





NACIONALIZACIÓN, LIBERTAD DE EMPRESA,  
Y ASOCIACIONES MIXTAS

COLECCIÓN INSTITUTO DE DERECHO PÚBLICO  
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

*Títulos publicados*

1. Alfredo Arismendi A., *Contribución a la bibliografía del derecho constitucional y su historia*, Caracas, 2005, 364 pp.
2. Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, 2007, 688 pp.
3. Víctor R. Hernández-Mendible, José Ignacio Hernández, Allan R. Brewer-Carías y José Araujo Juárez, *Nacionalización, Libertad de Empresa y Asociaciones Mixtas*, Caracas, 2008, 251 pp.

VÍCTOR R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE  
JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ  
ALLAN R. BREWER-CARÍAS  
JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ

# **NACIONALIZACIÓN, LIBERTAD DE EMPRESA Y ASOCIACIONES MIXTAS**

COLECCIÓN INSTITUTO DE DERECHO PÚBLICO  
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA  
Nº 3

Editorial Jurídica Venezolana  
Caracas/2008

©

Hecho el depósito de Ley  
Depósito Legal: XXXXXXXX  
ISBN: XXXXXXXX

Editorial Jurídica Venezolana  
Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande,  
Apartado 17.598 - Caracas, 1015, Venezuela  
Teléfono: 762.25.53, 762.38.42. Fax. 763.52.39  
Email feyv@cantv.net  
<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

Diagramación, composición y montaje  
por: Francis Gil, en letra  
Book Antigua 11, Interlineado 14, Mancha 21 x 12.5  
Primera Edición 2008  
La Edición consta de XXXX ejemplares

## A MODO DE PRÓLOGO

*Debo confesar que la idea original de elaborar este libro tuvo su inspiración en una obra publicada hace 27 años, por el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, dirigida por el profesor Allan R. Brewer-Carías, quien se desempeñaba como director del mencionado Instituto. Dicha obra conformada por dos tomos se tituló “Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela” que fue elaborada como un Homenaje del Instituto a quien fuera su director durante 30 años, desde su creación en 1948 hasta el año 1978, Antonio Moles Caubet, constituyéndose así en el primer homenaje que le hicieron sus discípulos.*

*Como era de esperarse, aquella publicación se constituyó en un auténtico éxito editorial y se agotó pronto, no obstante el tema que abordaba perdió vigencia luego de culminadas las nacionalizaciones y posteriormente por la iniciación de las privatizaciones, quedando como una referencia histórica en las bibliotecas, pero nuevamente se ha puesto en vigor con el reinicio de las nacionalizaciones en el año 2007.*

*Este trabajo no podía ser simplemente una repetición o una reedición de aquél, porque los años pasados no han transcurrido en vano, pues ha cambiado la Constitución, han cambiado las leyes, ha cambiado la sociedad y existe la amenaza de cambiar el modelo político republicano democrático.*

*Es así como en esta obra, más modesta que aquella que sirvió de inspiración, reúne los aportes de cuatro autores integrantes de distintas generaciones, que tienen en común además de un auténtico compromiso académico universitario, una vocación jurídica iuspublicista y se encuentran motivados por el interés de plantear reflexiones y soluciones en el marco*

*del Estado democrático de Derecho, ante las transformaciones que ha generado el ordenamiento jurídico venezolano a comienzos del presente siglo.*

*Si bien los estudios no constituyen una sucesión temática totalmente hilada, ofrecen un tratamiento común a un conjunto de temas que parecían superados en la realidad política, económica y social venezolana y que sin embargo reaparecen con mayor vigencia, producto del neonacionalismo económico que vive el país, sustentado en los altos ingresos percibidos por la comercialización de la explotación petrolera en los mercados internacionales.*

*El desarrollo de estas contribuciones constituyen en general un testimonio de la pluralidad que caracteriza a las sociedades auténticamente democráticas y en particular de la actividad académica, donde siendo todos diferentes, con ideologías diversas, teniendo pensamientos y opiniones distintas, podemos lograr puntos de encuentro, siempre que manifestemos nuestras ideas, con libertad, tolerancia, independencia de criterios, sin imposiciones, en fin, con el reconocimiento, respeto y admiración de los otros.*

*Estos trabajos elaborados desde la perspectiva de la libertad de pensamiento y de la autonomía de cátedra, ponen al servicio de los lectores el análisis sobre algunos de los retos que tienen que afrontar los operadores jurídicos a propósito de la nueva y a su vez clásica era de las nacionalizaciones.*

Víctor Rafael Hernández-Mendible  
Caracas, enero 2008

## **LA NACIONALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES, LOS SERVICIOS Y LAS EMPRESAS EN VENEZUELA**

Víctor Rafael Hernández-Mendible<sup>1</sup>

---

1 Profesor de Derecho de la Regulación Económica en la Universidad Católica Andrés Bello e invitado en la Especialización de Derecho Minero-Energético de la Universidad Externado de Colombia y en la Universidad de La Sabana (Colombia). Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, de la Asociación Española e Iberoamericana de Profesores e Investigadores de Derecho Administrativo y miembro de Honor de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo. Premio Mención Especial en el I Concurso Iberoamericano “Ángel Ballesteros”, de Estudios y Buenas Prácticas Locales, otorgado por la Unión Iberoamericana de Municipalistas (UIM). 2006. [www.hernandezmendible.com](http://www.hernandezmendible.com)



## I. INTRODUCCIÓN

La construcción de la noción de servicio público en Venezuela tiene su génesis en el Derecho Administrativo clásico, sin embargo, ello no implica que esta institución jurídica administrativa, haya evolucionado de la misma manera que en el Derecho francés<sup>2</sup>.

En oportunidades anteriores se ha dejado establecido que los antecedentes del desarrollo jurídico de la institución del servicio público, tienen características propias que los distinguen de otros ordenamientos jurídicos tanto en Europa como en América<sup>3</sup>.

Esto ha sido así, por la evolución histórica, política, social y jurídica de Venezuela, sin embargo, ello no había impedido que al igual que el resto de los países que tienen un Estado social y demo-

---

2 Allan Brewer-Carías, "Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias", *Revista de Derecho Público* n° 6, Caracas, 1981. pp. 189-193; AA.VV. *Servicio Público. Balance & Perspectiva*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 1999; Allan Brewer-Carías, *El Nuevo Servicio Público. Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General*. Tomo I. FUNEDA. Caracas, 2002; José Araujo-Juárez, *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2003.

3 Víctor R. Hernández-Mendible, "Régimen de los servicios públicos municipales (especial referencia a los servicios públicos domiciliarios)", *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002. pp. 961-1029; Los servicios públicos competitivos y la Libertad de Empresa. *Estudios en Homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005. pp. 313-346; y, La actividad de Servicio Público y la Regulación Bancaria. *II Jornadas sobre Derecho Administrativo. Las formas de la actividad administrativa*. FUNEDA. Caracas, 2005. pp. 87-94.

crático de Derecho en el continente, se hubiese comenzado a transitar lentamente en la transformación del modelo de Estado prestacional hacia el modelo de Estado de garantía de prestaciones<sup>4</sup>.

Sin embargo, ha surgido una amenaza en el camino hacia la instauración del modelo de Estado de garantía de prestaciones producto de un conjunto de reformas legislativas, que proponen sin mencionarlo expresamente la nacionalización de los servicios públicos, aunque en realidad lo que se pretende es una auténtica estatización de las actividades, los bienes, los servicios y las empresas, que sugiere un regreso a la década de los setentas del siglo XX venezolano, que culminaron en la década de los años noventas de ese siglo, con el colapso del modelo de Estado prestacional, al haberse tornado éste incapaz de satisfacer las necesidades colectivas y por ende, desmejorado de manera notoria la calidad de vida de los ciudadanos y afectado la cohesión social.

Ello lleva a analizar las propuestas legislativas destinadas a establecer nuevamente la titularidad exclusiva del Estado sobre los servicios públicos. Para una mayor claridad en la exposición de las ideas, dividiré el presente trabajo en cuatro partes a saber: La nacionalización y sus implicaciones jurídicas (II); La proyectada regulación general de los servicios públicos (III); Las reflexiones sobre el proyecto de ley de servicios públicos (IV); y La vuelta al Estado prestacional (V).

## II. LA NACIONALIZACIÓN Y SUS IMPLICACIONES JURÍDICAS

El vocablo nacionalización<sup>5</sup> es polisémico y ha sido utilizado de manera política, jurídica, económica y social; sin embargo, in-

---

4 Víctor R. Hernández-Mendible, La reconfiguración dogmática en la regulación de las telecomunicaciones. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, n° 6, San José de Costa Rica, 2006. pp. 86-99.

5 En la doctrina científica venezolana se formularon las definiciones de nacionalización, a propósito de las llevadas a cabo entre los años 1970-1976, en los sectores de los hidrocarburos, gas y los minerales del hierro y del aluminio. En tal sentido se recomienda Benito Sanso, *Aspectos jurídicos de la nacionalización del hierro en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977; Ro-

teresa efectuar su análisis exclusivamente en cuanto a las implicaciones jurídicas que la misma genera.

### 1. *La nacionalización respecto a otros Poderes Públicos*

En principio, la nacionalización ha sido utilizada respecto a los otros poderes públicos descentralizados territorialmente para referirse a aquellas funciones, actividades, bienes, servicios e industrias que son competencia exclusiva del Poder Público Federal, cuyo ámbito espacial de actuación está constituido por todo el territorio nacional.

Ello así, debe entenderse que las competencias atribuidas a los Poderes Públicos estatales y municipales, únicamente pueden ejecutarse dentro de sus respectivos ámbitos territoriales, conforme a las previsiones constitucionales y legales.

Por supuesto, ello no impide que existan competencias concurrentes o compartidas entre los Poderes Públicos que deban ser objeto de armonización legislativa, de coordinación o cooperación para su ejecución, así como tampoco constituye óbice a la posibilidad de que aquellas competencias del Poder Público Federal que se ejercen en todo el territorio nacional, puedan ser objeto de descentralización hacia las entidades territoriales menores como los Estados que integran la Federación y los Municipios, como unidad político territorial fundamental de la organización del Estado<sup>6</sup>.

Es así como el sistema de distribución político republicana que se tenía en Venezuela, constitucionalmente admitió durante algún

---

mán José Duque Corredor, *El derecho de la nacionalización petrolera*. Editorial jurídica venezolana. Caracas, 1978; Luis González Berti, *La nacionalización de la industria petrolera venezolana*. Editorial jurídica venezolana, Caracas, 1980. Allan R. Brewer-Carías (Dir). *Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Vol. 3. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981.

6 Víctor R. Hernández-Mendible, La autonomía del Poder Público Local, *Derecho Administrativo Iberoamericano, 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*. Ediciones Paredes, Caracas, 2007. pp. 226-229.

tiempo, la existencia de un Poder Federal, integrado por el Ejecutivo Nacional, el Congreso Nacional y una Corte Federal y de Casación -que ha tenido distintos nombres a lo largo de la accidentada historia político constitucional- con competencia nacional. Luego se encontraban las entidades político-territoriales denominadas Estados que tenían un Ejecutivo Estatal, un Parlamento Estatal y las Cortes de Justicia de los Estados y a nivel local, se encontraban los Concejos Municipales, sin que existiese un auténtico Poder Ejecutivo Municipal.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1945 y hasta la actualidad, constituye un lugar comúnmente admitido tanto por los operadores jurídicos como políticos, que la función de administración de justicia se encuentra nacionalizada, lo que supone que constituye una competencia exclusiva y excluyente del Poder Federal, todo lo referido a la legislación, organización y administración de Justicia, al menos la que imparten los tribunales, que son considerados en su totalidad autoridades públicas nacionales.

De allí que el empleo del término nacionalización tenga un significado concreto cuando se utiliza para referirse a las competencias exclusivas y excluyentes que tiene el Poder Federal dentro del territorio nacional, con respecto a los poderes públicos de las entidades político territoriales menores, como los estados y los municipios<sup>7</sup>.

## 2. *La nacionalización respecto a los particulares*

Ya se dijo que la nacionalización constituye una declaración política, a través de la cual el gobierno invocando razones de Estado y soberanía, aunque con sometimiento pleno a la Constitución, manifiesta y ejecuta su intención de asumir para los nacionales del

---

<sup>7</sup> En este sentido puede analizarse igualmente, la Ley de Nacionalización y Coordinación de los servicios de recolección y tratamiento para residuos, desechos y desperdicios en el área Metropolitana de Caracas, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 31.047, de 17 de agosto de 1976.

país<sup>8</sup> o directamente a través de la propia organización del Estado, las actividades, los bienes, los servicios<sup>9</sup> o las empresas<sup>10</sup> que considere pertinentes para lograr los cometidos establecidos en las políticas públicas que pretende desarrollar, a los fines de satisfacer plenamente determinadas necesidades colectivas.

La nacionalización respecto a los particulares tiene una incidencia fundamental en la posibilidad real y efectiva del ejercicio, goce y disfrute de los derechos y las libertades públicas, en particular de las libertades económicas.

### 3. *Las implicaciones jurídicas de la nacionalización con respecto a los particulares*

Esa declaración política que encierra la nacionalización, necesariamente se debe traducir en una fórmula jurídica, que puede ser apreciada desde una múltiple perspectiva:

#### A. *La nacionalización entendida como reserva mínima*

La primera consiste en que la nacionalización puede comportar una reserva que podría calificarse de “mínima”, sobre determinadas actividades económicas en las cuales se encuentra presente el interés general, guardando a través de tal declaración la gestión a las personas naturales o jurídicas, -en principio no estatales-, que son nacionales de ese país, es decir, puede suponer tanto la exclu-

---

8 El artículo 301 de la Constitución establece que “El Estado se reserva el uso de la política comercial para defender las actividades económicas de las empresas nacionales públicas y privadas. ...”.

9 El artículo 302 de la Constitución reconoce que “El Estado se reserva[rá], mediante ley orgánica respectiva y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico”.

10 El artículo 300 de la Constitución dispone que “La ley nacional establecerá las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan”.

sión plena como la reducción a su ínfima expresión de la inversión de los capitales extranjeros, en provecho de los capitales nacionales, admitiendo en el mejor de los escenarios para aquéllos, una cuota de participación muy reducida de los capitales foráneos.

Ahora bien, en los casos en los cuales la nacionalización implica una reserva a favor de los nacionales de un país, ello debe conllevar a una suerte de migración de los capitales extranjeros a favor de los capitales nacionales, es decir, si bien el Estado no asume la titularidad exclusiva y plena, generándose como consecuencia que no asume responsabilidad directa con tal declaración, obliga a los operadores económicos privados que no tengan la nacionalidad del país, a transferir de manera forzosa la titularidad que tenían a los operadores nacionales, quienes deberán pagar un precio razonable por el negocio jurídico que realicen, encontrándose los vendedores forzados a negociar y vender a un precio que no debe ser ni vil, ni irrisorio, debe ser justo, no debiendo -en principio- negarse a transferir la titularidad, so pena de incurrir en contravención del ordenamiento jurídico y quedarse realizando una actividad u ostentando una titularidad al margen de la ley. Sin embargo, ello no obsta para que los titulares de las actividades, los bienes, los servicios o las empresas, simplemente cesen en el desarrollo de lo que venían haciendo, sin que procedan a transferir bienes, derechos o acciones a otras personas.

Ésta constituye una típica actuación del Estado de carácter proteccionista hacia los inversionistas nacionales privados o incluso hacia alguna empresa pública, que según como se implemente podría ser contraria a los derechos y libertades económicas constitucionalmente reconocidos, en particular en el marco de los procesos de integración económica como la Comunidad Andina<sup>11</sup> y el MERCOSUR<sup>12</sup>, así como de los tratados bilaterales de protección y pro-

---

11 El día 22 de abril de 2006, Venezuela denunció el Tratado del Acuerdo de Cartagena, dando inicio al proceso de retiro del país de la Comunidad Andina.

12 El Tratado de Asunción, para la Constitución de un Mercado Común del Sur, entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, establece en el artículo 1,

moción de las inversiones extranjeras, los tratados multilaterales y los Acuerdos alcanzados en el seno de la Organización Mundial de Comercio.

B. *La nacionalización entendida como reserva media*

La segunda consistirá en el establecimiento de un mayor grado de intervención pública directa, en virtud de lo cual la reserva sobre las actividades, los bienes, los servicios o las empresas implicará la asunción de la titularidad por el Estado, a través de la transferencia a él, de aquello que se encontraba en manos de los particulares, sean estos nacionales o extranjeros, quienes tienen derecho a una compensación económica por los derechos que ejercían, los cuales le han sido efectivamente suprimidos por una decisión del Poder Público. Ello no excluye la posibilidad que éstos sean llamados en el futuro como colaboradores a gestionar temporalmente tales actividades, bienes, servicios o empresas.

Se trata de nacionalizaciones a través de las cuales el Estado asume el control de actividades, bienes, servicios o industrias determinadas, sin constituir formalmente un monopolio público, si bien se restringe la libre participación privada en las mismas, queda una posibilidad abierta para que se produzca tal participación

---

que éste implica *“La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países”*, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;

El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económicos-comerciales, regionales e internacionales;

La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicio, aduanera, de transporte y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes;

El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”.

siempre bajo su control, supervisión y dirección, utilizando para ello las técnicas como la concesión temporal u otras similares que se consideren más adecuadas conforme a cada ordenamiento jurídico.

Téngase como ejemplo la educación. No existe nada que pueda ser considerado más público y que necesariamente deba tener una regulación nacional que la actividad de la educación, donde el Estado una vez que la declara como servicio público, asume la titularidad y reconoce el derecho de los ciudadanos a tener una educación pública, obligatoria, gratuita y de calidad, en razón de lo que desarrolla las directrices mediante las cuales se establecerá el sistema educativo y se impartirá una educación democrática, en la cual se formen ciudadanos dignos, iguales, tolerantes, plurales, para el trabajo y fundamentalmente libres. Conforme a esta concepción, la educación evidentemente pública, por sus propias características, puede ser gestionada por el propio Estado o puede ser gestionada por los particulares, conforme a los principios de libertad de enseñanza y autonomía de cátedra, quienes deben obtener la autorización de aquél para realizar una actividad que ha asumido como propia. En fin, se trata de una actividad de titularidad pública, que conforme a las políticas públicas diseñadas sobre la misma pueden ser gestionadas de manera pública o de manera privada, pero bajo la supervisión, control y dirección del Estado.

### C. *La nacionalización entendida como reserva máxima*

La tercera también puede comportar una intervención más intensa, que puede implicar la estatización total de actividades, bienes, servicios o empresas, lo que conducirá a la exclusión absoluta de la participación privada -nacional o extranjera-, al establecimiento de un régimen de monopolio público y en consecuencia a la supresión de la libertad de empresa, la libre competencia e incluso de la propiedad privada.

Si la nacionalización es considerada en este último sentido, como la estatización de actividades, bienes, servicios o empresas

que se encontraban en manos de operadores privados, entonces deben analizarse las dos posibles situaciones que allí se plantean:

Una referida, a que la asunción de titularidad pública deberá excluir *ad cautelam* toda potencial actuación futura que pretendan realizar los particulares, pues la nacionalización considerada como la asunción de una titularidad del Estado exclusiva y excluyente conduce al establecimiento de un monopolio público, con el desconocimiento de los derechos y libertades públicas de los particulares, lo que consecuentemente impide cualquier iniciativa privada dirigida al ejercicio y disfrute de dichos derechos hacia el futuro, tanto en los casos de particulares que venían ejerciendo la iniciativa, como en los supuestos de los particulares que nunca han ejercido iniciativa alguna.

Sin embargo, aquellos sujetos particulares que se encontraban ejerciendo sus derechos y libertades económicas, conforme a la Constitución y las leyes, que se ven afectados en el ejercicio de los mismos a partir de la declaración de nacionalización, únicamente podrán ser obligados a la transferencia de los derechos y la supresión del ejercicio de las libertades, cuando medien razones de utilidad pública e interés general, a través de la institución de la expropiación forzosa, lo que conducirá a la extinción de los derechos que se venían ejerciendo, su traslado a la titularidad estatal y como contraprestación, a que el Estado efectúe un pago oportuno y una justa indemnización conforme a lo establecido en la Constitución.

En Venezuela, el término nacionalización es utilizado por el gobierno de manera política, pues esta expresión produce beneficios electorales y se generan muchos aplausos en la sociedad, pero en realidad a través de ella se encubren auténticas estatizaciones con la consecuente supresión de los derechos y libertades económicas de los particulares, es decir, se produce un aumento en las actividades, los bienes, las empresas y la organización del Estado y una confiscación o más adecuadamente, una supresión de los derechos y libertades públicas, lo que evidentemente disminuye el Estado de Derecho.

Lo anteriormente expuesto revela, que la declaración de nacionalización de las actividades, de los bienes, de los servicios o de las empresas puede efectuarse bajo distintas modalidades, que en todo caso deben traducirse en un acto jurídico del Estado sometido a la Constitución y las leyes, es decir, acorde con un auténtico Estado democrático de Derecho.

#### 4. *La diferenciación entre la estatización y la intervención de empresas*

En el ordenamiento jurídico se pueden distinguir dos técnicas de intervención del Estado que tienen incidencia sobre la titularidad y la gestión de las empresas que merecen una atención especial. Una es la estatización que no necesariamente constituye una auténtica nacionalización y la otra es la intervención de empresas propiamente tal, que a su vez puede manifestarse de dos maneras: La intervención de empresas públicas, que se encuentran reguladas en la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>13</sup>, que escapan al interés de este análisis y la intervención de las empresas privadas, que no tiene una regulación general, sino sectorial en Venezuela.

##### A. *La estatización de empresas privadas*

La estatización de empresas, al igual que la nacionalización no tiene expresa mención en la Constitución, pues no existe norma alguna que haga referencia a los vocablos estatización o nacionalización en la misma.

---

13 El artículo 128 de la Ley Orgánica de la Administración Pública establece que "Las empresas y las fundaciones del Estado podrán ser objeto de intervención, supresión y liquidación de conformidad con las normas previstas en el Código de Comercio y en el Código Civil. En todo caso, el Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, alcalde o alcaldesa, según corresponda, mediante decreto o resolución correspondiente, dictará las reglas que estime necesarias a los fines de la intervención, supresión o liquidación de las entidades mencionadas y designará a las personas encargadas de ejecutarlas. La personalidad jurídica de las entidades descentralizadas funcionalmente subsistirá para los fines de la liquidación, hasta el final de ésta".

No obstante, debe advertirse que el Decreto con rango y fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras regula los denominados mecanismos extraordinarios de transferencia, estatización, intervención, rehabilitación y liquidación administrativa de los bancos, entidades de ahorro y préstamo y otras instituciones financieras, así como de sus empresas relacionadas.

