA y del MIBAM para su inscripción en el Registro de EPS (el “REPS”). Estas empresas para poder inscribirse en el REPS tenían que realizar modificaciones a sus documentos constitutivos y cumplir con otra serie de requisitos contenidos en normas de rango sublegal, pues no existía, ni existe, disposición legal o reglamentaria capaz de fundamentar tales exigencias.

En este sentido, tomando en consideración que toda restricción a los derechos de los ciudadanos debe tener un fundamento legal, resulta muy importante analizar el fundamento jurídico del Programa de EPS a los efectos de determinar si este nuevo modelo social y económico que son las EPS se encuentra ajustado a la Ley y a la Constitución.

Por todo lo antes expuesto, el presente estudio se dividirá en dos partes fundamentales: (i) la revisión de las distintas definiciones de EPS planteadas en nuestro país, desde el inicio del programa de EPS, hace unos meses atrás, hasta la actualidad, con la finalidad de determinar la naturaleza jurídica de las EPS; y (ii) el estudio de la normativa actualmente vigente en materia de EPS y de los requisitos exigidos a las empresas constituidas de acuerdo con la legislación venezolana, para su registro en el REPS, a los efectos de determinar si las normas que se han estado aplicando a las EPS requieren o no un fundamento legal.

II. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE EMPRESAS DE PRODUCCIÓN SOCIAL

Para poder determinar la naturaleza jurídica de las EPS resulta necesario hacer una revisión de los distintos conceptos que se han utilizado para definir a las EPS desde el inicio del Programa de EPS hasta la actualidad. Tales conceptos son los siguientes:

- (i) *Definición contenida en el Acuerdo Marco y en el artículo 3 del Decreto N° 3.895, mediante el cual se garantiza el suministro de materias*

primas y productos semielaborados, provenientes de las industrias básicas, que permitan desarrollar la solución a los problemas que en él se mencionan, publicado en la Gaceta Oficial N° 38.271 de fecha 13 de septiembre de 2005.

“Son **unidades de producción comunitaria**, constituidas bajo la figura jurídica que corresponda y tienen como objetivo fundamental generar bienes y servicios que satisfagan las necesidades básicas y esenciales de la comunidad y su entorno, incorporando hombres y mujeres de las misiones, privilegiando los valores de solidaridad, cooperación, complementariedad, reciprocidad, equidad y sustentabilidad, ante el valor de rentabilidad o de ganancia”.

El concepto antes citado recoge la definición de EPS planteada inicialmente en nuestro país, según la cual éstas son “unidades de producción comunitaria”. En este sentido, de acuerdo a los comentarios realizados por la Subcomisión de Economía Popular y Desarrollo Endógeno de la Comisión de Desarrollo Económico de la Asamblea Nacional al analizar un borrador del proyecto de Ley Orgánica de Economía Popular, las Unidades de Producción se caracterizan porque: (i) sus medios de producción son de propiedad colectiva, (ii) sus recursos económicos los aportan los propios trabajadores, sin que ello impida que busquen fuentes de financiamiento externo, público o privado, (iii) el excedente económico que genere el trabajo colectivo se distribuye equitativamente entre los trabajadores, y (iv) debe patrocinar, con no menos del 10 por ciento, obras sociales para comunidad.²

Estas características ya podíamos encontrarlas en las Asociaciones Cooperativas reguladas por ley especial desde el año 2001, motivo por el cual, muchos llegaron a afirmar que todas las EPS nacían como Asociaciones Cooperativas, omitiendo el hecho de que en la definición no se establece una figura jurídica específica para las EPS, siendo la conclusión entonces, que no todas las EPS deben ser Asociaciones Cooperativas, aún cuando éstas últimas parecen haber contribuido en gran medida a la determinación de las características esenciales de las EPS.