Este Decreto-Ley establece un régimen especial de intervención pública sobre la actividad económica privada de naturaleza mercantil que realizan los bancos, entidades de ahorro y préstamo y otras instituciones financieras, así como de sus empresas relacionadas. En tal sentido señala que una de las modalidades de esta intervención es la estatización que “comprende el control accionario, total o mayoritario, por parte del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria o cualquier otro ente del Estado, de aquellos bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras, que se encuentren dentro de algunos de los supuestos previstos en el artículo 408 [*rectius*: 387] de este Decreto Ley, sin que cese la intermediación financiera”<sup>14</sup>.

La estatización implica el control total o mayoritario de las acciones de los bancos, entidades de ahorro y préstamo y otras instituciones financieras, así como de sus empresas relacionadas, por parte de los entes del Estado, lo que supone la utilización de una de las dos formas de transferencia de la titularidad de las acciones: La negociada, amistosa, si se prefiere consensual (compra-venta de acciones o una oferta pública de adquisición de acciones) o la forzosa (expropiación).

Ello conduce desde el punto de vista constitucional y legal a la transformación de una empresa privada en una empresa pública, que pasa a integrar parte de la Administración Pública Nacional descentralizada funcionalmente.

---

14 Artículo 381 del Decreto-Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

Sin embargo, la ley establece una condición para que opere la estatización, que no cese o se suspenda la intermediación financiera, lo que constituye un elemento accesorio y por ende intrascendente desde el punto de vista de la titularidad de las acciones y de la estatización de las empresas. Es indiferente que se realice o no el giro económico normal de la empresa, sea la intermediación financiera o cualquier otra actividad económica, a los fines de considerar que ha sido estatizada, lo importante es el porcentaje de acciones que adquieran los entes públicos en la misma.

Incluso eventualmente podría darse el caso, que basado en razones de interés general, los entes públicos adquiriesen la totalidad o un porcentaje mayoritario de las acciones de una empresa, con la finalidad de cesar la actividad que venía realizando y proceder a su liquidación.

La estatización de las empresas que desarrollan la actividad de intermediación financiera procede en una situación extraordinaria, si se prefiere extrema y subsidiaria a las medidas administrativas contempladas en el Decreto-Ley, en tres supuestos: uno, cuando éstas no resulten suficientes para resolver las situaciones que las motivaron; dos, en caso que los accionistas no hayan repuesto el capital social en el lapso estipulado; o tres, que no sea viable implementar un mecanismo extraordinario de transferencia<sup>15</sup>.

En cualquiera de estos casos la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, oída la opinión favorable y vinculante del Consejo Superior, acordará la estatización de los bancos, entidades de ahorro y préstamo y otras instituciones financieras, así como de sus empresas relacionadas<sup>16</sup>.

Una vez producida la estatización de conformidad con el procedimiento establecido en el Decreto-Ley, deberá celebrarse una asamblea de accionistas, el mismo día que el Estado adquiera el

---

15 Artículo 387 del Decreto-Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

16 Artículos 235.5, 255.4 y 387 del Decreto-Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

control accionario para designar a la junta directiva<sup>17</sup> y ésta deberá proceder a la venta de las acciones, mediante subasta pública o la transferencia de activos y depósitos del público, dentro del lapso de tres meses prorrogable por un período único e igual y vencido el mismo se procederá a la liquidación de los bancos, entidades de ahorro y préstamo y otras instituciones financieras, así como de sus empresas relacionadas<sup>18</sup>.

Tal como se puede apreciar, la técnica de la estatización de empresas en el sector de la intermediación financiera no tiene como finalidad la constitución de nuevas empresas públicas por el Estado, ni la dedicación a esta actividad mercantil con exclusión de los particulares, sino salvar los bienes de la empresa y los depósitos del público, lo que una vez realizado debe conducir a la liquidación de la empresa en un corto plazo.

#### B. *La intervención administrativa de empresas privadas*

La intervención de las empresas privadas, también carece de fundamento constitucional expreso, sin embargo, no siendo la libertad de empresa absoluta, sino relativa, se encuentra sometida a las restricciones y limitaciones que establezcan la Constitución y las leyes.

La intervención administrativa de las empresas por los entes reguladores, se justifica en la necesidad de garantizar los postulados sociales del Estado de Derecho, lo que permite realizar la intervención con base en los supuestos siguientes:

1. La intervención de la empresa se aplica por razones de interés general, sobre la actividad de gestión de los operadores económicos y tiene por objeto realizar una política de rescate o salvamento de la empresa.

---

17 Artículo 392 del Decreto-Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

18 Artículos 389 y 391 del Decreto-Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

2. En principio, con la intervención no se persigue la transferencia de la empresa de manos privadas a la titularidad pública<sup>19</sup>; sino que ésta tiene por objeto una gestión pública transitoria, provisional, sin afectar la titularidad de las acciones<sup>20</sup>.

3. Se garantiza la ejecución de las actividades económicas, por los operadores de los servicios en condiciones de continuidad, regularidad, eficiencia y no discriminación.

4. La gestión de la empresa intervenida es realizada por las personas designadas como interventores por el ente regulador.

5. Solo en caso que sea imposible continuar realizando la actividad, por razones de carácter financiero o técnico, será procedente la extinción del título administrativo habilitante y como consecuencia, deberá procederse a la liquidación administrativa de la empresa privada intervenida.

La intervención administrativa de las empresas que desarrollan la actividad de intermediación financiera procede -al igual que la estatización- en una situación extraordinaria y subsidiaria a las medidas administrativas contempladas en el Decreto-Ley, en tres supuestos: uno, cuando éstas no resulten suficientes para resolver las situaciones que las motivaron; dos, en caso que los accionistas no hayan repuesto el capital social en el lapso estipulado; o tres, que no sea viable implementar un mecanismo extraordinario de transferencia<sup>21</sup>.

Una vez acordada la intervención administrativa de las empresas, se designará en el mismo acto administrativo a los interventores, quienes tendrán las más amplias facultades de administración, disposición, control y vigilancia que la ley y los estatutos sociales

---

19 Sebastián Martín-Retortillo, *Derecho Administrativo Económico*, Tomo I, La Ley, Madrid, 1991. p. 203.

20 Al respecto véase, Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 1507, de 5 de junio de 2003.

21 Artículo 387 del Decreto-Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

confieren a la Asamblea de Accionistas, a la junta administradora y a los demás órganos de la empresa intervenida<sup>22</sup>.

La intervención administrativa podría realizarse con o sin cese de la actividad de intermediación financiera de la empresa y una vez notificada, se dará audiencia a la parte afectada por la decisión, para que comparezca a presentar alegatos y pruebas, al segundo día hábil bancario ante la autoridad administrativa que dispuso la intervención<sup>23</sup>.

La intervención administrativa no tiene carácter permanente sino temporal, de allí que el acto administrativo que ordena la intervención se encuentre sometido a un lapso de 60 días continuos, que podrá ser prorrogado por una sola vez y por un máximo de 60 días más y una vez concluido deberá conducir a la finalización de la intervención o a la regularización de la tenencia accionarial por parte del Estado<sup>24</sup>.

Durante el plazo que dure la intervención administrativa de la empresa, los interventores deben elaborar y presentar el plan de rehabilitación en el plazo de 30 días hábiles bancarios a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras para que ésta proceda a su aprobación si lo encuentra factible. Una vez aprobado el plan, su ejecución no deberá exceder de 18 meses prorrogables por una sola vez y por el mismo período, con el objeto de reponer las pérdidas producidas, el ajuste del capital y las reformas estatutarias que fuesen pertinentes<sup>25</sup>.

La aprobación del plan de rehabilitación conllevará al establecimiento del régimen de rehabilitación y los interventores convoca-

---

22 Artículo 392 del Decreto-Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

23 Artículos 392 y 394 del Decreto-Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

24 Artículo 395 del Decreto-Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

25 Artículo 395 del Decreto-Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

rán a todos los interesados para que participen en la misma y si no comparecen se acordará la liquidación de la empresa intervenida<sup>26</sup>.

Si los interesados participan en el acto público y acuerdan invertir recursos en la empresa intervenida a los fines de su rehabilitación, adquirirán la cualidad de accionistas una vez cumplidos los extremos de ley. Luego de vencido el plazo de ejecución del plan de rehabilitación, el ente regulador levantará el régimen de rehabilitación<sup>27</sup>.

En el caso que finalice el lapso de intervención o su prórroga, sin que se hubiese presentado un plan de rehabilitación, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y con fundamento en el informe que le presenten los interventores, deberá acordar de inmediato la liquidación de los bancos, entidades de ahorro y préstamo y otras instituciones financieras, así como de sus empresas relacionadas<sup>28</sup>.

Hay que reconocer que aun cuando la actividad de intermediación financiera técnicamente no constituye un servicio público, por tratarse de una actividad económica privada de naturaleza mercantil en la cual se encuentra presente el interés general, es una actividad sometida a una intensa regulación del Estado, situación ésta que lo habilita en los casos establecidos por la ley, para intervenir las empresas que realizan la intermediación financiera.

Sin embargo, sin bien se reconoce la necesidad de la existencia de esta competencia en manos del Estado para situaciones extraordinarias, excepcionales y estrictamente necesarias, en atención a los principios de racionalidad y proporcionalidad, con la finalidad de proteger el sistema financiero en su conjunto y los depósitos de los clientes, sin afectar los legítimos derechos de los accionistas e in-

---

26 Artículo 396 del Decreto-Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

27 Artículo 396 del Decreto-Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

28 Artículos 395, 397 al 402 del Decreto-Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

cluso de los acreedores de las empresas, debe modificarse la actual regulación porque bajo la pretendida protección de unos, se termina convirtiendo la intervención administrativa en una auténtica confiscación, pues mientras en la estatización el Estado adquiere la titularidad de la mayoría o totalidad de las acciones pagando un precio por ello, en la intervención administrativa el Estado asume la gestión administrativa, llama a los terceros a participar en el rescate o rehabilitación de la empresa, la subasta a tales personas y les transfiere la propiedad de las acciones, desconociendo los legítimos derechos de los accionistas en flagrante violación del derecho de propiedad<sup>29</sup>, de la garantía expropiatoria<sup>30</sup> y de la interdicción de confiscación<sup>31</sup> establecidas en la Constitución<sup>32</sup>.

Esta actuación en ningún caso exonera de responsabilidad personal a las autoridades administrativas que ordenaron y ejecutaron la intervención<sup>33</sup>, ni a aquéllos que actuaron como interventores,

---

29 Artículo 115 de la Constitución.

30 Artículo 115 de la Constitución.

31 Artículo 116 de la Constitución.

32 En la realidad jurídica nacional, la intervención administrativa de instituciones financieras se ha convertido en una inconstitucional confiscación, tal como se aprecia de lo sucedido con Banplus Entidad de Ahorro y Préstamo, que fue intervenida sin cese de la intermediación financiera, según *Gaceta Oficial* n° 338.288, de 6 de octubre de 2005, que debía durar un máximo de 120 días continuos, pero no fue sino 223 días después que formalmente se levantó la intervención, se aprobó la rehabilitación y se estableció un plazo de 18 meses para que los interventores ejecutaran el plan de rehabilitación, según *Gaceta Oficial* n° 38.438, de 17 de mayo de 2006. No obstante, la entidad financiera fue subastada tal como lo había anunciado en reiteradas ocasiones el Superintendente de Bancos y Otras Instituciones Financieras, el día 17 de enero de 2007 y fue transferida la titularidad de las acciones a uno de los grupos que participó en la subasta, sin que se le haya reconocido a los accionistas existentes antes de la intervención su derecho de propiedad. Sin duda se trató de una auténtica intervención-confiscación contraria a la Constitución, en la cual ha quedado comprometida la responsabilidad personal de carácter civil y penal, del Superintendente de Bancos y Otras Instituciones Financieras y de los tres interventores que fueron designados por el ente regulador.

33 Artículo 25 de la Constitución.

quienes siguen obligados a rendir cuenta de su gestión ante los accionistas<sup>34</sup> y tampoco disminuye la responsabilidad patrimonial del Estado<sup>35</sup>.

También existen disposiciones en materia de concesiones de servicios y obras públicas<sup>36</sup> o agua potable y saneamiento<sup>37</sup>, que regulan la intervención de las empresas privadas concesionarias que prestan los servicios públicos o que construyen las obras públicas, las cuales deberán efectuarse con sometimiento pleno a las respectivas disposiciones legales.

### C. *La intervención judicial de empresas privadas*

La intervención judicial de las empresas privadas, se ha producido mediante sentencias dictadas en procesos, en los cuales se adoptaron medidas cautelares de ordenación de la gestión empresarial privada, produciendo como consecuencia la designación de órganos de administración temporal de la empresa, por mandato del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional.

El primer caso surgió porque la gobernación del Estado Nueva Esparta que había otorgado en concesión la gestión del Aeropuerto Internacional del Caribe ubicado en Porlamar y del Aeropuerto Nacional ubicado en la Isla de Coche a un consorcio conformado por dos empresas privadas, procedió a la intervención de la gestión de los aeropuertos, -posteriormente al cambio de Gobernador del referido Estado-, para luego efectuar su rescate definitivo, la revocatoria de la concesión y disponer la presentación de la solicitud a un tribunal de una orden judicial de traslado de la titularidad en las firmas y manejo de las cuentas corrientes y el fideicomiso que

---

34 Artículos 266 y 268 del Código de Comercio.

35 Artículo 140 de la Constitución.

36 Artículo 52 del Decreto con rango y fuerza de Ley sobre promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones.

37 Víctor R. Hernández-Mendible, El ente regulador de los servicios públicos de agua potable y saneamiento. *A & C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional* n° 14. Editora Forum. Belo Horizonte. 2003. pp. 142-144.

constituye parte del activo, a través del cual el consorcio concesionario administraba los aeropuertos dados en concesión. El Secretario de Gobierno efectuó la referida solicitud y el tribunal acordó ordenar la modificación de la titularidad de las cuentas y de subrogar en el fideicomiso al Estado Nueva Esparta.

Ante estos hechos el asunto llegó por vía de amparo constitucional al Tribunal Supremo de Justicia<sup>38</sup>, que luego de analizar el problema planteado y dado el conflicto subyacente entre la gobernación y el consorcio, en aras de garantizar el adecuado funcionamiento de los aeropuertos ordenó la intervención temporal de su administración y gestión -mientras se resuelve el proceso administrativo pendiente-, para lo cual dispuso la conformación de una junta interventora integrada por tres personas en representación del Poder Ejecutivo Nacional, una persona en representación de la gobernación del Estado Nueva Esparta, una persona en representación del consorcio y dos personas designadas en representación del Tribunal Supremo de Justicia, para actuar como veedores.

La referida junta interventora tendría encomendada la administración y mantenimiento de los aeropuertos, en virtud de lo cual no podría realizar ningún tipo de inversión extraordinaria, ni disposición, dado que el control de gestión se limita a mantener la prestación de los servicios establecidos en la concesión. Tampoco podrían alterar las contrataciones ordinarias y extraordinarias existentes.

Conforme a la función encomendada, la junta interventora tomaría posesión temporal de los bienes que forman parte del órgano que actualmente ha asumido la administración de los aeropuertos y se ordenaba tanto a la gobernación como al consorcio proceder a la entrega de las cuentas corrientes y el fideicomiso, con los montos de dinero existentes, para la fecha indicada en la sentencia.

---

38 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 1502, de 4 de agosto de 2006.

La junta interventora para su constitución, deliberación y toma de decisiones actuará por mayoría simple; no tienen derecho a voto, pero sí de veto los veedores, en las reuniones donde se pretenden adoptar decisiones por la junta interventora, en cuyo caso deberán informar inmediatamente al Tribunal Supremo de Justicia.

Toda la gestión de la junta interventora durará hasta que se resuelva el proceso administrativo donde cursa el conflicto entre la gobernación concedente y el consorcio concesionario. La junta interventora al cesar en sus funciones deberá elaborar un informe técnico financiero de dicha gestión, que deberá presentar al Tribunal Supremo de Justicia, el cual procederá a remitirlo a la Contraloría General de la República.

El segundo caso -que utiliza como antecedente el antes expuesto- se produjo en virtud del conflicto planteado ante los tribunales nacionales, sobre la titularidad de una empresa cuyo objeto social es la producción de cemento. El Tribunal Supremo de Justicia a los fines de resolver el asunto planteado sostiene que:

“[...] se encuentra obligada esta Sala, en virtud del avocamiento efectuado, a garantizar su funcionamiento adecuado y propender al desarrollo coordinado del pluralismo social, representado en el colectivo, y la protección a la propiedad privada de los inversionistas, sean estos extranjeros o nacionales y la seguridad de los trabajadores que prestan servicios dentro de dicha empresa”<sup>39</sup>.

Una vez reconocido por el Tribunal Supremo de Justicia, su obligación de garantizar la existencia del Estado social y democrático de Derecho y dentro de él tanto el derecho de propiedad privada como los derechos sociales de los trabajadores, procede a analizar cuál es el rol que considera le corresponde al Estado en la actividad económica, señalando lo siguiente:

“Así pues, se aprecia que el Estado tiene un rol subsidiario en el desarrollo económico del país, dando primacía y garantizando la inver-

---

39 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 1626, de 11 de agosto de 2006.

sión privada individual o social, y ante la falta operacional de ésta, se genera una especie de protección cuando éste aprecia que los fines de seguridad laboral o económica para su región no cumplan con suficiencia los cometidos encaminados al bien común.

Este rol subsidiario del Estado concebido para corregir las distorsiones y la ausencia de mercados puede operarse mediante dos intervenciones: una es la actividad empresarial temporal del Estado cuando el bien común exige un bien o servicio que el sector privado, por alguna razón, no está en capacidad de atender; y otra, con acciones de promoción y fomento económico para el desarrollo de los mercados (*vid.* Norberto Bobbio y otros. Diccionario de Política. Siglo Veintiuno Editores. 2002. pp. 548-549)".

Conforme a ello, recuerda el Tribunal Supremo de Justicia, que en anterior sentencia<sup>40</sup> "ha acordado la asunción por parte del Estado de ese rol subsidiario de la economía como fundamento primordial para el mantenimiento de bien común en determinada situación, a través de la asunción de la operatividad temporal de una determinada actividad comercial por una situación coyuntural".

En razón de lo anterior, resolvió nombrar una junta de administración *ad-hoc* de la empresa privada de cementos, integrada por una persona en representación del Ministerio del Trabajo, una persona en representación del Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio, una persona en representación de la Procuraduría General de la República, una persona en representación de la Comandancia General de la Guardia Nacional y una persona en representación de la asamblea de trabajadores realizada en el seno de la empresa, la cual tendrá plenas funciones de administración y disposición de los bienes de la empresa, que sean necesarios para el mantenimiento operativo y funcional de la misma, debiendo ejercer las atribuciones establecidas en el Código de Comercio y en los estatutos sociales, así como rendirle un informe de gestión mensual al Tribunal Supremo de Justicia.

---

40 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 1502, de 4 de agosto de 2006.

Debe mencionarse que esta decisión cuenta con un voto salvado que reconoce las limitaciones con las cuales se encuentra el órgano jurisdiccional para dictar órdenes cautelares o definitivas en un proceso, destinadas a intervenir en la gestión de administración o dirección de las sociedades mercantiles privadas.

Al respecto se observa que el nombramiento jurisdiccional de los administradores *ad hoc* y las atribuciones a ellos conferidas deberán estar limitadas por lo dispuesto en el Código de Comercio y los estatutos sociales, sin poder sustituir los diferentes órganos societarios (asamblea de accionistas, junta directiva, comisarios) y sin desconocer las decisiones de la asamblea de accionistas, pues de lo contrario se lesionaría tanto el derecho constitucional de asociación<sup>41</sup>, como la ley y los estatutos sociales<sup>42</sup>.

En virtud de lo expuesto, el disidente concluye señalando respecto a la designación de la junta administradora *ad hoc* lo siguiente:

“[...] es criterio de quien se aparta del criterio mayoritario que, en el caso de autos, si es que había lugar al avocamiento, la medida cautelar idónea para garantizar las resultas del proceso era la designación de algún mecanismo de vigilancia, con uno o varios veedores, por ejemplo, que dieran garantías de transparencia en la gestión y giro comercial. En cambio, la medida que se acordó resulta violatoria al derecho de asociación de los accionistas de la compañía cuya intervención se acordó, a pesar de que se señaló como fundamento de la misma el bienestar colectivos de sus titulares, tal como se apuntó supra”.

Es importante tener presente que siendo las dos sentencias anteriormente mencionadas sucesivas y contemporáneas, el asunto que resolvieron es muy diverso, pues en el primer caso se trató de una orden judicial que ordenó la intervención de los órganos ad-

---

41 Artículo 52 de la Constitución.

42 El voto salvado del Magistrado Pedro Rondón Haaz, invoca los precedentes de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, sentencia 218, de 8 de junio de 1997 y del propio Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 546, de 17 de abril de 2001; sentencia 655, de 4 de abril de 2003 y sentencia 3306, de 2 de diciembre de 2003.

ministrativos que habían asumido la gestión de los aeropuertos dados en concesión en el Estado Nueva Esparta y sustituyó a tales órganos administrativos por una junta interventora designada por el Tribunal Supremo de Justicia, lo que en ningún momento supuso sustituir a los órganos societarios de las empresas privadas que integraban el consorcio concesionario; en tanto que en el segundo caso, se resolvió designar una junta administradora *ad hoc* en una empresa privada, que sustituyera temporalmente en sus gestiones a los administradores designados por la asamblea de accionistas, en manifiesta lesión a la libertad de empresa y al derecho de asociación, así como en desconocimiento del Código de Comercio y de los estatutos sociales de la sociedad mercantil.

En el segundo caso, la sentencia incurre en una extralimitación de funciones y en exceso de poder al intervenir y sustituir provisionalmente los órganos societarios que gestionan ordinariamente la empresa, pues no existe previsión alguna en el ordenamiento jurídico que regule la intervención temporal de empresas que no se encuentran sometidas a una intensa regulación del Estado (empresas bancarias, financieras o de seguros) o que no tienen un régimen jurídico sectorial (concesiones de servicios públicos y de obras públicas). Por ello, la intervención temporal de una empresa productora de cemento no tiene basamento jurídico ni en la Constitución ni en las leyes, que son los únicos que pueden imponer restricciones al ejercicio, goce y disfrute de la libertad de empresa y del derecho de asociación reconocidos en la propia Constitución.

### III. LA PROYECTADA REGULACIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Durante el año 2006, en el mes de febrero, el grupo parlamentario oficialista -actualmente constituido por todos los Diputados, pues no existen Diputados de oposición al gobierno en la Asamblea Nacional- presentó en el Parlamento un proyecto de Ley orgánica de servicios públicos domiciliarios, que sería sustituido en mayo de ese mismo año, por un proyecto de Ley orgánica de servicios públicos, el cual sería aprobado en primera discusión en junio,

aún cuando con importantes reformas en cuanto a la versión original.