Para el caso de las Compañías Anónimas como figura jurídica adoptada por una EPS la controversia es aún mayor, pues según la definición en

² Tomado de: <http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/noticia.asp?numn=9548> en Noticias de la Asamblea Nacional de fecha 14 de julio de 2006 “Ley de Economía Popular propone fondo financiado por Unidades de Producción” Por: Sandra Ayala/ Prensa AN.

comento, el objetivo fundamental de una EPS es generar bienes y servicios que satisfagan las necesidades básicas y esenciales de la comunidad y su entorno, privilegiando valores como la equidad y la sustentabilidad, ante el valor de rentabilidad o de ganancia. De lo anterior resulta forzoso concluir, que una Compañía Anónima no es una forma societaria compatible con el modelo de una EPS. No obstante lo anterior, existen en nuestra legislación decretos presidenciales en los cuales se crean empresas del Estado, bajo la forma de Compañías Anónimas denominadas EPS. Estos Decretos son, entre otros, los siguientes: (i) Decreto N° 4.229, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa del Estado, bajo la forma de Compañía Anónima, la cual se denominará Empresa de Producción Social de Insumos Básicos para la Construcción de Viviendas, C.A. publicado en la Gaceta Oficial N° 38.363 de fecha 23 de enero de 2006, (ii) Decreto N° 4.200, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa del Estado, bajo la forma de Compañía Anónima, denominada Empresa de Producción Social Recuperadora de Materias Primas, C.A., publicado en la Gaceta Oficial N° 38.345 de fecha 28 de diciembre de 2005 y (iii) Decreto N° 4.193, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa del Estado, bajo la forma de Compañía Anónima, denominada Empresa de Producción Social de Servicios de Laminación del Aluminio, C.A., publicado en la Gaceta Oficial N° 38.345 de fecha 28 de diciembre de 2005.

(ii) Definición de EPS dada por el Presidente Hugo Chávez en su alocución de fecha 30 de enero 2006

“Son estructuras económicas dedicadas a la producción de bienes y servicios en las cuales el trabajo tiene significado propio y auténtico, donde no existe discriminación social en el trabajo ni en tipo alguno de trabajo, donde no existen privilegios jerárquicos, con máxima eficiencia en la utilización de los recursos, donde la distribución del excedente responde a la autosustentabilidad de la empresa, engranada con las necesidades del Desarrollo Endógeno, visión holística, integrada e integradora con el cambio en el modelo productivo.”

En este concepto se sustituye la noción de Unidades de Producción por la de Estructuras Económicas haciendo énfasis en el significado propio y auténtico del trabajo y en la distribución del excedente para la autosustentabilidad de la empresa. Estas características, una vez más, parecen chocar

con los principios que rigen a una Compañía Anónima, pero por ejemplo podrían aplicarse a Sociedades Civiles.

Otra de las particularidades de esta definición es el hecho de mencionar la necesidad de engranar la estructura de las EPS con el Desarrollo Endógeno.

El Desarrollo Endógeno ha sido definido por la doctrina patria como un fin y como una estrategia. El Desarrollo Endógeno como un fin “se concibe como la “Imagen Objetivo” susceptible de ser construida y alcanzada por una comunidad, en un tiempo determinado y a través de la mejor forma de utilización de todos los medios existentes, mientras el Desarrollo Endógeno como estrategia se trata de una “acción sostenida” e implantada desde y por una comunidad a través del tiempo para mejorar sus condiciones de existencia en términos integrales.”³ Estos conceptos resultan de especial importancia si tomamos en cuenta que el Programa de EPS hasta la fecha ha sido implantado en dos de los sectores más importantes del país, como son el sector petrolero y el sector minero, motivo por el cual, la referencia al Desarrollo Endógeno resulta acorde con los objetivos fijados por el programa.

(iii) Definición de BARIVEN - PDVSA de fecha 15 de octubre de 2005

“Son **entidades de interés público, de propiedad colectiva**, jurídicas o naturales, de cogestión y autogestión, las cuales pueden realizar/ejecutar obras, prestar servicios profesionales / comerciales y suministrar bienes, a través de los procesos de contratación desarrollados por PDVSA y regidos por la normativa legal que le sea aplicable y se caracterizan esencialmente por cuanto las utilidades generadas están dirigidas a la búsqueda del bienestar de las comunidades, como un fin distinto a la apropiación de la plusvalía capitalista”⁴

Esta definición tiene especial importancia por el hecho de incluir la noción de interés público y propiedad colectiva en el concepto de EPS. En cuanto al primero de estos elementos, debemos decir que catalogar una

³ MAS HERRERA, María Josefina. “Desarrollo Endógeno Cooperación y Competencia”. Editorial PANAPO, Caracas, 2005. p. 51

⁴ “La nueva PDVSA. Elemento fundamental en la transformación del país hacia el socialismo bolivariano”: Documento publicado en la página web de PDVSA, preparado por PDVSA (BARIVEN) y el Ministerio de Energía y Petróleo.

entidad como de interés público necesariamente implica una injerencia por parte del Estado. Si bien es cierto que esta injerencia no tiene que ser necesariamente directa, también es cierto que el concepto jurídico indeterminado que representa el interés público, permite al menos una potestad de control por parte del Estado a los efectos de garantizar el bienestar social.

En cuanto al elemento de la propiedad colectiva, si bien éste ya estaba presente en las Asociaciones Cooperativas, es de hacer notar que en la definición de EPS parece tener una implicación mucho mayor. Asimismo, constituye una característica propia de este concepto el hecho de incluir a las “entidades naturales”, imaginamos que refiriéndose a las personas naturales, consagrando así la posibilidad de que una persona natural pueda constituir una EPS.

Otra característica que debemos mencionar en la definición antes citada, es la referencia a la autogestión y a la cogestión, inexistente en todas las definiciones anteriores. La Cogestión actualmente no cuenta con un marco legal concreto, pues aún cuando existe un proyecto de Ley, éste no ha sido promulgado.

Finalmente en esta definición ya se empieza a hacer referencia a los procesos de contratación y se enumeran las actividades previstas en la Ley de Licitaciones como son la ejecución de obras, la prestación de servicios y el suministro de bienes.

(iv) Definición contenida en el artículo 3 del Instrumento Normativo Interno Sobre la Promoción, Funcionamiento y Fiscalización de las Empresas de Producción Social (EPS) y aquellas sociedades mercantiles comprometidas con la construcción del nuevo modelo productivo publicado en la Gaceta Oficial N° 38.462 del 20 de junio de 2006 (el “Instrumento Normativo”)

“Entidades económicas dedicadas a la producción de bienes o servicios en las cuales el trabajo tiene significado propio, no alienado y auténtico; no existe discriminación social en ningún tipo de trabajo, ni privilegios en el trabajo asociados a la posición jerárquica, existe igualdad sustantiva entre sus integrantes, basadas en una planificación participativa y protagónica, y pueden funcionar bajo régimen de propiedad estatal, propiedad colectiva o la combinación de ambas”.

Esta reciente definición resulta muy similar a la definición de EPS dada por el Presidente Hugo Chávez en su alocución de fecha 30 de enero 2006. No obstante, esta definición tiene las siguientes particularidades: (i) señala que las EPS están basadas en una planificación participativa y protagónica y (ii) amplía las opciones de regímenes bajo los cuales pueden funcionar las EPS, de manera que, estas empresas pueden trabajar bajo el régimen de propiedad estatal, propiedad colectiva o una combinación de ambas, pero nunca bajo un régimen de propiedad privada.

(v) *Definición actual de PDVSA*

“Las Empresas de Producción Social son **unidades de producción de bienes, obras y servicios**, relacionadas al sector petrolero, constituidas bajo la figura jurídica que corresponda, con la particularidad de destinar sus ganancias a un reparto equitativo entre sus asociados.”⁵

Esta última definición, que constituye la definición de PDVSA, resume los elementos que ya hemos visto presentes en las definiciones anteriores, haciendo énfasis en el hecho de que las EPS deben destinar sus ganancias a una reparto equitativo entre sus asociados.

De lo anterior resulta forzoso concluir, que a los efectos de PDVSA una EPS no debe estar bajo un régimen de propiedad específico mientras cumpla con esta forma de reparto de las ganancias y a diferencia de su concepto inicial, una EPS no constituye una entidad de interés público.

Sobre la base de las consideraciones anteriores podemos llegar a las siguientes conclusiones preliminares: (i) las definiciones de EPS no son claras, (ii) cada definición contiene elementos diferentes los cuales generan consecuencias igualmente diferentes, (iii) las EPS no son una figura jurídica sino un modelo que adoptan voluntariamente las empresas al participar en el Programa de EPS, en el marco del nuevo esquema de contratación en PDVSA y en el MIBAM, (iv) no está claro cuáles son las figuras jurídicas que puede adoptar una EPS y cuáles no, (v) en virtud de que no existe una normativa jurídica aplicable en general a las EPS, no queda claro si las características incluidas en la definición de una rama del ejecutivo, vinculan a las empresas que se forman de acuerdo a la definición y requisitos de otra rama del ejecu-

⁵ Tomado del Documento “Programa de Empresas de Producción Social en PDVSA” publicado en el sitio web de PDVSA: http://www.pdvsa.com/siembra_refinacion_internet/pdf/copia_de_eps.pdf. Consultado en fecha 16 de mayo de 2007.

tivo, y (vi) no está claro si las últimas definiciones son las vigentes, o por el contrario, son las primeras definiciones las que tienen todos los elementos que se deben tomar en cuenta para determinar que es una EPS.