1. *El anteproyecto de Ley orgánica de servicios públicos domiciliarios*

La exposición de motivos comienza señalando que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado, por lo que debe asegurarse su prestación a todos los habitantes del territorio nacional, organizándolos de la manera más eficiente a los intereses de los usuarios. Ello se concreta a través de dos objetivos específicos:

“1. Garantizar que haya recursos suficientes para lograr la existencia misma del servicio. 2. Asegurar la eficiencia del servicio, es decir, menor costo con tarifas bajas, obteniendo la mejor calidad posible en el servicio y asegurando calidad de vida”.

A los fines de lograr las premisas enunciadas se postulan los siguientes principios:

1. Libertad de entrada a quienes quieran prestar los servicios.
2. Libre competencia entre quienes los presten, cuando la competencia sea naturalmente posible.
3. Control sobre quienes presten servicios en condiciones de monopolio, para evitar abusos de posición de dominio.
4. Vigilancia sin obstruccionismo burocrático y sanciones eficaces para los infractores de las normas.

Fundamentado en la tesis que las “autoridades deben intervenir sin obstruir. Deben hacerlo de forma especializada, sin confundir la función de regular, es decir, velar por el cumplimiento de la norma. Se debe lograr separar las funciones estatales de administración de empresas de las funciones de reguladores de empresa, pero sobre todo, deben disponer de instrumentos eficaces para cumplir las responsabilidades y para sancionar a los infractores”, se propone la creación de la Comisión Nacional de Regulación de los Servicios Públicos, que tendrá como misión principal evitar los abusos monopólicos, velar por el derecho del usuario a estar informado sobre la prestación del servicio, así como evitar el abuso

en el cobro de las tarifas que no se correspondan con la calidad del servicio.

El texto comienza por determinar su ámbito de aplicación, refiriéndose a los servicios públicos domiciliarios de agua potable, saneamiento, energía eléctrica, distribución de gas, aseo e incluye a la telefonía fija residencial (artículo 1).

Debe destacarse que conforme a los artículos 156.29 y 178.6 de la Constitución, los servicios públicos domiciliarios son principalmente los de agua potable, saneamiento, energía eléctrica, distribución de gas<sup>43</sup>, mientras que el aseo por su naturaleza es un servicio público, pero la calificación como “domiciliario” le viene por reconocimiento legal.

Por otra parte, según lo dispuesto en el artículo 156.28 de la Constitución, las telecomunicaciones no constituyen un servicio público y menos aún domiciliario por declaración constitucional, en tanto que el legislador al regular el sector de las telecomunicaciones ha considerado que el mismo constituye una actividad económica de interés general, que se presta en régimen de libre competencia (artículos 1 y 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones). En tal virtud, resulta ajeno al régimen jurídico sectorial establecido en la Ley especial, calificar a la telefonía fija residencial como un servicio público domiciliario, porque esa no fue la intención de la Constitución, ni del legislador que reguló este importante sector de la economía<sup>44</sup>.

Entre las definiciones relevantes, se destacan las actividades consideradas servicios públicos (artículo 9):

- a) Servicio público domiciliario de agua potable consiste en la distribución de agua apta para el consumo humano, incluyendo su

---

43 María Elena Sandia De Segnini et Al. *Leyes sobre los servicios públicos domiciliarios: agua, electricidad y gas*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2002.

44 Víctor R. Hernández-Mendible, Régimen de los servicios públicos municipales (especial referencia a los servicios públicos domiciliarios). *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002. pp. 979-985.

conexión y medición. También se aplicará la Ley a las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte.

- b) Servicio público domiciliario de aguas servidas consiste en la recolección, proceso y tratamiento de aguas residuales por medio de tuberías y conductos.
- c) Servicio público domiciliario de aseo es aquel servicio de recolección de desechos y residuos sólidos. También se aplicará la ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos.
- d) Servicio público domiciliario de energía eléctrica consiste en el transporte de energía eléctrica desde las redes de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará la ley a las actividades complementarias de generación, comercialización, transformación, interconexión y transmisión.
- e) Servicio público domiciliario de telefonía fija constituye el servicio básico de transmisión conmutada de voz, a través de la red telefónica conmutada con suscripción del público en general.

Hay que mencionar que aun cuando el texto establece dentro de su objeto al servicio público domiciliario de distribución de gas, luego en las definiciones no se señala en qué consiste el mismo.

Las anteriores definiciones de los servicios públicos domiciliarios constituyen en esencia las contenidas en el artículo 14 de la Ley 142, que regula los servicios públicos domiciliarios en la República de Colombia, la cual actualmente se encuentra en proceso de revisión y consulta para su próxima reforma.

## 2. *El anteproyecto de Ley Orgánica de Servicios Públicos*

El anterior texto fue sustituido por el anteproyecto de Ley orgánica de servicios públicos, el cual evidencia su diferencia con su predecesor desde el mismo título, que elimina la referencia a los servicios públicos domiciliarios.

Este nuevo texto, señala que tiene por objeto el establecimiento de las disposiciones “que regirán todo lo concerniente a la presta-

ción de los Servicios Públicos de agua potable, electricidad y gas, considerando además los Servicios Públicos de aseo urbano, telefonía fija residencial, cementerios públicos y privados, campos deportivos de carácter público, estacionamientos, mataderos, alcantarillado y las actividades que realicen las personas naturales, jurídicas y organismos públicos en la prestación de Servicios Públicos” (artículo 1).

Esta norma luego de mencionar los constitucionalmente denominados servicios públicos domiciliarios, también incluye aunque impropriadamente entre los servicios públicos sometidos a la ley, la telefonía fija residencial que como se mencionó anteriormente, no puede ser considerada técnicamente como una actividad de servicio público<sup>45</sup>.

Igualmente se incluyen los cementerios de propiedad pública o privada, los mataderos, el alcantarillado, los estacionamientos y se consideran como servicios públicos algunos bienes públicos de uso común, como los campos deportivos de carácter público.

Se considera que el servicio público constituye “la función Administrativa del Estado, dirigida a la satisfacción de una necesidad pública, encontrándose su desarrollo y amplitud, estrechamente ligado a la Planificación del Estado y como consecuencia, de las tendencias políticas de orden social que contribuyan al bienestar colectivo” (artículo 43).

Conforme a esta definición, los servicios públicos se clasifican en domiciliarios y colectivos: Los primeros, son aquellos servicios que están dirigidos específicamente a la atención de los ciudadanos en su residencia particular, debiendo incluirse en esta categoría los servicios de agua potable y saneamiento, electricidad y gas; y, los segundos constituyen la actividad del Estado que va dirigida al

---

45 Víctor R. Hernández-Mendible, en la obra colectiva *Derecho de las redes y servicios de telecomunicaciones*. Paredes Editores, Caracas, 2005, pp. 248-270; y en Reconfiguración dogmática en la regulación de las telecomunicaciones. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo* n° 6, San José de Costa Rica, 2006. pp. 86-99.

beneficio de la comunidad o colectividad como un todo, entre los cuales se encuentran el aseo urbano y disposición de desechos sólidos, los mercados, los centros de acopio y abastecimiento, las redes de mayoristas, los cementerios públicos y privados, los parques y los campos deportivos y recreacionales de carácter público, las vías urbanas y rurales, el alcantarillado, los sistemas de alumbrado público, el transporte público, los estacionamientos y los mataderos.

El artículo 8 del anteproyecto de Ley establecía las siguientes definiciones:

- 1) Empresa Oficial de Servicios Públicos: Es aquella en donde el Estado tiene el 100% de los aportes del capital.
- 2) Empresa Mixta de Servicio Público: Es aquella en donde el Estado tiene el 50% o más del aporte del capital.
- 3) Empresa Privada de Servicio Público: Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares o a entidades surgidas de convenios internacionales o nacionales, que manifiesten el deseo de someterse íntegramente para estos efectos, a las normas que rigen a los particulares, así como también a la Comunidad Organizada.
- 4) Factura de Servicios Públicos: Es el documento que una entidad prestadora de un servicio público entrega o remite al usuario, o beneficiario del mismo por el consumo y demás servicios inherentes al desarrollo de un contrato de prestación de servicio público convenido.
- 5) Posición Dominante: Es la que tiene una empresa de servicios públicos con respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa con respecto al mercado de los servicios que presta, cuando sirve a más del 50% de los usuarios que conforman el mercado.
- 6) Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios y Colectivos. Es la facultad que tiene el Estado de dictar normas de carácter general para orientar la actitud de las entidades responsables de la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios y Colectivos a las reglas, normas, principios y deberes establecidos en la Ley y los reglamentos.
- 7) Servicio Público Domiciliario de Agua Potable: Es la distribución de agua apta para el consumo humano, incluyendo su conexión, medición y cobro. También se aplicará esta Ley a las actividades

complementarias tales como: captación de agua, su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte.

- 8) Servicio Público de Saneamiento: Es la recolección, procesamiento y tratamiento de aguas residuales por medio de tuberías y conductos de desagüe y se encuentra estrechamente ligado al Servicio Público Domiciliario de Agua Potable.
- 9) Servicio Público Domiciliario de Aseo Urbano: Es el servicio de recolección, tratamiento y traslado de desechos y residuos sólidos. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos.
- 10) Servicio Público Domiciliario de Energía Eléctrica: Es la conducción de energía eléctrica a través de redes de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión, medición y cobro. También se aplica esta Ley a las actividades complementarias de generación, comercialización, transformación, interconexión y transmisión.
- 11) Servicio Público de Telefonía Fija: Es el servicio básico de transmisión conmutada de voz, a través de la red telefónica conmutada con suscripción del público en general.
- 12) Superintendencia de Servicios Públicos: Es el Organismo de Derecho Público adscrito al Ministerio de Industria y Comercio con la función específica de supervisar, chequear y verificar que los servicios públicos, tanto domiciliarios como colectivos, se estén prestando en su justa medida y eficiencia y deberá estar en coordinación constante con el INDECU para canalizar las quejas y reclamos que se presenten.
- 13) Suscriptor: es la persona natural o Jurídica con la cual se ha suscrito un contrato para la prestación de un Servicio Público.
- 14) Usuario o Consumidor: Es la persona natural o jurídica beneficiaria de la prestación de un Servicio Público.
- 15) Mancomunidad: Es la agrupación de dos (02) o más Municipios para resolver asuntos comunes.
- 16) Comisión Nacional Reguladora de los Servicios Públicos: Es el órgano designado por el Estado con la función de diseñar y presentar las políticas generales de administración y control de eficiencia, en relación con el funcionamiento y calidad de la prestación de los Servicios Públicos a nivel Nacional. Su misión fundamental debe ser evitar por encima de todas las cosas, los abusos monopólicos en la prestación de los Servicios Públicos, velar

por el derecho del Ciudadano a estar informado siempre acerca de la prestación del servicio, así como evitar los abusos desmedidos en el cobro de tarifas que no se correspondan con la calidad del servicio y que no se encuentren avaladas por los entes reguladores establecidos por el Estado según la Ley.

- 17) Empresa Comunitaria: Es la empresa organizada por la comunidad dentro del principio de descentralización y participación ciudadana para la prestación de un servicio o actividad que vaya en el bienestar de los ciudadanos del área jurisdiccional en donde se desarrollan sus actividades.
- 18) Empresa de Producción Social (E.P.S.): Es la empresa que organizada por los Estados, el distrito Metropolitano, los Municipios y Parroquias, van a proporcionar fuentes de empleo y producción destinada a solventar las necesidades de carácter social que presenta una comunidad.

En términos generales se puede señalar que al texto completo del anteproyecto se le podrían hacer múltiples consideraciones de carácter técnico que escapan al objeto de estas reflexiones, pero no se puede pasar por alto que estas definiciones -más allá de su corrección jurídica- contienen variadas contradicciones con las disposiciones que regulan las empresas públicas, en la Ley Orgánica de la Administración Pública e incluso introduce una nueva categoría de empresa pública estatal o municipal, denominada empresa de producción social<sup>46</sup>, así como las denominadas empresas comunitarias.

Además se establecen disposiciones que contravienen la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y aun cuando se incluye entre los servicios públicos domiciliarios al servicio público de gas, no se hace ninguna mención respecto a qué se entiende por tal servicio.

El texto en las definiciones menciona una acepción de posición de dominio que no se ajusta a la técnicamente establecida en la Ley para la promoción y la protección de la libre competencia. Sin em-

---

46 Cesar A. Esteves, "Régimen jurídico del desarrollo endógeno, el nuevo modelo productivo y de las empresas de producción social", *Revista de Derecho Público* n° 107, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007. pp. 21-46.

bargo, debe recordarse que el ordenamiento jurídico no prohíbe la posición de dominio, lo que se censura es el abuso en la posición de dominio<sup>47</sup>.

Si bien lo antes dicho pone de manifiesto algunas incorrecciones de técnica legislativa, no puede dejarse de mencionar la mala redacción de alguna de las normas, como sucede con la referida a la creación de la Comisión Nacional reguladora de los servicios públicos, órgano que tiene por objeto según dice el texto *“evitar los abusos monopólicos en la prestación de los Servicios Públicos, velar por el derecho del Ciudadano a estar informado siempre acerca de la prestación del servicio, así como evitar los abusos desmedidos en el cobro de tarifas que no se correspondan con la calidad del servicio y que no se encuentren avaladas por los entes reguladores establecidos por el Estado según la Ley”*.

Pareciera inferirse de la simple lectura de la redacción anterior dos consecuencias, que resultan a todas luces ajenas al sentido que tienen en la Constitución. La primera es que la autoridad administrativa de servicios públicos tolera los monopolios en general<sup>48</sup>, lo que no acepta es el abuso de quienes se encuentran en tal situación; y la otra igualmente grave, es el rechazo a lo que califica como *“los abusos desmedidos en el cobro de las tarifas”*, lo que lleva a inferir que si existe un abuso en el cobro de las tarifas, pero este parece racional, lógico o mensurable ese *“abuso”* podría ser aceptado. Esta manera de redactar la norma constituye una inapropiada utilización del castellano que resulta no menos que censurable, en particular, porque conforme al artículo 4 del Código Civil, la interpretación que debe hacerse de las normas que integran el ordenamiento jurídico, es aquel que *“aparece evidente del significado propio de*

---

47 Artículos 113 de la Constitución y 13 de la Ley para la promoción y la protección de la libre competencia.

48 El artículo 113 de la Constitución establece que *“No se permitirán los monopolios”* e incluso el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en sentencia 1556, de 8 de diciembre de 2000 y en sentencia 1563, de 13 de diciembre de 2000, también se ha pronunciado sobre este tema, rechazando que el Estado constituya monopolios legales sin ninguna justificación real.

las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador”.

Por último, cabe señalar que sin duda alguna se van a solapar las competencias de la Superintendencia para la promoción y la protección de la libre competencia, el Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario, los entes reguladores sectoriales y la Comisión Nacional Reguladora de los Servicios Públicos, produciendo como consecuencia la ineficacia en la gestión administrativa.

### 3. *El proyecto de Ley Orgánica de Servicios Públicos*

Posteriormente, el Parlamento inició el trámite legislativo y aprobó en primera discusión el proyecto de Ley orgánica de servicios públicos en junio de 2006, que no hace referencia alguna en su título a los servicios públicos domiciliarios, lo que pone de manifiesto cómo se aparta del anteproyecto original, aunque como se verá, ésta es sólo una de las varias diferencias con el proyecto que se analiza.

El proyecto de Ley tiene cinco títulos y 38 artículos, el cual tiene por objeto “crear el instrumento jurídico mediante el cual el Estado como responsable de prestar conjuntamente con la Comunidad organizada los servicios públicos, dicte las disposiciones que considere necesarias para prestar, regir, controlar y administrar los mismos con la finalidad de incrementar el nivel de vida y bienestar de los ciudadanos” (artículo 1).

El objeto que pretende regular el texto sancionado en primera discusión no puede considerarse menos que confuso y carente de técnica legislativa, dado que el Estado para garantizar la prestación de las actividades en las cuales subyace un interés general y que deben ser satisfechas a todos quienes las demanden, en condiciones de calidad adecuadas y a precios razonables, no requiere establecer constitucional o legalmente como título de intervención la declaración de servicio público. Es esta declaración regulada legalmente, la que constituye el instrumento jurídico mediante el cual el Estado organiza la prestación de la actividad y establece los mecanismos

de gestión y control con la finalidad de incrementar el nivel de vida y el bienestar de los ciudadanos.

Se crea una auténtica novedad con la introducción de la definición de “salario social” que supuestamente constituye un mecanismo de protección social que genera el Estado, para la defensa de los derechos ciudadanos en lo concerniente al uso y disfrute de los servicios públicos, que garanticen su calidad de vida (artículo 2).

El empleo de la expresión “salario social” en un texto jurídico distinto a la legislación laboral no solo resulta inadecuada, sino incluso errada porque del texto de la ley, no se aprecia cuál puede ser el propósito de introducir tal categoría jurídica en una ley que regula los servicios públicos.

Además surge la pregunta, ¿en qué medida el “salario social” puede servir de mecanismo de protección social y de defensa de los derechos ciudadanos en el uso y disfrute de los servicios públicos?. La búsqueda de la respuesta lleva a examinar el contenido del proyecto de ley, el cual emplea el término “salario social”, nuevamente -y luego no lo vuelve a emplear- en la definición de servicio público que se propone en el artículo 4, el cual considera como tal “toda actividad de interés general y público, que presta el Estado en corresponsabilidad con la comunidad organizada, que forma parte del salario social, y ésta dirigida a los ciudadanos que conviven en un espacio geográfico y cuya finalidad es satisfacer las necesidades de interés general y colectivo y que su cumplimiento incida en el aumento de la calidad de vida del pueblo, por lo que el Estado asume su prestación directa, para lo cual ejerce su rectoría y vigilancia, empleando para tal fin, los criterios de eficiencia, calidad y atención, para garantizarle a los beneficiarios o usuarios, la calidad de los mismos”.

Esta definición no puede ser más desafortunada, pues en primer lugar, desconoce la evolución jurídica (normativa, jurisprudencial y doctrinal) del Derecho de los servicios públicos en Venezuela<sup>49</sup>.

---

49 José Araujo-Juárez, *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*. Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2003.

En segundo término, confunde las técnicas de gestión de los servicios públicos, por ello, comienza por reconocer que existe una corresponsabilidad del Estado y la comunidad organizada en la prestación de los servicios públicos, aunque no termina de reconocer la gestión indirecta y luego establece que el Estado asume la prestación directa<sup>50</sup>.

Como tercer aspecto relevante, debe mencionarse que la asunción de la gestión directa por el Estado de los servicios públicos constituye una forma de estatización, que histórica e impropriamente se ha denominado nacionalización, en virtud de la cual los operadores privados que prestan servicios públicos deberán transferir la gestión a los órganos o entes públicos que a tales fines designe el Estado.

En cuarto lugar, debe mencionarse que la asunción de la titularidad y la consiguiente prestación directa de los servicios públicos por el Estado, genera una situación de inseguridad jurídica con respecto a la prestación indirecta que han venido realizando los operadores de determinados servicios públicos, en virtud de concesión. En efecto, conforme a la Constitución y el Decreto con rango y fuerza de Ley para la inversión privada en régimen de concesiones, así como a las distintas leyes sectoriales que regulan la gestión de los servicios públicos en régimen de concesión, esta técnica constituye la forma clásica de gestión indirecta de los servicios públicos, sin embargo, el proyecto no hace mención respecto a si las concesiones otorgadas con anterioridad se van a mantener hasta su finalización natural o van a ser extinguidas anticipadamente.

---

50 El artículo 9 del proyecto de Ley Orgánica de los Servicios Públicos establece que *“El Estado, tiene la responsabilidad directa en la prestación de los servicios públicos, para lo cual ejerce su rectoría y vigilancia, y conjuntamente con la Comunidad Organizada coordinará las acciones pertinentes para que la prestación de los mismos se encuentre enmarcada en los cánones de calidad, eficiencia y eficacia, que exige la Constitución, basados en los principios de corresponsabilidad y participación para alcanzar sin ningún tipo de discriminación los niveles de calidad de vida y bienestar de todos los ciudadanos y ciudadanas”*.

La inseguridad jurídica se agrava si se tiene en consideración que el texto actualmente en trámite legislativo, al asumir la gestión directa a favor del Estado, no establece régimen de transición alguna y menos aun cuáles serán los mecanismos de indemnización por la eventual extinción anticipada de las concesiones, sin que el concesionario haya dado causa para ello.

El texto que se analiza propone una clasificación bipartita de los servicios públicos, en las siguientes categorías: Una, los servicios públicos domiciliarios, que son aquéllos que presta el Estado a los ciudadanos directamente en sus viviendas, debiendo considerar como tales especialmente los servicios de electricidad, agua potable y saneamiento, aseo domiciliario y gas (artículos 5 y 6); y la otra, los servicios públicos colectivos que son aquéllos que se prestan a la colectividad de manera general para el bienestar común y el incremento del nivel de vida de los ciudadanos, comprendiendo tales servicios el aseo urbano y el manejo de residuos y desechos sólidos; los mercados, centros de acopio, abastecimiento y redes de mayoristas; los cementerios; los servicios de parques recreativos, de esparcimiento y campos deportivos; las vías urbanas, rurales y alcantarillado; la telefonía fija residencial y telefonía móvil; el transporte público; los estacionamientos; los mataderos, la salud y la educación (artículos 5, 7 y 8).

Adicionalmente, se ratifica la competencia constitucional en materia de servicios públicos domiciliarios y colectivos, a los que se suman los servicios de salud y educación, agregándose a esta última el calificativo de “pública” y aunque no se encuentran incluidos en las categorías anteriores, se mencionan los servicios bancarios<sup>51</sup>, las estaciones de servicios de combustibles y lubricantes (artículo 25).

---

51 Respecto a la impropiedad de considerar a los servicios bancarios como servicios públicos, debe recordarse la sentencia 825, de 6 de mayo de 2004, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que he comentado en mi trabajo “La actividad de servicio público y la regulación bancaria”. *II Jornadas sobre Derecho Administrativo. Las formas de la actividad administrativa*. FUNEDA. Caracas, 2005, pp. 87-106.

Los artículos 9 y 10 señalan que el Estado tiene la responsabilidad directa en la prestación de los servicios públicos y como garante de la misma tiene la obligación de intervenir en la prestación. Además de la finalidad tradicional de asegurar la calidad y la eficiencia en la prestación de manera continua e ininterrumpida, que contribuyan al incremento de la calidad de vida y el bienestar social; deberá a través del Consejo nacional integral de los servicios públicos, dictar las normas necesarias para evitar los monopolios y las posiciones dominantes en la prestación de los servicios públicos.

También se establece que el Estado mantendrá bajo su control y dirección, todo lo relacionado con los servicios públicos específicos que tengan relación con la seguridad y defensa estratégica, política, económica y social del Estado, así como aquéllos otros que en su criterio, considere que favorecen el bienestar e incremento del nivel de la calidad de vida de los ciudadanos (artículo 37).

Igualmente propone el legislador que los servicios públicos deben prestarse de manera eficiente, eficaz, con calidad y seguridad, pero sostenidos por un régimen tarifario acorde al ingreso de la población, que se deberá revisar anualmente por el Consejo Nacional Integral de los Servicios Públicos (artículos 11 y 18).

El resto de las disposiciones que integran el proyecto regulan la organización de las autoridades administrativas, que conforman el Consejo Nacional Integral de los Servicios Públicos.

#### IV. LAS REFLEXIONES SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE SERVICIOS PÚBLICOS

El análisis precedente no deja dudas de la necesidad de reflexionar sobre el uso apropiado de las categorías jurídicas, para evitar las improvisaciones que tanto daño hacen al funcionamiento y progreso de las instituciones y de la sociedad.

### 1. *La orientación de la política económica*

El proyecto del texto legal se encuentra orientado a establecer una intervención total del Poder Público Nacional sobre las actividades económicas en las cuales se encuentra presente el interés general, de allí que no se tenga duda alguna en afirmar que la propuesta legislativa pretende por una parte, la nacionalización de los servicios públicos respecto de los poderes públicos estatales y municipales, en tanto que por la otra, persigue la estatización de tales actividades mediante la asunción de la titularidad plena, con exclusión de la participación privada, en desconocimiento de la libertad de empresa, de la libre competencia, del derecho de propiedad y por supuesto de los derechos de los usuarios a contar con servicios de calidad y elegir según sus auténticas necesidades.

Ello es producto de una ideología política decimonónica que se pretende revivir dos siglos después, en una realidad distinta a aquella en que surgió, como lo constituye la Sociedad del Conocimiento en el presente siglo XXI. “Cuando en los países desarrollados hablan de un “mínimo de subsistencia” o “mínimo vital” para todos, lo hacen en el supuesto de que quienes caigan en ese mínimo desearán superarlo en cuanto puedan, ya que los incentivos están firmemente asentados en esas sociedades”. Lo que se cuestiona es que el proyecto de ley aprobado en primera discusión por el Parlamento “lleva consigo grandes probabilidades de destruir tales incentivos, de acabar convirtiendo lo excepcional en normal y, dado que es el único medio para ello, debe estatalizar la totalidad de la economía para que puedan prestarse los servicios públicos básicos de modo gratuito a todo el que los precise. Éste es el camino hacia un socialismo empobrecedor, del que Latinoamérica tiene ejemplos cercanos”<sup>52</sup>.

De continuarse la política económica actual, se puede inferir que además de la estatización de los servicios públicos, en un futu-

---

52 Juan Miguel De La Cuétara y Raquel Noriega Sandberg. El Proyecto de Ley Argentina de Servicios Públicos. Análisis Crítico. *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*. Lexis-Nexis. Buenos Aires, 2005. p. 246.

ro no muy lejano el gobierno va a estatizar la banca<sup>53</sup> y los seguros privados -que no son considerados servicios públicos actualmente-, extinguiendo la posibilidad de participación privada en estas actividades, con las graves consecuencias que se generarán en la economía nacional, ante la desconfianza natural que existe en grandes sectores de la población respecto al manejo de las empresas públicas y en particular de las instituciones financieras<sup>54</sup> y de seguros estatales, más aún después de la crisis económica de 1994.

En la sociedad contemporánea se admite que convivan juntos los derechos y las libertades públicas, como la propiedad privada, la libre empresa, la libre competencia y los derechos de los usuarios con la intervención pública en la actividad económica nacional, la cual deberá desarrollarse teniendo presente que la actuación del Poder Público debe ser proporcional, idónea, adecuada y la estrictamente necesaria para satisfacer el interés general, lo que permitirá limitar o restringir, más no anular el ejercicio de los derechos económicos de los particulares, pues ellos deben garantizarse en el marco de la economía social de mercado que reconoce la Constitución.

---

53 El periódico [www.eluniversal.com](http://www.eluniversal.com) en la sección de economía, del día 4 de mayo de 2007, recoge las declaraciones del día anterior, del Presidente de la República en las que expresó que “si los bancos no quieren cumplir con eso (con los financiamientos a los productores nacionales) los tomamos, los nacionalizamos ...”, lo que generó la respuesta del Presidente del Banco Venezolano de Crédito, Oscar García Mendoza, publicada el día 5 de mayo de 2007, en la cual sostuvo que la amenaza de estatizar el sistema financiero “ahuyenta la inversión extranjera del país y genera desempleo”. Posteriormente, el mismo periódico [www.eluniversal.com](http://www.eluniversal.com) en la sección de economía, del día 1° de diciembre de 2007, contiene las declaraciones del Presidente de la República en las que dirigiéndose al Presidente del Banco Venezuela, perteneciente al grupo español Santander le expresó “ruégale Michael a Dios que gane otra vez Zapatero, si gana la derecha otra vez, olvídense los españoles de operar sus empresas en esta nación andina”. A lo que agregó, que la presencia de los bancos españoles no son necesarios en el país, en clara manifestación de su intención de nacionalizarlos.

54 Víctor R. Hernández-Mendible, *La actividad de Servicio Público y la Regulación Bancaria. II Jornadas sobre Derecho Administrativo. Las formas de la actividad administrativa*. FUNEDA. Caracas, 2005. pp. 105-106.

En las sociedades modernas y auténticamente democráticas, el Estado social debe ser también de Derecho<sup>55</sup>, por ello la intervención del Estado en la gestión de los servicios públicos competitivos se justifica únicamente en aquellos casos en los cuales no se afecte de manera irracional, arbitraria y desproporcionada el ejercicio de los derechos y las libertades públicas y siempre que tal intervención tenga como finalidad garantizar la efectiva satisfacción del interés general. De lo contrario, una excesiva intervención del Estado en la gestión de los servicios públicos no sólo puede constituir un potencial atentado a los derechos y libertades públicas, sino que realmente constituye un auténtico desconocimiento de los principios de eficiencia, eficacia y más grave aún, del deber de la Administración de actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Lo antes expuesto lleva a reflexionar sobre la actual orientación de la política económica y las reales justificaciones para realizar la estatización de los servicios públicos, así como sobre las implicaciones jurídicas que tendrá la misma sobre los derechos y las libertades públicas, en el contexto del Estado social y democrático de Derecho.

## 2. *Las consecuencias jurídicas de la política económica*

En Venezuela, la gestión indirecta de los servicios públicos a través de la técnica de la concesión tiene pleno reconocimiento constitucional. En este sentido, el artículo 113 de la Constitución reconoce que el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, con exclusividad o sin ella, para la explotación de recursos naturales propiedad de la República o para la prestación de servicios públicos. La ley debe establecer en las concesiones de servicios públicos, la utilidad que deberá obtener el concesionario y el financiamiento de las inversiones estrictamente vinculadas a la prestación del servicio, incluyendo las mejoras y ampliaciones que la autoridad administrativa pueda considerar razonables y que

---

55 Juan Miguel De La Cuétara y Raquel Noriega Sandberg, *ob. cit.*, p. 234.

deberá aprobar en cada caso (Disposición transitoria decimoctava de la Constitución).

Sin embargo, la simple lectura del proyecto de ley aprobado en primera discusión contraviene manifiestamente estas disposiciones de la Constitución, porque si bien pretende regular el régimen general de los servicios públicos, no hace la más mínima mención a la gestión indirecta a través de la participación privada mediante la técnica de la concesión y menos aún regula las posibles ganancias que deberían obtener los concesionarios, expresión ésta última que no se utiliza en todo el texto del proyecto de ley.

Adicionalmente, del texto surgen un conjunto de reflexiones sobre la regulación jurídica que no se pueden soslayar en esta ocasión:

En primer lugar, debe señalarse que no distingue claramente entre los servicios públicos propiamente tales y las actividades prestacionales que técnicamente no pueden ser consideradas como servicios públicos (*verbi gratia*, las telecomunicaciones)<sup>56</sup>.

En segundo lugar, tampoco se acierta a distinguir entre los servicios públicos y los bienes públicos, sean estas infraestructuras públicas o bienes naturales que integran el denominado dominio público.

En tercer lugar, el pretendido establecimiento de una ley general de servicios públicos y la existencia de leyes sectoriales que regulen cada servicio, plantea un problema jurídico normativo dado que la duplicación de textos jurídicos que concurren en la regulación de un mismo servicio público como serían las leyes especiales (Ley orgánica del servicio eléctrico, Ley orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento, Ley orgánica de hidrocarburos gaseosos, Ley de residuos y desechos sólidos) y la ley general, pueden conducir a una posible colisión de normas ju-

---

56 Víctor R. Hernández-Mendible, "La Reconfiguración dogmática en la regulación de las Telecomunicaciones", *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo* n° 6, Costa Rica, 2006. pp. 86-99.

rídicas en un determinado asunto y a la generación de incertidumbre sobre las disposiciones aplicables que deben cumplir los operadores económicos y técnicos.

En cuarto lugar, no se diferencian los servicios públicos competitivos de los servicios públicos sociales (salud, educación), que en función de las asimetrías existentes, tienen una regulación distinta de aquellos servicios públicos en los cuales se pueden ejercer las libertades económicas (libertad de empresa, libre competencia, propiedad privada), sin dejar de satisfacer el interés general.

En quinto lugar, se crean nuevas autoridades administrativas que tienen competencias que se encuentran atribuidas en las leyes sectoriales a los entes reguladores de cada servicio público, lo que sin duda va a generar conflictos entre autoridades administrativas, tal como se ha apreciado en otras oportunidades y que produce la inamovilidad institucional, pues ninguno asume sus responsabilidades y éstas se proyectan en las otras instituciones.

En sexto lugar, lo que plantea el proyecto de ley es la estatización de la totalidad de los servicios que técnicamente son públicos y de aquéllos que no lo son, pero que han sido incluidos aunque de manera jurídicamente incorrecta en esta ley.

Esto lleva a comentar los antecedentes de la gestión pública de los servicios públicos, que hemos tenido durante el siglo pasado.

### 3. *La experiencia de la gestión de la empresa pública de servicios públicos*

El servicio público tradicional, gestionado a través de empresas públicas creadas con tal fin, se ha caracterizado por las prácticas siguientes<sup>57</sup>:

---

57 Gaspar Ariño Ortiz, La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia. *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 12-13; Juan Miguel De La Cuétara y Raquel Noriega Sandberg. El Proyecto de Ley Argentina de Servicios Públicos. Análisis Crítico. *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*. Lexis-Nexis. Buenos Aires, 2005, pp. 242-243.

1. Se confunden la misión empresarial (ser una empresa competitiva, eficiente, que presta servicios de calidad a bajo costo para los usuarios y produce dividendos a los accionistas) con la persecución de fines indefinidos de carácter social, cultural y político que no se corresponde con su objeto social (Petróleos de Venezuela desde el año 2003) e incluso los religiosos (Banfoandes).

2. La politización de los cargos directivos, quienes actúan guiados por criterios ajenos al campo de la gerencia eficiente, productiva y competitiva, es decir, de las mejores prácticas gerenciales, basada en criterios técnico-económicos ha sido sustituida por una gestión no profesional basada en criterios políticos, lo que genera ineficiencia en la gestión<sup>58</sup>.

3. La contratación de personal no profesional, carente de la cualificación necesaria para cubrir los puestos de trabajo que exigen una especialización técnica para ejecutar la gestión. No es infrecuente que se sustituya al personal capacitado, en el cual se han invertido años en su formación, por el entorno de los familiares, amigos o relacionados que más allá de su preparación profesional vienen a buscar qué negocios hacen y cuánto dinero obtienen de una pasantía breve, pero rentable en la empresa pública.

4. El aumento desproporcionado del número de empleados que ingresan a trabajar en la empresa, produce una burocratización no para mejorar la gestión, sino para ocupar plazas de trabajo muchas veces inexistentes e innecesarias, pero que permiten pagar los favores políticos de los directivos de turno.

5. La descapitalización por mala gestión, genera el sobreendeudamiento, que no se realiza para mejorar la calidad de los servicios, incrementar la inversión o lograr una mayor eficiencia, sino con la finalidad de afrontar los gastos corrientes de la empresa,

---

58 Se sustituyeron en el desempeño de la presidencia de Petróleos de Venezuela a personas técnicamente capacitadas que tenían años de gerencia y formación en el negocio petrolero y en su lugar se designó como Presidente [C.E.O.] al Ministro de Energía y Petróleo, que es y actúa como un político de ideología marxista, según sus propias declaraciones de prensa.

como personal, servicios, bienes, etc. (Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico).

6. La exclusión de la empresa de las reglas de la competencia, lo que además de constituir una violación al principio de sometimiento de la Administración Pública a la Ley y al Derecho, constituye un desconocimiento del modelo de economía social de mercado que surge de la Constitución. (Anteproyecto de Ley antimonopolio, antioligopolio y la competencia desleal).

7. Las empresas públicas tienen la virtud que aún estando mal gestionadas, no se atrasan, nunca quiebran y muchos menos se liquidan, como señala la doctrina científica se encuentran investidas de la inmortalidad (Banco Industrial de Venezuela).

8. Lo anterior se traduce en ausencia de desarrollo e innovación que contribuyan al progreso de la sociedad, lo que afecta e incluso impide que se desarrollen servicios de calidad técnica adecuada - cuando se prestan si se tiene la fortuna de recibirlos, resultan ineficientes-, no satisfacen las necesidades de los usuarios y los costos que se pagan son sumamente elevados, porque no existen servicios o bienes más caros que aquéllos que no se tienen<sup>59</sup>.

---

59 Debe mencionarse en materia de infraestructuras que la autopista que une a las ciudades de Caracas (capital de la República) con La Guaira,- donde se encuentran el principal aeropuerto internacional y el principal puerto internacional de Venezuela-, el peaje iba a ser aumentado conforme al contrato de concesión en una suma irrisoria -Bs. 100,00- y ante la protesta de un grupo de usuarios habitantes de La Guaira, el gobierno decidió no aumentar la tarifa del peaje y ponerle fin al contrato de concesión con la empresa mexicana concesionaria, lo que produjo un conflicto que debió ser resuelto mediante arbitraje internacional, en tanto que la autopista quedó totalmente abandonada. Después de varios años sin mantenimiento ni del concesionario, ni del Estado y de las advertencias al gobierno por el Colegio de Ingenieros de Venezuela, respecto a la factibilidad que uno de los viaductos iba a colapsar y se caería, se tuvo que cerrar temporalmente el tránsito de vehículos por dicha autopista, el día 5 de enero de 2006. Ello produjo como consecuencia que los usuarios que se habían negado a pagar el aumento contractual del peaje de Bs. 100, hayan tenido que pagar para transportarse por la carretera alterna sumas que oscilaban alrededor de los Bs. 400.000, que el tiempo de traslado entre ambas ciudades pasase de entre 30 o 35 minutos a tener que realizarse gran-

#### 4. *La expansión de las empresas públicas*

Las políticas públicas que actualmente se ejecutan en Venezuela, han producido dos consecuencias trascendentales: En primer lugar, el incremento de la intervención directa del Estado en las actividades económicas que hasta hace pocos meses eran gestionadas por particulares en ejercicio de la libertad de empresa, aunque en muchos casos previa habilitación administrativa del propio Estado; y en segundo lugar, la ampliación de la Administración pública descentralizada funcionalmente, mediante la constitución de nuevas empresas del Estado.

Las empresas del Estado son aquellas sociedades mercantiles en las cuales intervienen los órganos y entes del Poder Público en su constitución, composición accionarial, dirección y gestión.

Es así como el reconocimiento de estas empresas se encuentra establecido a nivel legislativo desde una doble perspectiva: El criterio cuantitativo, que considera como empresas del Estado, a aquellas donde los entes (República, estados y municipios, institutos autónomos, empresas del Estado, fundaciones, sociedades civiles) tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital

---

des colas que llevaban a un promedio entre 2 y 6 horas cada día, para efectuar el traslado entre las ciudades, lo que produjo que muchas personas que tienen su residencia en una ciudad y trabajaban en la otra hubiesen perdido el trabajo. A pesar de la negativa del vocero gubernamental del Ministerio de Infraestructura Guillermo Rangel, efectuada al periódico Últimas Noticias, el 18 de marzo de 2006 que el viaducto no colapsaría, el día domingo 19 de marzo de 2006, ante la vista de todo el país el viaducto se derrumbó dejando definitivamente interrumpido el tráfico por esa autopista. En fin, el ahorro del aumento del peaje y un acto demagógico del gobierno impidieron la continuación de los trabajos que hacía la concesionaria, el gobierno tampoco asumió el mantenimiento y construcción de la nueva infraestructura, finalmente se produjo el desplome de la vía y como consecuencia todos han pagado la elevación de los costos y del tiempo por el traslado de personas y bienes entre ambas ciudades, así como el incremento en los servicios, lo que ha hecho que se cumpla el brocárdico que no existe servicio más caro e infraestructura más costosa, que aquella que no se tiene.

social<sup>60</sup>; y, el criterio cualitativo, que considera como empresas del Estado, aquéllas en las cuales la República ejerce un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección y administración<sup>61</sup>.

Si bien las empresas públicas tienen fundamento constitucional<sup>62</sup> y están reguladas expresamente en las leyes, en la actualidad encuentran su justificación en el interés del gobierno de realizar distintos negocios jurídicos: Así se tiene la constitución de estas empresas por disposición del Ejecutivo Nacional (para la comercialización de alimentos<sup>63</sup>, realización de la actividad de intermediación financiera<sup>64</sup>, actividad industrial<sup>65</sup>, actividad de telecomunica-

---

60 Artículo 100 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, establece que “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”, sin embargo debe señalarse que el artículo 6.8 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del sector público, somete a la aplicación de dicho texto jurídico a “las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas a que se refiere el presente artículo tengan una participación *igual o mayor* al cincuenta por ciento del capital social”. *Cfr. Gaceta Oficial* n° 38.648, de 20 de marzo de 2007.

61 Artículo 5.24 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

62 Artículo 300 de la Constitución.

63 Constituyen referencias de ello, La Corporación de Abastecimiento y Servicios Agrícolas (LA CASA), Café Venezuela, Mercados de Alimentos (MERCAL), Empresa Nacional de Almacenes (ENACA).

64 Como ejemplos recientes se tienen el Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela, Banco de Comercio Exterior, Banco del Tesoro, Banco del Pueblo Soberano, Banco de la Mujer, Banco Nacional de Vivienda y Hábitat.

65 Se pueden mencionar entre otras, Venezuela Industrial (VENINSA), Industria Venezolana Endógena de Papel (INVEPAL), Industria Endógena Venezolana de Válvulas (INVEVAL), Compañía Nacional de Industrias Básicas, Empresa de Producción Social de Servicios de Laminación del Aluminio, Empresa de Producción Social de Tubos sin Costura, Empresa de Producción Social Siderúrgica Nacional, Empresa de Producción Social para la Concentración de Mineral de Hierro, Empresa de Producción Social de Pulpa y Papel, Empresa de Producción Social para el Desmonte de Algodón, Empresa de Producción Social Recuperadora de Materias Primas, Empresa de Producción Social Minera Nacional, Empresa de Producción Social Constructora Nacional de Rieles para Vías Férreas y Estructuras Metálicas para ser desti-

ciones<sup>66</sup>, de servicios de televisión en señal abierta<sup>67</sup>, de transporte aéreo<sup>68</sup> o terrestre de pasajeros<sup>69</sup>), mediante la venta de acciones de las empresas privadas nacionales o extranjeras a empresas públicas establecidas o la constitución de nuevas sociedades mercantiles de carácter mixto, donde el Estado asume la mayoría accionarial y deja a las empresas privadas extranjeras con un porcentaje menor, figura que se ha denominado migraciones forzosas<sup>70</sup> (sector de hidrocarburos<sup>71</sup>) o bajo la modalidad de las estatizaciones que se han producido mediante la compra de las acciones de las sociedades mercantiles privadas (sector de las telecomunicaciones<sup>72</sup> y de la energía eléctrica<sup>73</sup>).

---

nadas a la Construcción de Viviendas y otras Aplicaciones, Empresa de Producción Social de Insumos Básicos para la Construcción de Viviendas, Empresa de Producción Social Cemento Cerro Azul, Construcciones para Viviendas del Metro (COVIMETRO).

- 66 Al respecto, se tiene la Corporación Venezolana de Telecomunicaciones (COVETEL).
- 67 En este sentido, la Nueva Televisión del Sur (TELESUR) y la Fundación Televisión Venezolana Social (TEVES), que aunque no constituye formalmente una sociedad mercantil, realiza una actividad típica de estas empresas.
- 68 Como nueva línea aérea estatal, se constituyó el Consorcio Venezolano de Industrias Aeronáuticas y Servicios Aéreos (CONVIASA).
- 69 Una de las más recientes empresas públicas creadas por el gobierno es el Sistema Integral de Transporte Superficial.
- 70 Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de migración a empresas mixtas de los convenios de asociación en la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los convenios de exploración a riesgo y ganancias compartidas, *Gaceta Oficial* n° 38.632, de 26 de febrero de 2007. Este Decreto-Ley debe ser analizado en concordancia con la Ley sobre los efectos del proceso 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, *Gaceta Oficial* n° 38.785, de 8 de octubre de 2007.
- 71 Sobre el particular véase en esta misma obra Allan R. Brewer-Carías, "La "estatización" petrolera en 2006-2007 con la terminación unilateral y anticipada de los contratos operativos y de asociación respecto de las actividades primarias de hidrocarburos". pp. 125-188.
- 72 El 1° de enero de 2007, el Estado poseía el 6,59% de las acciones de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), una semana después el gobierno anunció la nacionalización de la empresa y el día 12 de

Ahora bien, con independencia del criterio legal que se aplique para la consideración de una empresa como estatal o pública y de los negocios jurídicos que hayan justificado su constitución, ello genera consecuencias jurídicas que deben tenerse presentes en la gestión que realizan.

La primera es la publicación, cuando menos parcial de su régimen jurídico. Es así como las empresas públicas se va a regir en principio por lo establecido en la legislación ordinaria<sup>74</sup>, pero por su naturaleza también le son aplicables disposiciones de derecho público, como la Constitución, la Ley Orgánica de la Administración Pública, el Decreto sobre organización y funcionamiento de la Administración Pública Nacional, la Ley Orgánica de Administración Financiera del sector público, la Ley de Licitaciones y sus reglamentos, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el sistema de control fiscal, la Ley contra la Corrupción, así

---

febrero de 2007, se suscribió un memorando de acuerdo de compra-venta del porcentaje de acciones que tenía Verizon Communications. El Estado luego de adquirir el 28,51 % que poseía en titularidad esta corporación y de realizar una oferta pública de adquisición de acciones, ha reestatizado la empresa adquiriendo el 86,21% de capital social de la empresa. Debe recordarse que esta fue una empresa que se constituyó privada, que en el año 1953 fue estatizada, que luego en 1991 fue privatizada parcialmente y que finalmente ha sido reestatizada el día 19 de mayo de 2007.