Una vez analizadas las distintas definiciones existentes de EPS resulta necesario hacer referencia a las características fundamentales de estas Unidades de producción contenidas en el Acuerdo Marco, a saber:

- (i) La propiedad es colectiva, en beneficio de las comunidades, no privada. Los trabajadores o comunidades son los dueños del patrimonio de la empresa, no existiendo una separación entre el capital y el trabajo, ni contratación de trabajo asalariado.
- (ii) Generan empleos estables que incorporan a la población históricamente excluida, tales como egresados de las Misiones sociales que adelanta el Ejecutivo Nacional, integrantes de las Unidades de Batallas Endógenas (UBES), desempleados en los portones de las empresas básicas y pequeños mineros desplazados.
- (iii) La producción está fundamentada en la solidaridad, la cooperación y la complementariedad de sus miembros.
- (iv) El trabajador tiene un compromiso social y procura su desarrollo integral, su remuneración podrá ser representada mediante formas alternativas de pago, distintas al dinero.
- (v) La producción se destina a satisfacer las necesidades básicas y esenciales de la colectividad, y no a necesidades superfluas.
- (vi) Desarrollan las cadenas productivas de los sectores vinculados a la industria básica.
- (vii) Su finalidad no es la generación de lucro, sino la reinversión de sus excedentes en la producción social, en el medio en el que se desenvuelven.
- (viii) Precios de venta solidarios de sus productos y servicios, y no regidos por las leyes del mercado (Base en el valor y no en el precio).
- (ix) Impulsan la desconcentración territorial.
- (x) Operan en forma armónica con el medio ambiente.

III. NORMATIVA APLICABLE A LAS EMPRESAS DE PRODUCCIÓN SOCIAL

De acuerdo a lo establecido en el Acuerdo Marco, las EPS tienen una base

constitucional contenida en los artículos 308, 70 y 118 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (la “Constitución”).

El artículo 308 de la Constitución expresa textualmente lo siguiente:

“El Estado protegerá y promoverá la pequeña y mediana industria, las cooperativas, las cajas de ahorro, así como también la empresa familiar, la microempresa y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo, el ahorro y el consumo, bajo régimen de propiedad colectiva, con el fin de fortalecer el desarrollo económico del país, sustentándolo en la iniciativa popular. Se asegurará la capacitación, la asistencia técnica y el financiamiento oportuno.”

En esta disposición constitucional muchos han encontrado el fundamento para la noción de “Unidades de Producción Comunitaria” en la definición de las EPS. Asimismo, el artículo antes citado ha sido considerado por el Ejecutivo Nacional como el fundamento del deber de entender las EPS como estructuras que funcionan bajo el régimen de propiedad colectiva y por supuesto como el sustento para la promoción y protección del Programa EPS.

En este orden de ideas, el artículo 70 de la Constitución expresa lo siguiente:

“Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad. La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.”

Si bien en esta disposición se hace referencia a la autogestión, la cogestión y las empresas comunitarias como los medios de participación del pueblo en el ejercicio de la soberanía, en lo económico y en lo social, la última parte del artículo señala que ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en dicho artículo.

En consecuencia, si las EPS constituyen uno de los medios de participación del pueblo en la soberanía, en el plano económico y social, entonces es necesario regular mediante disposiciones legales las condiciones para el efectivo funcionamiento de estas Unidades de Producción Comunitaria.

De lo anterior podría inferirse que la normativa aplicable a las EPS está sometida a una reserva legal por disposición expresa del artículo 70 de la Constitución. No obstante, al ser el panorama en este tema tan confuso, no podemos dar por sentado que las EPS realmente constituyen uno de los medios de participación del pueblo en la soberanía consagrado en el mencionado artículo.

Finalmente el artículo 118 de la Constitución establece lo siguiente:

“Se reconoce el derecho de los trabajadores y trabajadoras, así como de la comunidad para desarrollar asociaciones de carácter social y participativo, como las cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas. Estas asociaciones podrán desarrollar cualquier tipo de actividad económica, de conformidad con la ley. La ley reconocerá las especificidades de estas organizaciones, en especial, las relativas al acto cooperativo, al trabajo asociado y su carácter generador de beneficios colectivos. El Estado promoverá y protegerá estas asociaciones destinadas a mejorar la economía popular y alternativa.”