73 El Estado adquirió el 92,98% de las empresas privadas que conforman el grupo Electricidad de Caracas (ELECAR), estatizando una empresa que desde su creación y durante más de cien años fue totalmente privada y nacional, dado que sus accionistas eran venezolanos, no obstante en el año 2000, el gobierno permitió una oferta pública de adquisición de acciones que produjo la compra del 82,14% de las acciones por el inversionista extranjero AES Corporation con quien suscribió el memorando de entendimiento para la compra-venta de sus acciones, el día 8 de febrero de 2007. El Estado también adquirió el 88% de la empresa Sistema Eléctrico de Nueva Esparta (SENECA), que siendo originalmente estatal, por su ineficiencia económica y deficiente prestación del servicio había sido privatizada y ahora ha sido reestatizada.

74 Artículo 106 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

como las Condiciones generales de contratación para la ejecución de obras<sup>75</sup>.

La segunda se refiere al régimen de personal. La transformación de una antigua empresa privada en empresa pública no afecta el régimen jurídico de los empleados y obreros, de allí que resulte totalmente inapropiado considerar que quienes eran trabajadores de una empresa privada, como consecuencia de su conversión en una empresa pública, cambiaron de régimen jurídico y a partir de ese momento pueden ser considerados funcionarios públicos.

El cambio en el régimen jurídico de la empresa, no afecta el régimen jurídico de los trabajadores, pues lo que se produce desde el punto de vista laboral es una sustitución de patrono<sup>76</sup>, pero no una sustitución de régimen jurídico laboral hacia el funcionarial.

Además debe tenerse presente que la Ley del Estatuto de la Función Pública no contempla su aplicación a las empresas públicas<sup>77</sup> y en todo caso debe recordarse, que constitucionalmente la única forma de ingresar a la función pública es previo concurso público<sup>78</sup>.

El tercer aspecto que es consecuencia de lo anterior, consiste en que las empresas públicas deberán negociar y celebrar convenciones colectivas de trabajo y se pueden producir conflictos colectivos, de conformidad con el ordenamiento internacional, la Constitución y la Ley Orgánica del Trabajo. Ello implica que el Estado como garante de los derechos constitucionales, en su condición de patrono no debe poner obstáculos al ejercicio del derecho constitucional a la huelga<sup>79</sup> y en su condición de regulador social, debe establecer de manera proporcional, adecuada y necesaria tanto los servicios de

---

75 Con provecho se recomienda en esta misma obra, José Araujo-Juárez, El régimen general de derecho público relativo a las empresas del Estado. pp. 191-241.

76 Artículos 88 al 92 de la Ley Orgánica del Trabajo.

77 Artículo 1 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

78 Artículo 146 de la Constitución.

79 Artículos 97 de la Constitución y 494 al 506 de la Ley Orgánica del Trabajo.

mantenimiento y seguridad de la empresa<sup>80</sup>, mientras se desarrolla una huelga en la empresa o en el sector respectivo, como los servicios mínimos<sup>81</sup> para garantizar el abastecimiento de bienes esenciales a los consumidores o la prestación de los servicios públicos a los usuarios.

En cuanto lugar, existe otro elemento fundamental en la aplicación del régimen jurídico laboral a las empresas públicas, que se encuentra relacionado con la obligatoria participación de los trabajadores en la dirección de la empresa (cogestión), en los términos contemplados en la Ley<sup>82</sup> y su Reglamento<sup>83</sup>. Esta participación es tan importante que el ordenamiento jurídico declara la nulidad de las decisiones adoptadas por la junta directiva de la empresa pública, sin la previa convocatoria de los directores laborales, a las reuniones donde se van a producir decisiones relacionadas con la gestión de la empresa.

En quinto lugar, en lo atinente al sometimiento de las empresas públicas al control jurisdiccional, la estatización de las antiguas empresas privadas o la constitución de nuevas empresas públicas genera como consecuencia, que al integrarse a la organización de la Administración Pública descentralizada funcionalmente, quedan sometidas al orden jurisdiccional administrativo, por la actividad administrativa que efectúen, por la inactividad que omitan realizar, así como por el hecho de poseer el Estado un control decisivo y permanente en cuanto a su dirección o administración.

Debe señalarse que las empresas públicas al constituir parte de la Administración pública nacional descentralizada funcionalmente, se encuentran por mandato constitucional en el deber actuar al servicio de los ciudadanos y deben gestionarse con eficiencia, efica-

---

80 Artículos 498 de la Ley Orgánica del Trabajo y 178 al 180 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Trabajo.

81 Artículos 181 al 187 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Trabajo.

82 Artículos 610 al 624 de la Ley Orgánica del Trabajo.

83 Artículos 203 al 215 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Trabajo.

cia, responsabilidad, transparencia, rendición de cuentas, con sometimiento pleno a la Ley y al derecho.

Ello plantea un doble reto en la gestión y dirección de las empresas públicas: A los gerentes jurídicos, de formarse o actualizarse en el complejo ordenamiento jurídico de derecho público que deberán conocer, interpretar y aplicar a partir de la constitución en un caso o estatización de las antiguas empresas privadas en el otro; y a los gerentes corporativos, en la utilización de las mejores prácticas en la gobernanza empresarial, a los fines de alcanzar la sostenibilidad de las empresas con responsabilidad social corporativa; constituyendo una referencia forzosa por el éxito alcanzado, las Empresas Públicas de Medellín.

## V. LA VUELTA AL ESTADO PRESTACIONAL

Las propuestas legislativas que se han analizado y el desarrollo de las actuales políticas públicas constituyen un retroceso en el proceso de liberalización de los servicios que se venían implementando en la Comunidad Andina, pues significa la aludida vuelta atrás, hacia el control directo por el Estado de grandes áreas económicas, aunque mal justificada y peor instrumentada<sup>84</sup>, que conduce el país hacia el viejo y fracasado estatismo que tanto atraso ha causado no solo en Venezuela, sino en otros países del Caribe y que sin duda lo distancia del resto de los países en vías de desarrollo, que aspiran ser más competitivos en el orden económico regional y mundial, como Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, México, Panamá, Perú, República Dominicana y Uruguay.

El proyecto no sólo se aleja de las modernas tendencias en la regulación de los servicios públicos que se llevan a cabo en la Comunidad Andina, el MERCOSUR y la Unión Europea, sino que supone una involución de los progresos regulatorios alcanzados en los últimos 15 años, en la conformación de unos servicios públicos

---

84 Juan Miguel De La Cuétara Martínez y Raquel Noriega Sandberg. El Proyecto de Ley Argentina de Servicios Públicos, *Análisis Crítico, Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*. Lexis-Nexis. Buenos Aires, 2005, p. 218.

de calidad, eficientes, asequibles<sup>85</sup> y que garanticen la cohesión social.

El conjunto de ambigüedades que caracterizan el texto legislativo genera una enorme inseguridad jurídica en los operadores jurídicos y económicos que actualmente prestan servicios públicos bajo las distintas técnicas contempladas en el ordenamiento jurídico, pues no establece cómo se ejecutará la transición de la gestión privada hacia la gestión pública y de qué manera se producirán las indemnizaciones económicas a que tienen derecho los actuales operadores privados de los servicios que se pretenden estatizar, lo que deberá efectuarse conforme a los principios de justa indemnización e interdicción de la confiscación<sup>86</sup>.

---

85 *Ibid.* p. 253.

86 *Ibid.* p. 226. Si bien el artículo 116 de la Constitución establece que “No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes”, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en sentencia 956, de 25 de mayo de 2007, a través de una medida cautelar en un proceso de amparo constitucional, autorizó al gobierno a proceder a la confiscación de las antenas de transmisión de Radio Caracas Televisión -quien no es parte en ese proceso-, a partir del momento que se produjese el cierre, -ordenado por el Presidente de la República, el 28 de diciembre de 2006, en la Academia Militar-, luego de 53 años de transmisiones ininterumpidas de dicha empresa de difusión de televisión en señal abierta, lo que ocurrió el día 27 de mayo de 2007, a las 11:59 p.m. El contraste entre la norma constitucional transcrita y la sentencia mencionada pone en evidencia no sólo la violación de los artículos 115 y 116 Constitución, sino que de conformidad con los artículos 22 y 23 de la propia Constitución, también se han violado los artículos 17.1 y 17.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 21.1 y 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Sobre este asunto, pueden leerse los comentarios de Allan R. Brewer-Carías, El juez constitucional en Venezuela como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: El Caso RCTV. Consultado en original. 2007.

La propuesta legislativa supone el regreso a los monopolios legales<sup>87</sup>, en efecto, a través de la ley se pretende asumir la responsabilidad plena de los servicios públicos, pues se establece la gestión directa y exclusiva del Estado.

Ello implica la supresión de la libertad de empresa, de la libre y leal competencia, de los derechos de propiedad sobre las instalaciones e infraestructuras necesarias para prestar los servicios y por supuesto, al no haber pluralidad de ofertas, al existir un único operador, desaparece la libertad de elección de los usuarios, que únicamente deben concretarse a escoger entre recibir o no el servicio existente.

La desaparición de la competencia no incentiva la investigación técnico-científica, ni la innovación tecnológica, por el contrario fomenta que se efectúe el mantenimiento mínimo para garantizar la operatividad de la gestión, aunque de manera casi estática, realizando la prestación esencial del servicio público.

Los usuarios tienen desconfianza de la gestión estatal de los servicios públicos, porque en el pasado han visto como bajo ésta, la pluralidad de ofertas de los servicios ha sido mínima y la calidad se deteriora, disminuyendo significativamente cada vez más, los mayores niveles de satisfacción de sus necesidades.

La gestión estatal surge bajo la sombra de un pasado ineficiente en la prestación de los servicios públicos, que de repetirse producirá un aumento de los costos de prestación, lo que se trasladará a los usuarios a través de un aumento de los precios que deben pagar por los servicios y ello se proyectará en la economía nacional mediante la generación de una mayor inflación.

Finalmente, debe señalarse que el regreso al Estado prestacional hace innecesaria la existencia de las autoridades reguladoras

---

87 Allan R. Brewer-Carías, "Introducción al régimen jurídico de las nacionales en Venezuela, *Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela*. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Vol. 3, Tomo 1, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981. p. 41.

autónomas del poder político y del poder económico, pues ambos poderes convergen en una sola persona, el prestador estatal del servicio público<sup>88</sup>.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

Lo dicho conduce a plantear la necesaria regeneración de los servicios públicos, lo que supone deslastrarse de la concepción tradicional de dicha institución y replantear su resurgimiento, adecuado a la economía social de mercado que reconoce la Constitución, en la cual debe desenvolverse la libertad de empresa<sup>89</sup>.

Es así como podría entenderse que la calificación de una actividad como servicio público no predetermina la exclusión o restricción de la libertad de empresa, es decir, que el empleo de la expresión servicio público efectuada por la Constitución o la ley, no es en si misma contraria a las libertades económicas, lo que realmente puede restringir la libertad de empresa es el marco regu-

---

88 Como simple referencia, basta señalar que la separación entre el operador político (Ministro de Telecomunicaciones e Informática) y el ente técnico regulador (Comisión Nacional de Telecomunicaciones) ha desaparecido en la práctica porque el director general de éste simultáneamente el Ministro. Pero también ha desaparecido la separación entre uno de los operadores económicos (CANTV estatizada desde el 21 de mayo de 2007) y el ente regulador, en virtud de la designación como uno de los directores de las empresas del Estado prestadora de servicios de telecomunicaciones al gerente general de operaciones del ente regulador, quien desempeña dos funciones que legal y éticamente son incompatibles. Si bien se aspira que esta situación sea corregida con la prometida reestructuración del gobierno en el año 2008, no hay que hacerse muchas ilusiones, porque el Decreto de designación de ministros de 4 de enero de 2008, ha permitido conocer que la Presidente de la CANTV ha sido designada Ministro de Telecomunicaciones e Informática, *Gaceta Oficial* n° 38.843, de 4 de enero de 2008. De mantenerse las cosas como estaban, podrían concurrir de manera poca afortunada en una misma persona, el cargo político de Ministro de Telecomunicaciones e Informática, el cargo técnico de director general del ente regulador de las telecomunicaciones y el cargo empresarial de Presidente del operador económico estatal de las telecomunicaciones.

89 Se recomienda de José Ignacio Hernández G, *Nacionalización y Libertad de Empresa*, en esta misma obra. pp. 69-121.

latorio legal, que en su conjunto, configura la actividad que ha sido denominada como servicio público.

Lo expuesto permite afirmar, que la declaración de servicio público que le otorga la Constitución a determinadas actividades económicas como la energía eléctrica, los hidrocarburos gaseosos, el agua potable y saneamiento, no excluye por si misma la libertad de empresa de los particulares, si bien queda implícita la posibilidad de restricción, nunca procederá la supresión absoluta, por ser ello contrario a los principios de progresividad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en la propia Constitución.

Por ello, aún cuando la Constitución señale que determinados servicios públicos son competencia del Estado, debe reconocerse que la atribución de tal competencia en cuanto a su regulación, no constituye al servicio en exclusividad de éste y excluyente de la iniciativa privada, en virtud de lo cual resulta perfectamente posible que la ley regule el ejercicio de la libertad de empresa, en la prestación de estos servicios públicos competitivos.

Es por ello que el legislador, sin desconocer la calificación “formal” de servicios públicos mencionada en la Constitución, debería alejarse de la regulación decimonónica, si se prefiere tradicional de los servicios públicos, conforme a la cual la responsabilidad en la prestación del servicio reposa de manera exclusiva en el Estado, excluyendo en principio el ejercicio de cualquier iniciativa privada y en caso que él decida convocar a los particulares para participar en la gestión, lo que ni siquiera se asoma en el proyecto de ley aprobado en primera discusión por el Parlamento, éstos quedarán condicionados en la explotación de la actividad, a obtener el otorgamiento de una habilitación administrativa constituida por una concesión temporal, que se convierte en el título para la gestión en régimen de monopolio legal, dentro de un mercado cautivo y en ejercicio de derechos exclusivos de explotación.

En los ordenamientos jurídicos de los países que tienen un auténtico Estado social y democrático de Derecho, actualmente se apuesta de manera resuelta porque la ley establezca la extinción de la *publicatio* genérica y por ende de los derechos de explotación

exclusiva y en régimen de monopolio que ostentaba el operador estatal, lo que implicará el reconocimiento de la presencia de varios operadores que ejercerán la libertad de empresa y que supone el traslado de la responsabilidad de la gestión de la actividad económica denominada “servicio público” a los operadores privados, que para explotarla requieren una habilitación administrativa de autorización y que únicamente estarán obligados a realizar las actividades estrictamente esenciales, disputándose el mercado entre sí y en los casos que la libre competencia en el mercado no sea capaz de satisfacer las necesidades básicas de las personas, se encontrarán sujetos a que potencialmente se le establezcan obligaciones de servicio universal, que deberán soportar y prestar en las condiciones que determine el ente regulador de conformidad con la ley, en cuyo caso concurrirá el régimen de financiación mediante la formación competitiva de precios, en las actividades que son claramente disputables, con el régimen de financiación mediante tarifas de las actividades que se prestan bajo la modalidad de servicio universal.

La Constitución exige del legislador que se realice una interpretación sistemática y armónica de ella, mediante la cual se garantice la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, sin menoscabo del ejercicio de la libertad de empresa de los operadores privados, quienes podrán concurrir con los operadores públicos, lo que conduciría a que se produzca una reforma de la legislación de inspiración decimonónica, por una que sea acorde con la realidad social y cultural del mundo democrático actual.

Llegado este momento cabe preguntarse ¿Qué importancia tiene entonces la calificación de una actividad como servicio público, cuando se encuentra sometida a un régimen de regulación para la competencia? La relevancia consiste en que la declaración de servicio público -superado el modelo tradicional- viene dada por la presencia del interés general en una actividad económica cualificada y de gran relevancia para la sociedad, interés que exige y justifica la intervención del Poder Público para regularla, ordenarla, controlarla y supervisarla, debiendo explotarse la misma, en ejercicio de la libertad de empresa en régimen de libre competencia, pero sin desatender la obligación de satisfacer las necesidades básicas de todas

las personas, para que puedan vivir con dignidad y alcanzar el libre desarrollo de su personalidad, en un entorno de cohesión social, solidaridad e igualdad, lo que otorga a dicha obligación una vocación universal y progresiva<sup>90</sup>.

El nuevo Derecho de los servicios públicos competitivos debe ser el reflejo de la evolución histórica –no de una regresión– que ha experimentado el Estado social y democrático de Derecho, que se encuentra en el tránsito de un Estado productor de bienes y prestador de servicios (*Estado prestacional*) hacia un Estado regulador (*Estado de garantía de prestaciones*). Corresponde al operador jurídico afrontar el reto de efectuar el análisis de dicha evolución histórica y tener plena conciencia de la realidad social que le ha correspondido vivir, para contribuir a la construcción del nuevo modelo de regulación para la competencia en la actividad de los servicios públicos, en el contexto de la Sociedad del Conocimiento.

---

90 Víctor R. Hernández-Mendible, “Los servicios públicos competitivos y la libertad de empresa”, *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 346.

## NACIONALIZACIÓN Y LIBERTAD DE EMPRESA

José Ignacio Hernández G.\*

---

\* Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de Derecho Económico de la Universidad Monteávila. Profesor Invitado del Instituto de Estudios Superiores de Administración.



## I. INTRODUCCIÓN

La nacionalización no es un concepto jurídico, sino político. Alude a unas de las formas de intervención del Estado en la economía, en concreto, a aquella intervención que sustituye la iniciativa privada por la iniciativa pública. Política que tuvo incluso carta de naturaleza en la *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*, cuyo artículo 2, en su literal "c", reconoce que todo Estado tiene derecho de:

"[...] nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes"

A través de la nacionalización el Estado transforma su actuación de *limitación* en una actividad de *prestación*, en tanto asume la gestión de actividades que otrora se encontraban en manos de los particulares. Como política de Estado, nace a comienzos del siglo pasado con el advenimiento de la Revolución Rusa y se expande luego en Europa y América con dos visiones muy distintas: como mecanismo de apropiación del Estado sobre los medios de producción y como instrumento de fortalecimiento de la economía<sup>91</sup>.

---

91 Entre 1917 y 1939 la política de nacionalización tuvo un explícito fundamento en la ideología comunista y en la tesis de la propiedad pública o colectiva sobre los medios de producción social. Luego de la Segunda Guerra Mundial, su fundamento fue pragmático, basado en la presencia del Estado como mo-

Los fundamentos en uno y otro supuesto son muy distintos, como distinto es el contexto dentro del cual la nacionalización es implementada. Así, tal política puede llevarse a cabo con la intención de transformar el *sistema económico*, pasando de un sistema basado en la propiedad privada y libertad económica a otro, regido por la iniciativa pública y la propiedad pública sobre los medios de producción social. La nacionalización puede también desenvolverse con un fin más pragmático: fomentar la intervención pública en la economía a través de la creación de un vasto sector empresarial público, pero sin menoscabar la propiedad privada y la libertad económica como pivotes del sistema económico. En esta última expresión, la nacionalización deriva en una suerte de *capitalismo de Estado*.

Sea cual fuere su fundamentación, la nacionalización siempre se traduce un efecto común: transferencia de actividades económicas privadas a la Nación, entiéndase, a los órganos del Poder Público o a las organizaciones que representan el interés colectivo o social, como los trabajadores o los usuarios. De allí que la nacionalización implica, siempre, la afección de dos derechos fundamentales.

El *primer* derecho afectado es la libertad económica o libertad de empresa. Los particulares, que son libres de emprender actividades económicas conforme a su autonomía privada, quedan excluidos de determinada área del quehacer económico, que es asumida exclusivamente por la Administración. Hay, pues, una clara

---

tor para la reconstrucción de la economía europea. Véase Konstantine Katzarov, *Théorie de la Nationalisation*, Editions de la Baconnière, Suiza, 1960, pp. 1 y ss. En relación con la experiencia inglesa en nacionalizaciones, luego de la Segunda Guerra Mundial, vid. Villar Rojas, Francisco, *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 52 y ss. Véase también los trabajos de Leinemann, Volker, "Las nacionalizaciones como experiencia contemporánea" y de Briceño Matute, Sálvano, "Las nacionalizaciones contemporáneas", ambos en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones. Tomo I*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Volumen 3, 1972-1979, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 189 y ss.

sustitución de la iniciativa privada por una iniciativa pública o colectiva.

El *segundo* derecho afectado es la propiedad privada. Quienes emprenden libremente actividades económicas pueden explotar los bienes de su propiedad con fines empresariales. Pues bien, esa explotación queda relegada en las actividades nacionalizadas, en tanto en éstas la propiedad privada es suplantada por la propiedad pública o colectiva.

De la empresa privada se pasa entonces a la empresa nacionalizada que, se advierte, no es siempre una empresa pública. Así, las actividades nacionalizadas pueden ser asumidas directamente por el Estado, a través de empresas públicas. Pero también tal gestión puede ser asumida por particulares que representen intereses colectivos, como es el caso de los trabajadores o los consumidores, caso en el cual la gestión de la empresa nacionalizada respondería a modelos de cogestión o autogestión. Cabe incluso la gestión de las actividades nacionalizadas por empresas mixtas<sup>92</sup>.

El objeto de estas reflexiones es adentrarnos en el concepto jurídico de nacionalización a partir de la dimensión que ésta ha tenido en Venezuela, especialmente en épocas recientes, a partir de su incidencia en la iniciativa privada empresarial.

## II. EL CONCEPTO DE NACIONALIZACIÓN. SU RELACIÓN CON LAS TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA Y CON LA INICIATIVA ECONÓMICA PRIVADA

### 1. *Hacia un concepto jurídico de nacionalización*

No existe, ciertamente, un concepto unívoco de nacionalización, en tanto no se trata de un concepto jurídico sino político. La nacionalización es, ante todo, una política que puede instrumentarse a través de varios instrumentos jurídicos, con lo cual no hay, tampoco, una sola manifestación de la nacionalización.

---

92 Konstantine Katzarov, *Théorie de la Nationalisation*, cit., pp. 235.

Conviene entonces pasar revista por los principales conceptos de nacionalización que desde el Derecho se han ensayado, para luego dar nuestra posición al respecto.

A. *Nacionalización, socialización y socialificación: la posición de García-Pelayo*

La nacionalización, como explica Manuel García-Pelayo<sup>93</sup>, se inserta en un movimiento de mayor envergadura caracterizado por la dilución de lo *privado* en lo *público*, de lo *individual* en lo *social*. Sobre esta premisa, García-Pelayo distingue varios conceptos afines:

-Por un lado, define el autor el término *socialización*, que en sentido restringido:

“[...] es equivalente a la socialización de empresas y significa, por lo pronto, el paso de la propiedad de éstas de los individuos a la sociedad”

Pero este principio parte -y esto es fundamental explicarlo- de la contraposición existente entre sociedad y Estado. La sociedad, abstracta, precisa ser concretada en grupos que representen a los diversos intereses que se dan cita en los procesos productivos, incluyendo al propio Estado como representante del interés general:

“Por otro lado, la sociedad, tomada en su conjunto, es un ente abstracto, que adquiere realidad concreta mediante su estructuración en grupos e instituciones, y, en consecuencia, es necesario precisar cuáles de estos grupos han de asumir la propiedad y gestión de una empresa para que ésta pueda llamarse socializada. De acuerdo no sólo con el sentido de la palabra socialización, sino también con la literalidad surgida en torno a este problema, podemos entender por socialización la gestión de las empresas por grupos de las categorías interesadas en la producción: representantes de los obreros y técnicos, de los consumidores y del Estado”

---

93 “Sobre los supuestos y consecuencias de la socialización”, en *Obras Completas*. Tomo III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 2387 y ss.

No debe confundirse la presencia del Estado en los procesos de socialización. Este no interviene como *potentior persone* sino en representación del interés general presente en la actividad socializada, y de allí que su participación debe desenvolverse conjuntamente con la iniciativa popular de la sociedad<sup>94</sup>.

-Precisamente lo anterior cobra relevante al momento de definir *estatización*:

“[...] en sentido restringido, estatización significa el paso al Estado y, por extensión, a las corporaciones públicas, de la propiedad y gestión de empresas económicas”

Al igual que la socialización, la estatización entraña la reducción de la empresa privada. Sin embargo, aquí esa reducción opera sobre la base de la asunción de la empresa por el Estado directamente y no por la sociedad.

-La nacionalización, para García-Pelayo, equivaldría a estatización -puesto que el Estado es la personificación jurídica de la Nación- o como socialización -pues las empresas pasan a propiedad de la Nación, es decir, a la sociedad organizada. Sin embargo, advierte -y con razón- que no deja de ser un término confuso “pues la nación sólo puede actuar a través del Estado o de los grupos sociales concretos”.

-Con sentido diferente a las anteriores expresiones, García-Pelayo alude a la *socialización*, es decir, a la explotación de la empresa mediante la acción coordinada de los trabajadores, mediante la división del trabajo.

Estas cuatro expresiones implican, como decíamos, la reducción del ámbito de la empresa privada. Reducción de la acción in-

---

94 Como explica el mismo autor, la presencia del Estado “es necesaria no sólo por su calidad de representante de los intereses generales de la sociedad, sino también porque toda socialización amplia ha de reposar sobre un plan económico general cuya vigilancia -al menos- ha de corresponder al Estado. La socialización supone, pues, propiedad colectiva, gestión combinada y autonomía, aunque no independencia, con respecto al Estado” (p. 2392).

dividual de la empresa y su sustitución por una acción colectiva, sea por el Estado, por la sociedad e incluso mediante la división y cooperación del trabajo. Sobre la base de este punto de coincidencia García-Pelayo emplea la expresión “desprivatización”:

“[...] se trata de conceptos diferentes, y, sin embargo, todos ellos, la socialización, la estatización, en sentido amplio y restringido, y la nacionalización, en cualquiera de sus significados, tienen una nota homogénea, a saber, la desprivatización. En la medida en que producamos pensamientos y conductas socializados, dejamos de manifestar los que nos son privativos...”

La expresión empleada por García-Pelayo es ilustrativa pero, en la actualidad, puede generar indebidas confusiones. En efecto, para el momento en el que aparece publicado el trabajo que comentamos (1950) no se había acuñado -al menos no en su sentido actual- el término *privatización*<sup>95</sup>. De allí que pudiera concluirse que la socialización o la estatización entraña el proceso de reversión de la privatización, cuando en realidad no se trata de fenómenos exclusivos de empresas privatizadas sino de empresas privadas.

Lo que caracteriza en realidad el fenómeno descrito por García-Pelayo es la pérdida de la individualidad de la empresa ante procesos de colectivización referidos no sólo al Estado, sino también a la sociedad, a los trabajadores e incluso a los propios accionistas. Ello hace que este fenómeno resulte en exceso amplio al abarcar a procesos que poco -o nada- tienen en común, como la nacionalización de empresas o la apertura del capital social de una empresa al mercado de valores. Lo que subyace, en todo caso, es un profundo proceso de transformación del Derecho Mercantil que se ha acentuado con rasgos notables en la actualidad<sup>96</sup>.

---

95 Sobre este concepto, véase lo que tratamos en Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, IESA-FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 103 y ss.

96 Como señala, entre otros, José Massaguer, “El Derecho Mercantil ante las transformaciones político-sociales. Una aproximación”, en A.A.V.V., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

## B. La nacionalización desde la doctrina francesa

La nacionalización es figura de amplio tratamiento en el Derecho francés. Se le define como la *operación por la cual el Estado retira autoritariamente de personas privadas la propiedad sobre las empresas, la cual ingresa al sector público*. Con cobertura en el artículo 34 de la Constitución<sup>97</sup>, ha sido definida por el Consejo de Constitucional, en fallo de 19 de enero de 1984, como la *transferencia de la propiedad de una empresa como resultado de una decisión del Poder Público que los propietarios están obligados a tolerar*<sup>98</sup>.

Notar que el acento se coloca en la transferencia de la propiedad privada al Estado, pero en relación con la propiedad puesta al servicio de la explotación de la empresa. En palabras de Jean Rive-ro<sup>99</sup>:

“[...] la nacionalización tiene por objeto transferir a la colectividad nacional la propiedad de una empresa o grupo de empresas privadas, con el fin de sustraerlas a la dirección capitalista y de organizar su gestión según las exigencias del interés general”

Se trata, en todo caso, de una *operación compleja* que es el resultado de una decisión unilateral y autoritaria del Estado, lo que la aproxima a la *expropiación*<sup>100</sup>. Para algunos autores se trata, en realidad, de una especie de expropiación. Señala Vedel que la nacionalización<sup>101</sup>:

---

97 Dispone el artículo 34 que la “ley fijará asimismo las normas referentes (...) a las nacionalizaciones de empresas y transferencias de la propiedad de empresas del sector público al sector privado”.

98 Pierre Devolvè, *Droit public de l' économie*, Dalloz, Paris, 1998, pp. 652 y ss.

99 *Derecho administrativo*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pp. 524 y ss.

100 Como luego se acotará, se debe distinguirse entre la *decisión de nacionalizar* y su *ejecución*. La primera es una decisión unilateral del Estado, y por ende, imperativa. Sin embargo, una vez acordada la nacionalización ésta podrá materializarse de manera consensuada, como sucede también con la expropiación y la figura del arreglo amigable.

101 *Derecho Administrativo*, Aguilar, Buenos Aires, 1980, p. 634.

“[...] es la expropiación por el Estado de la empresa; pero recae sobre un conjunto de bienes, de derechos y de obligaciones, sobre una *universalidad* (...) el fin de la nacionalización es sustituir una gestión capitalista por una gestión no capitalista”

Sin embargo, retoma la doctrina francesa la discusión sobre el sujeto que lleva adelante esta operación, en tanto la filosofía de la cual se inspira la nacionalización es que la propiedad pasa a la Nación, no al Estado.

### C. *La nacionalización desde la doctrina italiana*

La Constitución de Italia, en su artículo 43, alude a la colectivización (*collettivizzazioni*)<sup>102</sup>, es decir, la institución jurídica por medio de la cual bienes o actividades productivas son traspasados a los Poderes Públicos<sup>103</sup>. Esta política puede ser asumida por diversos entes político-territoriales, pudiendo derivar en procesos de *estatización*, *municipalización*, *regionalización*, etc. Otra distinción se establece en función del ente que asume la actividad: si se trata de un ente público, estaremos ante una *nacionalización*; además, la colectivización puede desenvolverse como un proceso de *socialización*, en el cual la actividad es asumida por colectividad organizada<sup>104</sup>.

M.S. Giannini estudia la institución a partir de la idea de la reserva originaria de la empresa (*riserva originaria d'impresa*)<sup>105</sup> y la asunción singular de la empresa (*assunzione singolare di imprese*), o reserva no originaria. La primera *se refiere a aquella actividad produc-*

---

102 Según el artículo 43, la “ley podrá, con finalidades de interés general, reservar a título originario o transmitir mediante expropiación y con indemnización al Estado, a entes públicos o comunidades de trabajadores o de usuarios determinadas empresas o categorías de empresas que exploten servicios públicos esenciales o fuentes de energía o situaciones de monopolio y tengan carácter de interés general predominante”.

103 Máximo Severo Giannini, *Diritto Pubblico Dell' economia*, Il Molino, Bologna, 1999, p. 133.

104 El propio artículo 43, precitado, da cobertura a estas diversas modalidades. La socialización procedería cuando las empresas son transferidas a comunidades de trabajadores o de usuarios.

105 *Diritto Pubblico Dell' economia*, cit., pp. 93 y ss.

*tiva que no es explotada por empresa alguna; la segunda comprende a actividades que son atendidas por empresas, caso en el cual la colectivización impone la expropiación de tales empresas. Necesariamente, y por imperativo constitucional, la colectivización sólo procede respecto de ciertas actividades: servicio públicos esenciales, fuentes de energías o actividades en situaciones de monopolio, siempre y cuando afecten un interés general predominante.*

Las actividades que son colectivizadas pueden ser emprendidas de tres maneras distintas:

-En *primer* lugar, mediante un “órgano empresa” o un “ente público empresarial”, es decir, a través de una gestión directa asumida por la propia Administración o por un ente descentralizado con forma empresarial.

-En *segundo* lugar, la actividad afecta a la colectivización puede ser gestionada por la iniciativa privada a través de la concesión, en concreto, la concesión de servicio público o la concesión de construcción (*concesión di costruzione*). Ello es relevante pues la colectivización no aniquila la iniciativa privada: se proscribía la libre iniciativa privada, reconocida en el artículo 41, pero se admite la iniciativa privada bajo concesión.

Este supuesto engarza con la figura de la reserva originaria. No sucede así con la asunción singular de la empresa privada<sup>106</sup>. Esta asunción opera sobre sectores no colectivizados, en los cuales la empresa es gestionada en virtud de la libre iniciativa privada. Dicha asunción procede únicamente por las razones técnicas plasmadas en el artículo 43 constitucional, norma que pretende reducir la valoración política en la adopción de esa decisión. Esta asunción particular puede ser llevada a cabo a través de dos mecanismos. Primero, mediante procedimientos de Derecho Público, mediante la expropiación; además, de manera voluntaria, mediante la cesión de acciones al Estado<sup>107</sup>. Al tratarse de una asunción singular, ella

---

106 *Dirito Pubblico Dell' economia*, pp. 159 y ss.

107 *Dirito Pubblico Dell' economia*, cit., p. 138.

puede versar sólo sobre una empresa privada, la cual pasará a ser empresa pública en concurrencia con el resto de operadores privados que desplieguen su iniciativa en ese sector. Asimismo, la asunción puede afectar a categorías de empresas.

En todo caso, ella implica siempre la afección de empresas privadas<sup>108</sup>. Esta asunción se ha justificado sobre la base de los siguientes objetivos perseguidos por el Estado:

-Por un lado, se pretende controlar la conducta especulativa que se inhibiría mediante la presencia del Estado en el sector. En similar sentido, la presencia del Estado “tiende a romper” conductas anticompetitivas de las empresas privadas que concurren en el sector. Es por ello que la asunción se ha justificado para desplegar el control del mercado.

-Además, la asunción persigue incentivar el desarrollo tecnológico del sector, mediante las inversiones procuradas por el ente público que asume la empresa.

-En relación con ello, la asunción singular pretende fomentar la asistencia técnica dentro del sector.

-Hay además una función de fomento y estímulo: la Administración promueve la fundación de nuevas empresas a través de la empresa cuya gestión ha asumido

#### D. *La nacionalización desde la doctrina española*

La doctrina española ha estudiado la figura de la nacionalización sobre la base de las contribuciones de la doctrina francesa e italiana, antes analizada por nosotros. En general, la nacionalización se inscribe dentro de la reserva al sector público de recursos y servicios esenciales, previsto en el artículo 128.2 de la Constitución

---

108 Giannini aporta la siguiente definición: “nell’ assunzioni da parte di un publico potere di un’ attività oroduttiva di beni o di servizi, non collettivizzata, senza eliminazione di altri imprenditori -in particolare privati- e quasi sempre senza che l’ attività sia retta da norme di privilegio” (p. 159).

española<sup>109</sup>. En concreto, Sebastián Martín-Retortillo Baquer distingue entre la reserva originaria y la reserva sucesiva: ésta implica el cese o sustracción de actividades, derechos o intereses hasta entonces de carácter privado, en tanto la reserva implica la decisión por medio de la cual el Estado sustrae a determinada actividad de su realización por el sector privado. La diferencia es colocada por el autor en función a la indemnización debida: si el sector público asume “empresas y titularidades privadas que venían operando en el ámbito al que se refiere la reserva, es evidente el derecho a la indemnización como consecuencia de la expropiación que se lleva a cabo”<sup>110</sup>.

Es precisamente sobre la base del citado artículo 128.2 que la doctrina ha analizado los mecanismos a través de los cuales se materializarían las nacionalizaciones. La nacionalización se instrumental, pues, a través de la reserva que debe versar sobre “sectores económicos globales y no sobre empresas individualizadas”, lo cual distingue a estas nacionalizaciones de aquellas que pueden ejecutarse al amparo del artículo 43 de la Constitución italiana.

De allí se aparece el principio general conforme al cual toda nacionalización aparece indemnización<sup>111</sup>. No obstante, es posible diferenciar la reserva de la nacionalización.

---

109 Dispone el artículo 128.2 de la Constitución de España que “se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

110 *Derecho Administrativo Económico*, Tomo I, La Ley, Madrid, 1991, pp. 255 y ss. Véase en similar sentido a Luis María Cazorla Prieto, “Artículo 128”, en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 43 y ss. En general, sobre el tratamiento dado en España a la reserva, véase lo que exponemos en nuestro libro *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, cit., pp. 336 y ss.

111 Fernando Díez Moreno, “Libertad de empresa e iniciativa pública en la actividad económica”, en *El sistema económico en la Constitución española*, Volumen I, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 238 y ss.

Para Gaspar Ariño Ortiz<sup>112</sup>:

“[...] se entiende por nacionalización aquella operación mediante la cual la propiedad de unos bienes, o de un determinado tipo de bienes o factores de producción, o una empresa o grupos de empresas, se transfiere a la colectividad con el fin de sustraerla de la dirección capitalista. Este concepto (...) refleja dos elementos definatorios de las nacionalizaciones: por una parte, la transferencia de la propiedad de unos bienes o factores de producción, organizados o no en empresas, que pasan a la titularidad estatal; por otra, la finalidad de sustraer dichos bienes y la actividad que sobre ellos reposa, a la iniciativa y gestión privadas, para someterlas a la dirección y control estatal”

Y es al socaire de este concepto que escinda la diferencia entre nacionalizaciones y reservas:

“[...] reservas y nacionalizaciones no son conceptos coincidentes, aunque sí próximos. No toda reserva lleva consigo necesariamente transferencia de propiedad de los medios de producción al titular de la actividad, que es la esencia de las nacionalizaciones (...) la reserva es una operación jurídica más aséptica y su alcance último puede ser diferente, según como se instrumente la posterior gestión. Con la reserva se trata sencillamente de constituir un *título de potestad particularmente intenso* sobre la actividad o sector de que se trate (...) las nacionalizaciones, por el contrario, no son sólo una mera operación técnica, jurídica o económica. No pretenden sólo un cambio en la gestión empresarial el marco de un mismo sistema económico, ni -aunque otra cosa se diga- tiene una finalidad puramente económica o comercial (...) sino que, en opinión unánime de los teóricos del tema, persiguen un objetivo más amplio y profundo: la transformación del orden económico y social”

Este condicionante político es realizado por Ariño: las nacionalizaciones -escribe- son producto de las ideas socialistas, y con ellas el “socialismo pretende sencillamente sustituir el sistema. Las nacionalizaciones son el instrumento adecuado, insustituible, para alcanzar tal meta. Se pretende acabar con la economía capitalista, presidida por la idea del beneficio, en una sociedad individualista,

---

112 *Economía y Estado: Crisis y Reforma del Sector Público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 127 y ss.

desigual e insolidaria, que debe ser sustituida por una nueva sociedad en la que reine la igualdad y en la que los intereses individuales estén al servicio de los intereses colectivos". La crisis de este modelo tradicional -imperante sólo en la Europa del Este bajo la dirección de la extinta Unión Soviética- ha hecho de las nacionalizaciones, en la actualidad, una política más pragmática, que pretende "asegurar el control público sobre sectores esenciales a la colectividad o la seguridad nacional"<sup>113</sup>.

Finalmente, es preciso advertir que el encaje de la nacionalización en el artículo 128.2 de la Constitución es posible sólo si se afirma que la reserva afecta incluso la gestión de la actividad<sup>114</sup>. La reserva afecta la titularidad de la actividad pero puede también incidir sobre su gestión, proclamando una gestión exclusiva del Estado, lo que entrañará la proscripción de las empresas privadas que operaban en el área objeto de la *publicatio*<sup>115</sup>.

---

113 Continúa Ariño con la siguiente advertencia: "las razones, inicialmente ideológicas, fueron más tarde pragmáticas y en ningún momento el socialismo se planteó, con ellas, un cambio de sistema (...) la idea nacionalizadora ha entrado en profunda crisis en los últimos años..." (p. 134).

114 Tomás de la Quadra-Salcedo, "La Constitución económica en España", en Alzaga Villamil, Oscar (director), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo X, Edersa, Madrid, 1998, pp. 65 y ss. La discusión se ha planteado principalmente en torno al concepto de servicio público. Sobre ello, véase el fundamental artículo de F. Garrido Falla "El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público", en *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 29, Madrid, 1981, pp. 228 y ss.

115 La *publicatio* era la técnica del Derecho romano a través del cual un bien era extraído del tráfico comercial para sumirlo en un tráfico excepcional bajo el dominio del Estado. La frase fue acuñada por Villar Palasí, para referir al acto mediante el cual el Estado asume la titularidad de una actividad excluyéndola del tráfico privado, y de allí su sinónimo con la expresión reserva ("La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", en *Revista de Administración Pública*, nº 3, Madrid, 1950, pp. 6 y ss). Además de lo expuesto más adelante, véase lo que exponemos en José Ignacio Hernández G., *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*, cit., pp. 340 y ss.

E. *La nacionalización desde la doctrina mexicana*

En Latinoamérica las nacionalizaciones han sido igualmente objeto de estudio, a partir de las referencias que ofrecen los sistemas de Francia e Italia. Novoa Monreal, en México, con ocasión del estudio de la llamada nacionalización de los hidrocarburos en Venezuela, ha desarrollado conceptualmente la figura<sup>116</sup>.

De esa manera, Novoa Monreal parte de la distinción entre reserva y nacionalización<sup>117</sup>:

“[...] la reserva al Estado es algo diferente de una nacionalización. Mediante la institución jurídica de la reserva se precisa un ámbito de bienes, actividades o servicios que en el futuro no van a poder continuar en el dominio o ser explotados, ejercidos o atendidos por los particulares y en el cual solamente será admitida la propiedad o la actuación del Estado (...) en consecuencia, una reserva al Estado de actividades o servicios solamente impide que éstos puedan ser realizados por los particulares y nada presupone por sí misma acerca del destino futuro de los bienes con que éstos pudieron llevarlos a efecto”

Sobre la base de ello, Novoa Monreal pasa a distinguir la reserva de la nacionalización en los siguientes términos:

“[...] el sentido y el efecto propio de una nacionalización, consiste en sustraer actividades de producción o de distribución del ámbito del sector privado que los está realizando, en la adquisición por la Nación de los elementos materiales necesarios para desarrollar esa actividad económica y en la prosecución de esas actividades en el futuro por órganos del Estado bajo directivas estatales y en interés nacional. (...) la reserva de actividades económicas al Estado tiene un efecto mucho más amplio que la mera prohibición a ciertos productores o distribuidores de bienes de continuar en su actividad concreta actual y, a su vez, esta última prohibición no es sino uno de los ingredientes que integran una nacionalización”.

---

116 Antes nos hemos referido a la posición de este autor en José Ignacio Hernández G., *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 481 y ss.

117 Novoa Monreal, *La nacionalización petrolera en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1979, pp. 75 y ss.

Con un criterio similar al sostenido por B. Sansó, y al cual se hará referencia después, Novoa Monreal apunta a que la nacionalización es más que la sumatoria aislada de diversas operaciones jurídicas. Por el contrario, la nacionalización precisa de tres elementos concurrentes: la sustracción de la actividad afectada de la libre iniciativa privada; la transferencia al dominio del Estado de los bienes y elementos explotados por los empresarios privados y la explotación de esos bienes y elementos por el Estado. La nacionalización, para el autor, es entonces un “acto gubernativo de alto nivel, destinado a un mejor manejo de la economía nacional o a su reestructuración, por el cual la propiedad privada sobre empresas de importancia es transformada, de manera general e impersonal, en propiedad colectiva y queda en dominio del Estado (bien sea directamente, bien sea a través de órganos especiales que lo representan), a fin de que éste continúe la explotación de ellas según las exigencias del interés general”<sup>118</sup>.

Novoa resume, así, los distintos elementos que se funden a fin de dar cabida a un concepto con contenido propio: la nacionalización, que entrañará siempre la reserva al Estado; la asunción de bienes de propiedad privada y la gestión pública.

#### F. *La nacionalización en la doctrina venezolana*

La principal doctrina venezolana que estudió la nacionalización lo hizo a partir de los procesos llevados a cabo en la década de los setenta, apreciándose una evidente inclinación a favor del carácter expansivo de esa técnica de intervención. Ello tiene una clara explicación. A consecuencia de la amplia intervención del Estado en la economía, como hemos advertido en otro lugar, la doctrina se inclinó por reconocer la amplitud de esa intervención en contraposición al carácter maleable y relativo de la libertad económica. La intervención pública en la economía -afirmaba la doctrina de la época- no tenía límites, en tanto la libertad de empresa era, tan só-

---

118 *La nacionalización petrolera en Venezuela, cit.*, pp. 8 y 9.

lo, una mera expectativa<sup>119</sup>. Estas consideraciones deben ser tenidas en cuenta al estudiar la posición de la doctrina venezolana sobre la nacionalización.