Una vez analizadas las disposiciones constitucionales que sirven de fundamento al Programa de EPS, resulta necesario hacer algunos comentarios sobre la única norma de rango legal relacionada con este programa. Esta norma es la Ley de Licitaciones.

Conforme a la Ley de Licitaciones, en los procedimientos licitatorios anunciados por cualquiera de los entes públicos sujetos a dicha Ley, la selección de contratistas para la adquisición de bienes y ejecución de obras o servicios, requiere que las empresas ofertantes estén inscritas en el Registro Nacional de Contratistas (“RNC”)⁶, a través de cualquiera de sus registros auxiliares.

⁶ Este requisito es necesario en los procedimientos licitatorios cuyo monto sea superior a quinientas Unidades Tributarias (500 UT) en el caso de adquisición de bienes o contrataciones de servicios, o a mil quinientas Unidades Tributarias (1500 UT) en el caso de construcción de obras. La inscripción en el RNC no será necesaria cuando se trate de licitaciones anunciadas internacionalmente, obras científicas o artísticas y servicios altamente especializados de uso esporádico (Ley de Licitaciones, artículo 36).

Ahora bien, hace algunos meses PDVSA anunció la implementación del Programa EPS, el cual tiene por finalidad crear y fortalecer una conciencia social dentro del sector productivo venezolano y coadyuvar a la instauración de nuevas formas de relación social y moral entre la empresa y la comunidad.

Este Programa establece la creación de un nuevo registro denominado Registro de Empresas de Producción Social de PDVSA ("REPS") donde deberán estar inscritas todas aquellas empresas interesadas en ser proveedores de PDVSA y, por ende, contratar con PDVSA. Por tal razón, para ser proveedor de PDVSA, además de estar inscrito en el RNC, es requisito indispensable estar inscrito en el REPS.

El REPS es un sistema interno de PDVSA que tiene como finalidad recibir, organizar y centralizar la información de las empresas que se acojan al Programa de EPS. Este sistema coexiste con el RAC.

En el REPS pueden inscribirse las asociaciones o unidades de la economía social y participativa (vgr. cooperativas, asociaciones sin fines de lucro) y las empresas mercantiles. A tal efecto, las asociaciones pueden adoptar el modelo de EPS propiamente dichas y las sociedades mercantiles pueden adoptar el modelo de Promotoras EPS, conforme se indica en el Programa de EPS.

Como hemos podido constatar, en la escasa regulación actual no existe una definición única de EPS y Promotoras de EPS. Sin embargo, en el Programa de EPS, PDVSA las define de la siguiente forma:

"Empresas de Producción Social (EPS): Entidades económicas dedicadas a la producción de bienes, servicios y obras, en las cuales el trabajo tiene significado propio, no alienado y auténtico, no existe discriminación social en el trabajo y de ningún tipo de trabajo, no existen privilegios en el trabajo asociados a la posición jerárquica, con igualdad sustantiva entre sus integrantes, basadas en una planificación participativa y protagónica y bajo régimen de propiedad estatal, propiedad colectiva o la combinación de ambas. Esta definición adaptada al ámbito del sector petrolero, PDVSA considera que: Se registran como "Empresas de Producción Social", aquellas unidades de producción de bienes, obras y servicios, relacionadas al sector petrolero, constituidas bajo la figura que corresponda, con la

particularidad de destinar sus ganancias a un reparto igualitario entre sus asociados, asumiendo las condiciones del compromiso social que más adelante se detalla.”

Las EPS asumen las condiciones del compromiso social previsto en el Programa de EPS para cada uno de estos modelos, de acuerdo a las especificaciones del contrato que suscriban con PDVSA en el marco de un proceso licitatorio. En consecuencia, tales compromisos solo se ejecutarán por las EPS en relación a la suscripción del referido contrato.

Conforme al Programa de EPS, dichos compromisos son los siguientes:

a) Participar en los proyectos de las comunidades a través de aportes al Fondo Social de PDVSA o mediante la prestación de bienes y servicios que dependerá de la naturaleza del bien, obra o servicio a contratar con el ente licitante y que se especificará en el pliego de licitación correspondiente; y

b) Contribuir al desarrollo de empresas de producción, distribución y servicio comunal conocidas como Unidades Productivas Comunitarias (UPC)⁷.

En todo caso, resulta importante señalar que a diferencia del modelo tradicional de contratación en el cual se exigía una oferta técnica y una oferta económica, en el Programa de EPS se plantea la inclusión de la oferta social, cuyas condiciones se especificarán en cada pliego de licitación.

Para formalizar la inscripción en el REPS, se exige a las EPS los siguientes recaudos:

- ▶ Presentar la planilla de solicitud de inscripción en el REPS obtenida del Sistema del Registro de EPS.
- ▶ Acta de Asamblea Extraordinaria de Accionistas o Asociados debidamente registrada, en la cual se exprese la voluntad de acogerse a los programas sociales y condiciones de EPS, establecidos por PDVSA en el Programa de EPS. En tal sentido, cabe señalar que PDVSA ha

⁷ Las UPC son definidas como: Tipo particular de Empresas de Producción Social dedicadas a la producción de bienes y servicios, en las cuales su producto satisface necesidades humanas fundamentales de los integrantes de las comunidades, de forma solidaria, transparente y corresponsable, en las que se practica una coordinación voluntaria de las actividades distributivas, se ejerce una toma de decisiones de forma sustantivamente democrática y se desarrollan a plenitud las energías y actitudes creadoras del pueblo.

suministrado a los interesados a modo referencial un modelo de Acta de Asamblea de Accionistas.

- ▶ Copia del certificado de inscripción vigente, emitido por el Registro Nacional de Contratistas (RNC).
- ▶ Copia de la constancia emitida por la Superintendencia Nacional de Cooperativas (“SUNACOOOP”) (en caso de Cooperativas).
- ▶ Las empresas consultoras deben consignar copia del certificado de inscripción en el Registro Electrónico de Consultores, emitido por el Servicio Autónomo Nacional de Normalización, Calidad, Metrología y Reglamentos Técnicos (“SENCAMER”).
- ▶ Copia simple del Acta Constitutiva, últimas modificaciones estatutarias y copia de la cédula de identidad de cada accionista o asociado, Junta Directiva y Representante Legal.
- ▶ Copia del recibo de teléfono.
- ▶ Estados Financieros del último ejercicio económico auditado por un Contador Público Colegiado. Si no tuvo actividad: Balance General Auditado a la fecha del último cierre y Movimiento del Patrimonio, si éste está constituido por partidas monetarias.
- ▶ Copia de la declaración de Impuesto sobre la Renta del último ejercicio económico.
- ▶ Copia del Registro de Información Fiscal (RIF).
- ▶ Copia de la Ficha Descriptiva del Programa EPS.

Es de hacer notar que actualmente no está claro si todos estos requisitos exigidos para la inscripción en el REPS sustituyen a aquellos exigidos para la inscripción en el Registro Nacional de Contratistas. En todo caso, cualquier requisito adicional a los contenidos en la Ley de Licitaciones y su Reglamento exigido para contratar con cualquiera de los entes públicos sujetos a dicha Ley, debe estar consagrado en una disposición legal.

Por otra parte, dentro de la normativa dictada por el MIBAM encontramos el Instrumento Normativo. El Instrumento Normativo establece la Matriz Compromiso-Incentivo que debe ser aplicada a las EPS y sociedades mercantiles comprometidas con el nuevo modelo productivo que deseen disfrutar de los incentivos que ofrecen el MIBAM y sus entes adscritos. Dicho Instrumento tiene por objeto regular los mecanismos de aplicación de incentivos asociados a los compromisos adquiridos por las EPS, las sociedades mercantiles y demás formas asociativas comprometidas con la

construcción del nuevo modelo productivo, que guardan relación con el MIBAM o algunos de sus entes adscritos.

De lo anterior se colige, que este Instrumento no tiene como finalidad principal establecer requisitos de registro adicionales para las empresas contratistas del MIBAM, sino más bien regular todo lo relativo a los compromisos sociales que deben asumir las sociedades y asociaciones que deseen participar en este nuevo modelo productivo y los incentivos que serán otorgados para promover dicha participación. Este Instrumento Normativo se aplica a los siguientes entes: (i) el MIBAM y sus entes adscritos, (ii) la Corporación Venezolana de Guayana y sus empresas tuteladas, (iii) el Instituto Nacional de Geología y Minería, (iv) la Compañía Nacional de las Industrias Básicas, C.A. y sus empresas filiales, (v) las EPS promovidas por éstas, y (vi) las sociedades mercantiles y demás formas asociativas comprometidas con la construcción del nuevo modelo productivo.