Allan R. Brewer-Carías<sup>120</sup> sostiene que la nacionalización es un proceso conformado por tres aspectos: “transferencia de empresas privadas a empresas públicas; transferencia de la propiedad privada a entes públicos, a la colectividad, a la Nación; y esta operación, por razones de interés general o de conveniencia general de carácter político”<sup>121</sup>. De allí la siguiente definición:

“[...] la nacionalización de empresas, es decir, la obligatoriedad impuesta a todas las empresas que operan en ciertas áreas o sectores de la economía que el Estado se reserva por razones de conveniencia nacional, de transferirle a éste la propiedad de las mismas, mediando indemnización”

Gustavo Urdaneta Troconis, en este mismo sentido, puso en evidencia la equivocidad del término<sup>122</sup>, lo que le llevó a identificar los elementos identificadores de esta política. En *primer* lugar, debe suponer la exclusión “total de una categoría de bienes o de actividades económicas, según los casos, del ámbito de aplicación posi-

---

119 Véase sobre ello lo que tratamos en José Ignacio Hernández G., *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, cit., pp. 38 y ss.

120 “Introducción al régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela”, en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones*. Tomo I, cit., pp. 23 y ss. Este volumen recoge las ponencias presentadas por diversos profesores en el seminario “El régimen jurídico de las nacionalizaciones” en los curso de postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, y constituye, a no dudarlo, el aporte más importante realizado entre nosotros sobre este tema.

121 Del autor puede verse igualmente “El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela”, en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979.

122 “Algunos aspectos teóricos de las nacionalizaciones”, en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones*, cit., pp. 45 y ss. Conviene recordar que, para el autor, la libertad de empresa es un derecho “relativizado, vulnerable, limitado”. Ello refleja la situación práctica de la libertad de empresa sometida -entonces- a un prolongado régimen de restricción de su garantía formal.

ble del derecho de propiedad privada o de la libertad económica de los particulares”. Además, y en *segundo* lugar, precisa la “transferencia forzosa al Estado de ciertos otros bienes y derechos relacionados con los bienes o actividades objeto de la exclusión”, lo que denota la amplitud con la cual la institución era tratada. Sin embargo, advierte Urdaneta Troconis que las diferencias prácticas de la nacionalización permite dudar del “carácter esencial y propio” de estos elementos y, por ello, de la existencia de una “figura jurídica única, autónoma y diferenciable”<sup>123</sup>. Incluso, se ha llegado a postular la necesidad de reducir el empleo del término al proceso a través del cual la República asume competencias de otros entes político-territoriales (A. Rodríguez García)<sup>124</sup>.

Sobre la base de estas conclusiones, Ana Elvira Araujo y Magdalena Salomón de Padrón rechazaron que la nacionalización sea figura de arraigo en Venezuela, sistema que conoce de otras técnicas similares pero con diferencias sustanciales: la reserva y la expropiación<sup>125</sup>. Salomón de Padrón, recientemente, ha señalado que

---

123 Se inclina Urdaneta Troconis por distinguir una *noción amplia* de nacionalización, basada en la idea de la “desprivatización”, a la que antes hicimos alusión al tratar la posición de García-Pelayo. Asimismo, esboza una *noción restringida* de nacionalización, como el mecanismo “para lograr la desprivatización de bienes, derechos y actividades de contenido económico”. Véase en ese mismo sentido a Armando Rodríguez García, “Delimitación jurídica de la nacionalización en el Derecho Venezolano”, en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones*, *cit.*, pp. 113 y ss.

124 “Delimitación jurídica de la nacionalización en el Derecho Venezolano”, *cit.*, p. 123.

125 “Estudio comparativo entre la nacionalización y la reserva, la expropiación, la confiscación, la requisición y el comiso”, en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones*, *cit.*, pp. 125 y ss. Posteriormente, y por separado, las autoras han vuelto sobre este planteamiento. Véase así a Magdalena Salomón de Padrón, “Las exclusiones de la libertad económica: nacionalización y reserva”, en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randpolh Brewer-Carías. El Principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica*, Tomo I, FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 307, así como “La libertad económica y su regulación. Exclusiones. La ordenación jurídico administrativo de la libertad económica”, en el Tomo II de ese libro, FUNEDA, Caracas, 2005, pp. 19 y ss.

la suma de estas dos figuras no puede dar lugar a una institución nueva que sería la nacionalización: querer aplicar en este sentido una simbiosis jurídica –sostiene– sería “forzar la identidad de las instituciones jurídicas”<sup>126</sup>.

Por su parte, González Berti propone como concepto de nacionalización la “figura jurídica compleja, en virtud de la cual, mediante un acto de soberanía, ciertos bienes, actividades o derechos de propiedad particular se transforman en propiedad pública bajo el control del Estado para su más cumplido aprovechamiento”<sup>127</sup>. Y en este sentido, se refiere a la definición aportada por Benito Sansó<sup>128</sup>, que es, para nosotros, la más adecuada:

“[...] reserva, apropiación de los bienes y gestión pública, son por lo tanto las tres fases mediante las cuales se realiza el proceso de nacionalización de determinadas actividades económicas. Las tres fases son esenciales para que se verifique un verdadero proceso de nacionalización”

Nótese cómo la doctrina venezolana se debate en torno al concepto de nacionalización. Para algunos se trata de una figura con contenido propio; otros niegan su conceptualización jurídica mientras que una tercera corriente se inclina por asumir el concepto de la nacionalización a partir de la conjunción de otras dos figuras: reserva y expropiación. La realidad del ordenamiento positivo venezolano, como tendremos oportunidad de analizar, se inclina por última visión.

---

126 “Las exclusiones de la libertad económica: nacionalización y reserva”, *cit.*, p. 336.

127 *La nacionalización de la industria petrolera venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 124 y ss. A diferencia de la tesis mantenida por Ana Elvira Araujo y Magdalena Salomón de Padrón, González Berti sostiene que la nacionalización se compone de la suma de diversos actos jurídicos.

128 *Aspectos jurídicos de la nacionalización de la industria del hierro en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977, pp. 13-14, citado por Luis González Berti, *La nacionalización de la industria petrolera venezolana*, *cit.*, p. 126.

### G. Nuestra posición en torno al concepto de nacionalización

Lo primero que debe señalarse es que la nacionalización no es en Venezuela un concepto jurídico sino político, y ello explica que no se trate de una institución de recibo en el ordenamiento jurídico positivo. Se trata, pues, de una política asumida por el Estado y que marca una especial relación con el orden económico: la nacionalización implica, ante todo y sobre todo, la asunción en la dirección de actividades económicas que quedan por ende sustraídas de la libre iniciativa privada. Implica, en última instancia, la decisión del Estado de sustituir la autonomía privada empresarial por la conducción *directiva* de la actividad afecta a ese proceso.

El signo que identifica a la nacionalización es, pues, la sustitución de la libre iniciativa empresarial por la iniciativa del Estado o del colectivo. En efecto, esa sustitución puede operar a favor del Estado (entiéndase, a entes del sector público) o a particulares representativos del interés general (sociedad organizada, trabajadores o usuarios, por ejemplo), pero siempre por decisión del Estado<sup>129</sup>.

Las actividades nacionalizadas no son gestionadas ya en virtud de la autonomía privada sino como consecuencia de las decisiones adoptadas por el Estado o por el colectivo, con lo cual el Estado acude de esa manera a la técnica más drástica -no necesariamente más efectiva- de control sobre actividades económicas. Cómo se instrumenta esa política es, si quiere, baladí. Lo relevante es la decisión que ella entraña: sustitución de la autonomía privada *individual*<sup>130</sup> por la iniciativa pública o colectiva<sup>131</sup>.

---

129 Tan sólo conviene apuntar, aquí, la similitud entre la nacionalización mediante la transferencia de empresas privadas al colectivo, y la figura del *beneficiario* de la expropiación. Luego se volverá sobre esta idea.

130 Autonomía privada individual. No puede dejar de olvidarse que la libertad de empresa surge, históricamente, como una reacción a los gremios y corporaciones, o sea, como una reafirmación de lo individual frente a lo colectivo (José Ignacio Hernández G., *Derecho Administrativo y Regulación Económica, cit.*, pp. 111 y ss.). La nacionalización supone el proceso inverso: reafirmación de lo colectivo frente a lo individual.

Ya desde una perspectiva más técnica, la nacionalización puede ser concebida como la política económica arbitrada por los Poderes Públicos mediante la cual éstos asumen la titularidad de actividades económicas y la propiedad de las empresas privadas que ejercían esas actividades, siempre con la intención antes apuntada. Esta noción técnica, en todo caso, no es exclusiva: el carácter coactivo de la nacionalización, aun cuando es una premisa, no constituye un dogma irrefutable, en tanto el fin perseguido por esta política puede alcanzarse a través de operaciones de compra venta, como luego tendremos ocasión de apuntar<sup>132</sup>.

Podríamos entonces señalar que, desde esta perspectiva técnica, la nacionalización admite dos conceptos: uno propio y el otro impropio.

-En sentido *propio*, la nacionalización presume la asunción coactiva de empresas privadas al Estado con la intención de sustituir la autonomía privada empresarial por la iniciativa pública o colectiva. De allí que no parece válido simplificar el término nacionalización a partir de la sola sumatoria de dos operaciones: reserva y expropiación, como luego se verá. La nacionalización, se insiste, entraña siempre un elemento volitivo por parte del Estado, una opción por la preferencia de la gestión pública sobre la gestión privada. De allí que no toda adquisición coactiva de empresas priva-

---

131 La clave del concepto de nacionalización, en nuestra opinión, reside entonces en la supresión de la autonomía privada empresarial, que es la quintaesencia de la libertad de empresa. Véase lo que exponemos en José Ignacio, Hernández G., *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas, cit.*, pp. 340 y ss.

132 La nacionalización, escribe Katzarov, implica la transferencia al Estado de ciertas actividades o ramas de la economía o de ciertas empresas que son de importancia fundamental. La nacionalización parte del supuesto según el cual hay ciertas actividades que no pueden abandonarse a la libre iniciativa privada (Konstantine Katzarov, *Théorie de la Nationalisation*, pp. 196 y ss.) Empero, sostiene el autor que la nacionalización responde a un *acto supremo de Gobierno*, dando con ello a entender que la nacionalización siempre se realiza a través de instrumentos de Derecho Público, lo que eventualmente podría implicar la sustracción de ese acto del control judicial. Obviamente, esta última referencia no es de recibo en Venezuela, dado que todos los órganos del Poder Público, sin excepción, se someten al control judicial.

das supone es consecuencia de una decisión *nacionalizadora*: la llamada *estatización* de instituciones financieras, prevista en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras deriva en la adquisición privada del capital social de empresas privadas, pero no revela la decisión de nacionalizar tales instituciones.

-En un sentido impropio, la nacionalización engloba a todas las operaciones que, con idéntica finalidad y motivaciones, prescinde del carácter *coactivo*. Pero de nuevo se advierte que no toda adquisición voluntaria de empresas privadas por el Estado entraña una decisión de nacionalizar: esa adquisición puede deberse, por ejemplo, a situaciones extraordinarias, como sucedió entre nosotros con la crisis financiera de 1994, a propósito de la cual el Estado adquirió -voluntariamente- instituciones financieras, que luego fueron traspasadas al sector privado.

Este último supuesto implica admitir un hecho incontestable: para cumplir con su función vicarial la Administración puede acudir a instrumentos de Derecho Privado, que en nada afecta el contenido de la actividad administrativa. Así, para nacionalizar determinada área del quehacer económico, sustituyendo la iniciativa privada por la iniciativa pública, puede la Administración acudir a figuras del Derecho Privado, como la compra-venta de acciones de una sociedad mercantil.

De allí surge como elemento consustancial de la nacionalización la *permanencia*: la empresa afectada por esta política pasará, con carácter permanente -que no transitorio- a una gestión pública o colectiva, de forma tal que a través de esa política se alcanza la sustitución de la empresa privada gestionada autónomamente por el empresario a la empresa de gestión pública o colectiva.

Los instrumentos de la nacionalización son intrascendentes de cara a la definir esa política, cuya esencia viene determinada por la sustitución de la iniciativa económica individual por la iniciativa económica colectiva. Estamos, pues, frente a una técnica de intervención pública en la economía.

## 2. *La nacionalización como técnica de intervención pública en el marco de la Constitución económica*

Como toda política económica, la nacionalización debe necesariamente encuadrarse dentro del marco de la Constitución económica. Nos corresponde analizar, ahora, el estudio de la nacionalización como técnica de intervención pública en el marco de la Constitución económica, lo cual nos permitirá determinar si la nacionalización es o no una política cónsona con la vigente Constitución.

### A. *La nacionalización dentro de las técnicas de intervención pública en la economía*

Frente a la tradicional y rígida distinción que apunta a distinguir la *forma* de la actividad administrativa en actividad de fomento, de policía, de servicio público y de gestión económica, se impone la visión alemana -más simple y por ello más precisa- entre actividad de prestación y actividad de limitación, referible a la Administración económica. De allí que quepa hablar de una Administración de limitación y una Administración de prestación.

La intervención pública en la economía, llevada a cabo por la Administración -la Administración económica- cabe reconducirla a esos dos esquemas: limitación de actividades económicas y gestión de actividades económicas. La primera actividad se inscribe dentro de la ordenación del sistema económico, y aquí cabe efectuar otra distinción bipartita: esa ordenación recae sobre actividades económicas que pueden ser realizadas por los particulares en virtud de la libertad económica o sobre actividades económicas en las cuales dicha libertad ha quedado suprimida en virtud de la *reserva* acordada. Pero incluso en el primer caso, las actividades entregadas a la libre iniciativa privada pueden ser llevadas a cabo, también, por la iniciativa pública económica, en virtud del principio de co-iniciativa. Hay pues, sólo dos actividades económicas: las actividades que pueden ser llevadas a cabo por particulares en ejercicio de la libertad de empresa y por el Estado, o actividades que sólo pue-

den ser llevadas a cabo por el Estado, directamente o a través de particulares<sup>133</sup>.

La actuación de la Administración económica, en cualquiera de las manifestaciones antes expresadas, debe inscribirse necesariamente dentro del *marco jurídico fundamental de la economía* delineado por la Constitución, es decir, la llamada Constitución económica. Ese marco jurídico fundamental se compone de *límites máximos* y *límites mínimos*, dentro de los cuales pueden implementarse diversos modelos económicos, incluso de signo político contrario, como apuntara Sebastián Martín-Retortillo Baquer<sup>134</sup>. Ese marco jurídico fundamental, compuesto por límites máximos y mínimos tiene una connotación teleológica, un *techo ideológico* que en Venezuela, según doctrina reiterada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, implica la constitucionalización del *sistema de economía social de mercado*<sup>135</sup>.

Atendiendo a las cláusulas económicas de la Constitución de 1999, hay que señalar que el marco jurídico fundamental del sistema económico presupone la concurrencia de la iniciativa económica privada, así como de la iniciativa económica pública, a fin de ofrecer bienes y servicios de calidad a los consumidores y usuarios, en procura de la satisfacción de la *justicia social*, principio finalista anclado expresamente en la cláusula del Estado social y en la promoción de condiciones reales de igualdad, que no meramente formales, como proclama el artículo 21 de la Constitución. La intervención del Estado quedó ampliamente habilitada en el Texto de 1999, a fin de gestionar directamente actividades económicas –bajo las mismas reglas que las que informan a la iniciativa privada– e incluso, a fin de ordenar y limitar el ejercicio de la libertad económica, así como la propiedad privada puesta al servicio de la explotación de una empresa. Esas limitaciones pueden consistir en me-

---

133 Se sigue lo tratado en José Ignacio Hernández G., *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, cit., pp. 126 y ss.

134 *Derecho administrativo económico*, cit., pp. 77 y ss.

135 Entre otras muchas, véase sentencia de la Sala Constitucional de 1º de octubre de 2003, caso *Parkimundo*.

didadas que restrinjan el ejercicio de la libertad económica y la propiedad privada y, en caso extremo, medidas que proscriban ambos derechos, a través de la reserva y la expropiación, contempladas en los artículos 302 y 115 de la Constitución<sup>136</sup>.

Que dentro del sistema económico constitucionalizado quepan políticas económicas de distinto alcance no implica que en la práctica, *cualquier* modelo pueda ser implementado. Dentro de la limitada flexibilidad de la Constitución económica de 1999 no cabe cualquier modelo: sólo podrán los Poderes Públicos implementar los modelos que se ajusten a los límites máximos y mínimos que la Constitución prevé. Esos límites pueden ser clasificados desde diversas perspectivas:

-Por un lado, el modelo económico no puede implicar restricciones ilegítimas a los derechos económicos reconocidos. Básicamente, la intervención pública del Estado limitando el ejercicio de la libertad económica y la propiedad privada debe ajustarse a tres tipos de *garantías jurídicas*: la *garantía formal*, en lo que respecta al

---

136 Ha sido amplia la literatura que en Venezuela se ha ocupado del análisis de la Constitución económica de 1999. Entre otros, puede verse a Badell Madrid, Rafael "La Constitución económica", en *Revista del Banco Central de Venezuela* n° 1, Volumen XIV, Caracas, 2000, pp. 151 y ss.; Allan Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano, Tomo II*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 818 y ss.; Alfredo De Stefano Pérez, "La Constitución económica y la intervención del Estado en la economía", en *Estado constitucional y Derecho Administrativo en Venezuela. Libro Homenaje a Tomás Polanco Al-cántara*, Estudios del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, pp. 255 y ss.; Víctor Hernández-Mendible, "La regulación económica", *Estudios de Derecho Público. Tomo II*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 691 y ss.; Rodolfo Magallanes, "La Constitución económica de la República Bolivariana de Venezuela", en *El sistema político en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Vadell Hermanos, Valencia-Caracas, 2004, pp. 517 y ss.; Henrique Meier, "La Constitución económica", en *Revista de Derecho Corporativo*, volumen 1, número 1, Caracas, 2001, pp. 15 y ss.; Ana Cristina Núñez, "Los principios económicos de la Constitución 1999", en *Revista de Derecho Constitucional*, n° 6, Caracas, 2002, pp. 129 y ss. y Hildegard Rondón de Sansó, *Ad imis fundamentis. Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2000, pp. 241 y ss. Nuestra posición en José Ignacio Hernández G., *Derecho Administrativo y Regulación Económica, cit.*, pp. 27 y ss.

anclaje legal suficiente que ha de tener toda medida de ordenación y limitación; la *garantía del contenido esencial* de esos derechos y, finalmente, el respeto a las *garantías materiales* que propenden a racionalizar la intervención de ordenación y limitación<sup>137</sup>.

-Junto a esos límites subjetivos, hay también límites objetivos. La libertad económica y la propiedad privada no sólo son derechos subjetivos, sino que además, según ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, constituyen *garantías institucionales*, es decir, instituciones que garantizan el sistema económico constitucionalizado. Ello implica que la intervención pública en la economía no puede erradicar la existencia de operadores económicos privados ni la existencia de la propiedad privada: sin perjuicio de las limitaciones subjetivas a esos derechos, la intervención pública debe respetar la existencia de ambas *instituciones*, en tanto ellas garantizan el sistema de economía social de mercado. La intervención pública orientada a proscribir la existencia de los operadores económicos del mercado, mediante su sustitución por operadores económicos públicos, o la intervención orientada a sustituir la propiedad privada por la propiedad pública sobre los medios de producción -entiéndase, la propiedad empresarial- implicaría desconocer dos instituciones que perfilan el sistema económico constitucionalizado<sup>138</sup>.

---

137 Véase José Ignacio Hernández G., *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*, cit., pp. 155 y ss.

138 La tesis de la doble condición de la libertad económica y la propiedad privada como derechos subjetivos e instituciones jurídicas es propia de Europa, pero ella ha sido trasladada al Derecho venezolano. Véanse así las sentencias de la Sala Constitucional de de 6 de abril de 2001, caso *Manuel Quevedo Fernández*) y de 24 de febrero de 2006, caso *Municipio Baruta del Estado Miranda contra la sentencia n° 2005-834 dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 26 de julio de 2005*. El que la libertad de empresa y la propiedad privada, como derechos fundamentales, cuenten con un contenido esencial, implica que los Poderes Públicos no podrán adoptar restricciones que hagan nugatorio el ejercicio de esos derechos, vulnerando la autonomía con la que han de actuar los operadores económicos privados. No caben, tampoco, restricciones arbitrarias al ejercicio de la libertad económica o libertad de empresa.

B. *La nacionalización y la iniciativa privada en la Constitución de 1999*

Ahora bien, la nacionalización, como antes fuera definida, no constituye en sí misma una política contraria a la Constitución de 1999. En realidad, la asunción de actividades económicas gestionadas en virtud de la libertad de empresa por el Estado, con carácter permanente, sea de manera coactiva o de manera voluntaria, es una de las varias políticas que pueden ser ejecutadas en el marco de la flexibilidad que informa a la Constitución de 1999.

Son varias las normas que, en el Texto de 1999, fundamentarían la ejecución de la política de nacionalización. De esa manera, los artículos 2 y 299 constitucionales otorgan habilitación suficiente a la Administración para intervenir en la economía, bien limitando el ejercicio de actividades económicas, bien gestionando directamente tales actividades, todo ello bajo el principio rector de la cláusula del Estado social. En adición, la posibilidad de limitar el ejercicio de la libertad económica se reconoce en el propio artículo 112, con el corolario de la *reserva* al Estado de actividades económicas, que podrá ser acordada *ex* artículo 302. Lo propio cabe considerar respecto de la expropiación, prevista en el artículo 115 constitucional junto al resto de las limitaciones a la propiedad privada. Además, la iniciativa pública directa quedó expresamente reconocida en los artículos 299 y 300 de la Constitución, normas que parten del principio de co-iniciativa. Además de este análisis positivo, la nacionalización es una política que no contraría, en sí misma, al sistema de economía social de mercado constitucionalizado, desde que tal sistema parte de la presencia del Estado en la economía, incluso, gestionando actividades económicas.

Lo anterior no debe conducirnos a equívocos. Que la nacionalización no sea, en sí misma, una política contraria a la Constitución económica, no implica que esa política *siempre* se adecúe la Constitución. Hay, pues, nacionalizaciones realizadas conforme a la Constitución mientras que otras se llevarán a cabo contrariando el marco jurídico fundamental de la economía. La diferencia entre una y otra dependerá de su adecuación a los límites subjetivos y

objetivos que dimanen de la Constitución de 1999, y que antes han sido tratados. No debe olvidarse que, junto a la fórmula del Estado social, la Constitución de 1999 reconoce y garantiza también el Estado de Derecho, lo que implica que la actividad de la Administración debe siempre subordinarse a la Ley.

Veamos, pues, cuáles son los límites que la Constitución de 1999 impone a la política de nacionalizaciones:

- a. *Límites subjetivos: el necesario respeto a la libertad económica y propiedad privada. Especial referencia a la garantía de la menor intervención y la garantía indemnizatoria*

La nacionalización supone la sustitución de la libre iniciativa privada y la propiedad privada por la iniciativa pública y la propiedad pública. Esa sustitución puede ser producto de un acuerdo de voluntades o puede llevarse a cabo de manera coactiva, mediante la reserva al Estado de actividades económicas y posterior expropiación, como luego se verá.