En el Instrumento Normativo, se definen como “sociedades mercantiles y demás formas asociativas comprometidas con la construcción del nuevo modelo productivo” a toda empresa privada, cualquiera sea su figura mercantil, que manifieste su consentimiento de “evolucionar” hasta convertirse en una EPS, en la medida que asuma voluntariamente mayores compromisos sociales con sus trabajadores, sus familiares y la comunidad donde desarrolla sus actividades.

Esta definición parece matizar un poco la idea planteada en el Programa de EPS de que una empresa privada no puede nunca llegar a ser una EPS, sino en el mejor de los casos una empresa Promotora de EPS. No obstante lo anterior, cabe preguntarse cómo se plantea esta evolución de las sociedades mercantiles y demás formas asociativas comprometidas con la construcción del nuevo modelo productivo hasta convertirse en una EPS, especialmente si tomamos en cuenta que el concepto de EPS contenido en este Instrumento Normativo señala que estas entidades económicas pueden funcionar bajo régimen de propiedad estatal, propiedad colectiva o la combinación de ambas. En todo caso, debemos ser precisos al interpretar el sentido de estas normas y estar claros en que el concepto establece textualmente “pueden” y no “deben”.

Adicionalmente, el Instrumento Normativo tiene por finalidad que el MIBAM y sus entes adscritos impulsen la construcción del nuevo modelo

productivo a través de una serie de incentivos que ofrecen a las EPS y a las empresas que transiten al nuevo modelo productivo. Estos incentivos se encuentran enumerados en el artículo 4 del Instrumento Normativo, a saber: (i) suministro de materias-primas, (ii) asistencia técnica (formación, capacitación, acompañamiento y seguimiento), (iii) compras gubernamentales, (iv) donación y/o préstamo de activos, y (v) financiamiento bajo las condiciones preferenciales establecidas en la Ley.

No obstante lo anterior, el Instrumento Normativo establece que el Estado mediante norma especial dictada al efecto y a través de los órganos correspondientes, podrá otorgar otros incentivos de tipo fiscal o cambiario para las EPS, las sociedades mercantiles y demás formas asociativas comprometidas con la construcción del nuevo modelo productivo, a los cuales se acogerían el MIBAM y sus entes adscritos.

En cuanto al incentivo relativo a las compras gubernamentales, el Instrumento Normativo establece que el MIBAM y sus entes adscritos establecerán como condición adicional y preferente en los procesos de compra para la adquisición de bienes y contratación de obras y servicios, el compromiso social para la construcción del nuevo modelo productivo, incluyendo tal condición en los respectivos pliegos de licitación, bien sean licitaciones generales, selectivas o adjudicaciones directas.

El incumplimiento demostrado por parte de las EPS, las sociedades mercantiles y demás formas asociativas, de cualquiera de los compromisos asumidos para la obtención de los beneficios antes mencionados, es causal suficiente para la suspensión de dichos beneficios y confiere al MIBAM o a cualquiera de sus entes adscritos, el derecho a ejercer las acciones legales correspondientes a los fines de salvaguardar los intereses y derechos de la República. En este sentido, se entiende por "compromiso", la voluntad expresa de la sociedad mercantil y demás formas asociativas, de contribuir en la construcción del nuevo modelo productivo a través de acciones concretas en lo económico, social, político, territorial, ambiental e internacional. Dicho compromiso debe quedar plasmado en todos los instrumentos que se suscriban a propósito del otorgamiento de los beneficios, así como también en las actas de asambleas de socios o accionistas de la empresa beneficiaria, según corresponda.

Conforme se indicó, la Matriz Compromiso-Incentivo debe ser aplicada a todas aquellas sociedades mercantiles y demás formas asociativas que

deseen optar a algunos de los incentivos. Una vez que dicha Matriz sea debidamente certificada por el Comité Técnico Social creado por cada uno de los entes adscritos al MIBAM, constituye un requisito adicional para otorgar cualquiera de los incentivos.

Al respecto, es de hacer notar que el grado de compromiso asumido voluntariamente por las empresas privadas para la construcción del nuevo modelo productivo, puede materializarse a través de un aporte al Fondo Social o del apoyo a un Proyecto Social (denominados indistintamente el "Aporte Social"), previamente aprobado por la Asamblea de Accionistas de dichas empresas, y plasmado en acta debidamente protocolizada y en declaración jurada de cumplimiento. El Aporte Social será determinado por cada ente contratante y deberá definirse al momento de establecer la relación contractual.

El apoyo a Proyectos Sociales estará representado por obras y servicios que acuerde la empresa ejecutante, los cuales formarán parte de la cartera de proyectos sociales del Comité Técnico Social.

Finalmente, El Instrumento Normativo prevé la creación de un sistema electrónico donde se registrarán los compromisos adquiridos por las EPS, las sociedades mercantiles y demás formas asociativas comprometidas con la construcción del nuevo modelo productivo, así como también los incentivos a los que se puedan hacer beneficiarias. Cabe señalar, que todas las EPS, las sociedades mercantiles y demás formas asociativas comprometidas con la construcción del nuevo modelo productivo y las UPC deben estar registradas en dicho sistema electrónico y en el RNC.

De lo anterior resulta forzoso concluir que aún cuando el establecimiento de las obligaciones de registro no parece ser el objetivo principal del Instrumento Normativo, en el caso del MIBAM, al igual que en el REPS de PDVSA parece haber operado una derogatoria de normativas legales por instrumentos de rango sublegal, o en el mejor de los casos, parece existir una doble obligación de registro para los contratistas donde no se diferencian los requisitos y las finalidades de uno y otro.

IV. CONCLUSIONES

Tal y como expresamos preliminarmente, las definiciones de EPS no nos ayudan a determinar su naturaleza jurídica. Esto tiene como resultado una

gran incertidumbre, pues no se sabe a ciencia cierta, si las características incluidas en la definición de una rama del Ejecutivo vinculan a las empresas constituidas de acuerdo a la definición y requisitos de otra de sus ramas.

Resulta igualmente confuso determinar cuáles son las figuras jurídicas que puede adoptar una EPS, en atención al hecho de que las características que hemos analizado no parecen compatibles con todas las formas jurídicas de asociación, como es el caso de las sociedades anónimas.

En cuanto a la normativa aplicable, resulta necesario modificar varias leyes para obtener un sustento legal, a saber: (i) la Ley de Licitaciones, (ii) la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas y (iii) otras Leyes de tipo económico.

A nivel práctico, las deficiencias legales del Programa de EPS tiene varias implicaciones: (i) demoras en la formalización de la política que generan un atraso en la contratación, (ii) incremento en el tiempo para el análisis de ofertas en PDVSA y (iii) participación de empresas descapitalizadas como EPS si reactivan producción con financiamiento del Fondo PDVSA y se acogen al Programa EPS.

Asimismo, resulta necesario armonizar toda la normativa relativa a las EPS con la normativa legal vigente en el país para que por ejemplo, el aporte al Fondo Social sea deducible del Impuesto sobre la Renta.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, debemos entender a las EPS no como una nueva forma jurídica de asociación, sino más bien como la forma de canalizar todo un programa social, que sobre la marcha irá adoptando las formas de asociación más compatibles con el cumplimiento de sus objetivos.

Finalmente hemos podido comprobar a lo largo de este estudio que existe un elemento constante en todos los aspectos analizados cual es la inseguridad jurídica generada por la falta de normativa clara en la materia. Inseguridad que cobra aún más importancia si tomamos en consideración que se presenta en los sectores más importantes de la economía del país.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AYALA, Sandra. "*Ley de Economía Popular propone fondo financiado por Unidades de Producción*". Documento publicado en el sitio web de la Asamblea Nacional (Noticias de la Asamblea Nacional): <http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/noticia.asp?numn=9548>
Consultado en fecha 14 de julio de 2006.

NATURALEZA JURÍDICA Y RÉGIMEN LEGAL APLICABLE A LAS EMPRESAS DE PRODUCCIÓN SOCIAL

MAS HERRERA, María Josefina. “*Desarrollo Endógeno Cooperación y Competencia*”. Editorial PANAPO, Caracas, 2005. p. 51.

“*La nueva PDVSA. Elemento fundamental en la transformación del país hacia el socialismo bolivariano*”: Documento publicado en la página web de PDVSA, preparado por PDVSA (BARIVEN) y el Ministerio del Poder popular para la Energía y el Petróleo.

“*Programa de Empresas de Producción Social en PDVSA*”: Documento publicado en el sitio web de PDVSA: http://www.pdvs.com/siembra_refinacion_internet/pdf/copia_de_eps.pdf. Consultado en fecha 16 de mayo de 2007.