Una y otra técnica de actuación -que encuadran con la actividad de limitación de la Administración económica- deben sujetarse al conjunto de garantías jurídicas que el ordenamiento constitucional establece a fin de proteger el ejercicio de los derechos de libertad económica y propiedad privada. Notar que la discusión no se centra ya en decidir si el Estado puede o no intervenir en la economía -discusión baladí- sino en los *límites* de esa intervención, impuestos en salvaguarda de la protección de los derechos fundamentales. En definitiva, la potestad del Estado de intervenir en el ámbito económico -como toda potestad pública- no es absoluta e ilimitada; todo lo contrario, dicha potestad se rige por la regla de la *mensurabilidad* y por el respeto a los derechos fundamentales. Pues no debe olvidarse que, en el marco de la Constitución de 1999, la libertad económica y propiedad privada son derechos fundamentales del mismo rango y valor que el resto de los derechos precep-

tuados en el Texto Fundamental<sup>139</sup>. Que se trate de derechos cuyo ejercicio pueda ser limitado por los Poderes Públicos con intensidad variable, no desdice la conclusión aquí apuntada: son auténticos derechos fundamentales cuya protección asume el Estado, según el artículo 19 de la Constitución de 1999. El respeto y garantía de los derechos humanos resulta una auténtica obligación para los órganos del Poder Público.

Libertad económica y propiedad privada han tenido, sin embargo, un tratamiento un tanto minusvalorado, principalmente, por la vieja reminiscencia que ve cierta oposición entre los derechos forjados al amparo del Estado liberal y el advenimiento del Estado social<sup>140</sup>. Esa oposición ha sido ampliamente superada ya. Como resume Jaime Rodríguez-Arana Muñoz<sup>141</sup>:

“[...] en modo alguno se procede como tantas veces se argumenta una oposición libertad-igualdad. Todo lo contrario, en la medida en que el Estado “tolere” o en su caso potencie, el libre desarrollo de la personalidad en igualdad de condiciones hacia una mayor dignidad de la persona, resulta que combinación libertad-igualdad aparece en relación de complementariedad”

No cabe cuestionar la limitación de la libertad económica y la propiedad privada a resultas de la implementación de la política de nacionalización. Lo que se exige es que esa limitación respete el conjunto de *garantías jurídicas* en su vertiente subjetiva, referidas principalmente a la garantía formal -que exige que la nacionalización se implemente según lo establecido en la Ley- y las garantías formales, cuya última consecuencia es que la regla que impone que

---

139 No conoce el Derecho Constitucional venezolano la diferente gradación de los derechos subjetivos reconocidos en la Constitución, a diferencia de otros ordenamientos como el español.

140 Sobre ello véase José Ignacio Hernández G., “Estado social y ordenación constitucional del sistema económico venezolano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Tomo I, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Montevideo, 2006, pp. 261 y ss.

141 “Los derechos fundamentales en el Estado social y el Derecho Administrativo constitucional”, en *Revista de Derecho Público* n° 101, Caracas, 2005, p. 53.

los derechos económicos individuales deben ser afectados con la menor limitación posible, es decir, el principio de *menor intervención*. La sentencia de la Sala Constitucional de 19 de julio de 2005, caso *Festejos Mar*, concluyó así que “*las regulaciones legales disponen limitaciones a la actividad económica, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social (...) como excepción a la regla, que es la libertad*”.

El principio de menor intervención se vincula estrechamente con otra garantía material, cual es el *fin de interés general* que ha de insuflar a la nacionalización. Esa política debe orientarse a cumplir un fin de interés general que puede entreverse del artículo 302 constitucional, como luego se vera: la nacionalización versa sobre actividades cuya estrechísima vinculación con la soberanía aconseja su control por parte del Estado. De tal manera, para asegurar el efectivo respeto a la libertad económica y la propiedad privada, la nacionalización debe ser la única herramienta a través de la cual puede alcanzarse tal fin, pues de existir otra herramienta que afecte en menor medida la libertad económica y la propiedad privada, será ésa la herramienta que deberá ser implementada por el Estado, siguiendo la doctrina de la Sala Constitucional condensada en la sentencia de 19 de julio de 2005.

En otras palabras, la nacionalización, como mecanismo coactivo de adquisición de la propiedad privada y de privación de la libertad económica, sólo se justifica en la medida que no exista otro instrumento que, afectando en menor medida a esos dos derechos, cumpla satisfactoriamente el fin de interés general perseguido. Ello evidencia la importancia de la *motivación* de los actos del Poder Público a través de los cuales se implemente la nacionalización y de manera especial, la importancia de la *participación ciudadana* en la adopción de tales medidas, como modalidad del derecho de participación reconocido en el artículo 62 constitucional, todo lo cual abona por la *transparencia* de las medidas de nacionalización que puedan adoptarse.

La garantía de la menor intervención, en el contexto en el que ha sido expuesta, opera *antes* de la adopción de la nacionalización.

Una vez implementada ésta, entra en juego otra garantía asociada a la libertad económica y la propiedad privada: la justa indemnización de las privaciones singulares derivadas de la política de nacionalización. Aun cuando la indemnización ha sido limitada por la doctrina sólo a consecuencia de la *expropiación*, lo cierto es que, más allá de ese supuesto, la nacionalización como toda política del Estado, debe quedar sujeta al principio general que insufla al artículo 140 constitucional, cual es la responsabilidad patrimonial del Estado, de manera especial, por privación singular –o sacrificio particular- del derecho de libertad económica y propiedad privada. Luego volveremos sobre este aspecto.

b. *Límites teleológicos: el fin de interés general que justifica la iniciativa pública directa*

Si la sustitución de la libertad económica y propiedad privada por la iniciativa pública directa y la propiedad pública no procede de manera coactiva sino voluntariamente –cesión voluntaria del capital social de la empresa privada, por ejemplo- las garantías previamente analizadas no tendrán plena operatividad, en tanto no estamos ante técnicas de limitación coactiva de derechos fundamentales. Ello no quiere decir, sin embargo, que el Estado puede libremente adquirir empresas privadas a fin de ejercer su iniciativa pública directa.

Existen diferencias notables entre la iniciativa pública y la libre iniciativa privada. Básicamente, la primera es consecuencia de la *habilitación* reconocida por la Constitución al Estado en función del interés general; la segunda es consecuencia del ejercicio de la libertad económica. Esa libertad, por ende, es privativa de los particulares, no así del Estado. De lo anterior deriva otra diferencia fundamental: la iniciativa pública sólo puede ejercerse para satisfacer el interés general; la libre iniciativa económica puede ejercerse *libremente*. Ello puede resumirse en la siguiente expresión: la iniciativa pública, a diferencia de la iniciativa privada, no es *libre*. El concepto de *libertad* queda proscrito en el ámbito del Poder Público como lógica manifestación del principio de legalidad. En definitiva, la

noción vicarial de la Administración que pregona el artículo 141 constitucional es referible también a la *empresa pública*, la cual ha de servir con objetividad a los intereses generales con subordinación plena a la Ley y al Derecho.

De allí deriva una conclusión básica, fundamental: el ejercicio de la iniciativa pública *no es libre*. Antes por el contrario, esa iniciativa *sólo* puede ejercerse en la medida que exista un interés general que justifique la actividad de prestación en los términos del artículo 141 constitucional. El interés general como garantía de protección de la libertad económica y propiedad privada se traduce aquí en el interés general que justifica la intervención de la Administración gestionando directamente actividades económicas. La sentencia del Tribunal Supremo de España de 10 de octubre de 1989 (Ar. 1989\7352), afirmó en este sentido que:

“[...] mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean ilícitos (artículo 38 de la Constitución), todas las actuaciones de los Órganos de la Administración Pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir (art. 103.1 de la Constitución), tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el art. 31.2 de la propia Constitución también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y de economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación”

La sentencia concluye que “la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública (debe ser) una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación”. Tal conclusión es referible también al Derecho positivo venezolano. La vinculación con el interés general deriva del artículo 141 constitucional, mientras que el artículo 300 acota que la iniciativa pública directa deberá asegurar la “razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellos se inviertan”, lo cual justifica la sujeción de las empresas públicas al sistema de *control fiscal* con el triple sentido en el que éste queda configurado: asegurar que el uso de los recursos públicos se adecue

a la Ley; asegurar la correcta gestión de la empresa pública y propender al control social sobre la empresa pública.

Incluso cuando la nacionalización sea ejecutada mediante la adquisición voluntaria de empresas privadas por el Estado, el interés general exige que esa intervención se desarrolle para atender, con eficiencia y eficacia, un fin de interés general que no puede ser atendido cabalmente por la iniciativa privada, corolario derivado de la garantía de menor intervención que juega, aquí también, rol relevante.

c. *Límites institucionales: la libertad económica y propiedad privada como instituciones*

La intervención pública en la economía a resultas de la nacionalización, limitando la libertad económica y la propiedad privada, así como prestando directamente actividades económicas, debe respetar el *marco institucional del sistema económico constitucionalizado*. En otros términos, esa intervención no puede lesionar la *vertiente institucional* de la libertad económica y propiedad privada, lo que entraña la proscripción de la sustitución *en bloque* de esas instituciones, en tanto ello desfiguraría el sistema económico que ha sido constitucionalizado.

Este límite es cuantitativo, no sólo cualitativo. El sistema económico previsto por la Constitución es aquel en el que coexista la libertad económica y la propiedad privada con la iniciativa pública y la propiedad pública. La nacionalización no puede entrañar la sustitución general y en bloque de la libertad económica por la gestión pública ni la propiedad privada por la propiedad pública.

### III. LA EXPERIENCIA DE LA NACIONALIZACIÓN EN VENEZUELA Y SU INCIDENCIA EN LA INICIATIVA PRIVADA

El carácter multívoco de la expresión *nacionalización* ha sido puesto en evidencia en Venezuela, pues bajo la denominación de *nacionalización* se han implementado en Venezuela políticas económicas de signo común (preferencia de la iniciativa pública por sobre la iniciativa privada) pero instrumentadas de manera bastan-

te disímil. Generalmente las referencias se sitúan en la nacionalización del petróleo, gas y hierro. Hay, en todo caso, algunos antecedentes relevantes que convendría sistematizar.

#### 1. *Algunos antecedentes relevantes*

En 1936 la Administración, considerando la importancia de la “nacionalización de los muelles”, autorizó mediante Decreto la “formalización” del convenio celebrado por el “Ejecutivo Federal con el representante de *The La Guaira Harbour Corporation Ltd.*, y al otorgamiento del documento de adquisición del activo de la empresa Compañía extranjera”. Se trató, pues, de un mecanismo voluntario de adquisición de una empresa privada por el Estado<sup>142</sup>. Otro ejemplo notable fue la adquisición, en 1953, del control decisivo sobre la empresa Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), controlada entonces por una empresa extranjera. Existen, también, notables antecedentes de nacionalizaciones coactivas.

Así, en 1946 se acuerda la expropiación de todos los bienes y derechos del *Gran Ferrocarril de Venezuela*, asumiendo la Administración la gestión directa de las actividades desarrolladas por esa empresa privada mediante el Instituto Autónomo de Administración de Ferrocarriles del Estado. En 1946 se acordó también la *nacionalización* de los aeropuertos propiedad de *Línea Aeropostal Venezolana*<sup>143</sup>.

También se apreciaron supuestos de nacionalizaciones acordadas como sanción. En concreto, nos referimos al Decreto N° 176, *por medio del cual se nacionalización los bienes pertenecientes a ciudadanos de nacionalidad alemana y japonesa, como reparación de los daños causa-*

---

142 Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* n° 19.125 de 1 de diciembre de 1936, tomado de *Régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela*, Tomo 2, *cit.*, pp. 870 y ss.

143 Véase Novoa Monreal, *La nacionalización petrolera en Venezuela*, *cit.*, pp. 11 y ss. De igual manera, véase a Haydeé Barrios de Acosta, “Antecedentes históricos y la nacionalización de servicios públicos y del hierro”, en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones*, Tomo I, *cit.*, pp. 343 y ss.

dos a Venezuela en el curso del último conflicto bélico<sup>144</sup>. Empero, más que nacionalización, se trató de una verdadera confiscación de los bienes descritos en el artículo 1 de dicho Decreto.

Como se ve, se trata de antecedentes más bien tangenciales. Lo cierto es que la intervención pública directa del Estado venezolano, a través de la creación del vasto sector público empresarial que subsiste hoy día, no fue consecuencia de procesos de nacionalización –coactivos o amigables– sino de la simple fundación de empresas públicas, de manera afianzada, luego de 1958. Ciertamente, la creación de tales empresas se llevó a cabo mediante instrumentos de Derecho Público: la expropiación o la confiscación, por ejemplo, resaltando además, en este sentido, la confiscación de los bienes pertenecientes a Juan Vicente Gómez<sup>145</sup>. No obstante, los procesos de nacionalización, entre nosotros, se han reducido a sectores puntuales: gas natural, hidrocarburos y hierro.

## 2. La nacionalización del gas natural

En 1971 es dictada la *Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural* (LREIGN)<sup>146</sup>, por medio de la cual el Estado se reservó la industria del gas proveniente de yacimientos de hidrocarburos (artículo 1), la cual será ejercida por la Administración, salvo lo dispuesto en Ley especial (artículo 2). Dicha reserva, sin embargo, no afectó la gestión de la actividad, al menos no de manera absoluta, en tanto los concesionarios podrían seguir realizando las actividades objeto de la concesión, debiendo en todo caso entregar al Estado, mediante pago, el gas producido en sus operaciones (artículo 3). La Ley permitió al Estado decidir si asumía directamente la

---

144 *Gaceta Oficial* n° 168 de 6 de febrero de 1946, en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela*, Tomo 2, *cit.*, pp. 872 y ss.

145 Señala Garrido Rovira que la confiscación de los bienes de J.V. Gómez permitió el “comienzo del moderno Estado empresario venezolano” (*Temas sobre la Administración Descentralizada en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984 p. 68).

146 *Gaceta Oficial* n° 29.594 de 26 de agosto de 1971.

gestión de esas actividades, mediante pago de la justa indemnización (artículo 8).

Aun cuando se ha endilgado, a esa Ley, su carácter “nacionalizador”<sup>147</sup>, lo cierto es que no hubo una afección directa a la gestión privada de las actividades amparadas por la Ley. Como entendiera la Corte Suprema de Justicia en Pleno de 23 de abril de 1991, caso *Lagoven*, el propósito de la LREIGN no fue la de proscribir la iniciativa privada en el sector, sino la de dirigir el uso dado al gas natural explotado, con lo cual, la iniciativa privada convivió en ese sector luego de la reserva, con la limitación prevista en el comentado artículo 3.

### 3. *La nacionalización de la industria y comercio de los hidrocarburos*

La política de nacionalización de mayor connotación fue la implementada en 1974, mediante la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (LOREICH). Aun cuando la expresión *nacionalización* no fue empleada en esa Ley, ella cobro realce durante las discusiones que derivaron en la promulgación de la Ley, así como los debates posteriores a ella. La importancia de esa política aconseja, por ello, su análisis detenido.

#### A. *El antecedente inmediato: la reversión de las concesiones de hidrocarburos*

La iniciativa privada en el sector de los hidrocarburos, durante el Siglo XX, se llevó a cabo sobre la *concesión de hidrocarburos* anclada en la propiedad pública sobre los yacimientos de hidrocarburos. Primero al amparo de la legislación minera, y luego, desde 1920,

---

147 En general, véase Allan Brewer-Carías, “Comentarios sobre el régimen legal de la industria y el comercio del gas como actividades reservadas al Estado”, *Revista de Derecho Público* n° 63-64, Caracas, 1995, especialmente pp. 112-127. Asimismo, *vid.* los artículos de Isabel Boscán de Ruesta, “Régimen legal del Gas”, *Revista de Derecho Público* n° 48, Caracas, 1991, pp. 5-12 y “La Administración de la industria petrolera nacionalizada y las formas de participación de personas privadas”, *I Jornadas de Oriente, La apertura petrolera, cit.*, 1997, pp. 33-48.

con su propia legislación, la concesión –entendida como contrato de Derecho Público– permitió el desarrollo de la iniciativa privada en el sector. Sucesivas reformas fueron implementadas, entre otros, con la finalidad de acotar el alcance de la iniciativa privada en el sector. La tesis según la cual la Ley que rige al contrato de concesión es siempre la vigente al momento de su celebración, impidió que esas reformas fuesen operativas. De manera especial, la reversión de los bienes afectos a la concesión no era un principio inherente a la concesión sino tan solo una mera expectativa por parte del Estado<sup>148</sup>.

El panorama cambiará drásticamente con la promulgación, en 1971, de la *Ley sobre Bienes Afectos a Reversión en las Concesiones de Hidrocarburos*. La reversión de esos bienes, identificados en el artículo 1 de la Ley, fue ordenada por el artículo 2, al disponer que esos bienes:

“[...] pasan al patrimonio nacional, libres de gravámenes y cargas y sin indemnización alguna, al extinguirse por cualquier causa las concesiones respectivas y en consecuencia, deben ser conservados y mantenidos por los concesionarios en comprobadas condiciones de buen funcionamiento, según los adelantos y principios técnicos aplicables, con el fin de asegurar la continuidad y eficiencia de las actividades concedidas y de garantizar el derecho de la Nación a resumirlas en condiciones que permitan su adecuada prestación o ejecución”.

La reversión fue consagrada ante la extinción de la concesión *por cualquier causa*. Adicionalmente, y como es tradición en la materia, la reversión procedería sin indemnización –así lo exigía además la Constitución de 1961– en el entendido que los bienes afectos a la reversión fueron amortizados por el concesionario sin que se afec-

---

148 Véase a Arístides Rengel-Romberg, “El derecho de reversión en la legislación de minas e hidrocarburos”, en *Estudios jurídicos*, Academia de Ciencia Políticas y Sociales, Caracas, 2003, pp. 283 y ss. En general, véase a Rufino González Miranda (*Estudios acerca del régimen legal del petróleo en Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1958, pp. 17 y ss. Seguiremos aquí lo que tratamos en José Ignacio Hernández G., “Evolución y situación actual de la regulación de los hidrocarburos en Venezuela”, en *Revista del Tribunal Supremo de Justicia* n° 23, Caracas, 2006, pp. 233 y ss.

tara, por ello, el equilibrio económico financiero de la concesión. A consecuencia de lo anterior tales bienes se sometieron a un especial régimen, cuya finalidad última era permitir su preservación para asegurar la continuidad de las actividades desplegadas por los concesionarios al momento de extinguirse la correspondiente concesión.

Ahora bien, la reversión es principio inherente al régimen concesional. Ella encontraba fundamento, incluso, en la Ley de Hidrocarburos. De allí que en nuestra opinión, el verdadero alcance de la *Ley sobre Bienes Afectos a Reversión en las Concesiones de Hidrocarburos* residía en otro aspecto: ella era el *preludio* a la *nacionalización* petrolera. Como plantea Luis González Berti<sup>149</sup>:

“La Ley de Reversión, al dictarse, debía reglamentar y conducir la transferencia de las actividades petroleras al Estado venezolano. En efecto, aparece dentro del campo jurídico diez años, más o menos, antes de que el principio de la reversión se hiciese realidad. Nuestras concesiones en más del ochenta por ciento debían revertir al Estado en la siguiente forma: para el año 1983, vencía el 7,98% de las concesiones; para el año 1984, el 63,28% y para el de 1985, el 10,79%”

Las concesionarias cuestionaron la constitucionalidad de la Ley de Reversión. Se sostuvo que la procedencia de la reversión -antes considerada una *mera expectativa* para el Estado- defendiéndose la intangibilidad de las condiciones en que fueron otorgadas las concesiones. Fue ése, se recuerda, el argumento tradicionalmente esgrimido por las concesionarias para cuestionar la aplicación *directa* de las reformas implementadas en el régimen jurídico de los hidrocarburos. La teoría propietarista y la concepción de las concesiones como contrato, implicaron que, en virtud de la tesis de la *Ley aplicable*, las concesiones se rigieran durante su vida por la Ley vigente al momento de su celebración. Ese argumento no sería estimado esta vez. Así, la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia de 3 de diciembre de 1974, avalaría la constitucionalidad de la Ley, considerando que la reversión era un principio inherente a la con-

---

149 Cfr., *La nacionalización de la industria petrolera*, cit., pp. 25 y ss.

cesión, resultando aplicable a todos los bienes afectos a la ejecución de la concesión, concebida como una *unidad económica*. Además, y siguiendo a González Berti, las concesiones se regían por un *estatuto objetivo*, cuyas modificaciones eran siempre de inmediata aplicación. Y en todo caso nada impedía introducir modificaciones unilaterales a la concesión, al ser ello *prerrogativa* característica de los contratos administrativos, naturaleza de la cual participaban las concesiones de hidrocarburos. Como indicara la sentencia citada<sup>150</sup>:

“De modo que los artículos 1º y 2º de la Ley sobre Bienes Afectos a la Reversión, lejos de exceder las previsiones legales atinentes a la reversión, se hallan enmarcadas en ellas y circunscritas al propósito original perseguido al otorgarse la concesión, o sea, que al final de ellas, las tierras, instalaciones y equipos y demás bienes afectos a la explotación pasarían al Estado sin indemnización alguna, para que quedara asegurada la vida de la concesión y pudiera la Nación reasumirla en condiciones que permitan la adecuada actividad de una gestión pública”.

La Ley no cumpliría, sin embargo, su efecto natural, pues las concesiones no llegaron a extinguirse por vencimiento del plazo para el cual fueron otorgadas. Tal extinción devino como consecuencia de la decisión adoptada por el Estado, en 1975, de reservarse toda la industria y el comercio de los hidrocarburos. Empero, como se verá, bajo la Ley de reserva la figura de la reversión cumplió un fin primordial, en tanto ella fue el instrumento a través del cual se alcanzó la llamada nacionalización.

#### B. *La Ley de 1975 y el alcance de la “nacionalización”*

La ordenación jurídica del sector de los hidrocarburos se asumió, a partir de 1975, sobre la base de la existencia de una reserva o *publicatio* general, de suerte que la tradicional regulación *externa* sobre el sector, montada sobre la propiedad del Estado sobre los yacimientos, fue sustituida por una ordenación *interna*. Esa es el

---

150 Véase el texto de esa decisión en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela*, Tomo 2, *cit.*, pp. 717 y ss.

signo característico de la reserva: se proscribió el ejercicio de la libertad de empresa y el Estado asume la titularidad de la actividad, cuya ordenación comienza a desplegar internamente.

El carácter amplio y general de la reserva quedó reflejado en el artículo 1 de la LOREICH:

“Se reserva al Estado, por razones de conveniencia nacional, todo lo relativo a la exploración del territorio nacional en busca de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; a la explotación de yacimientos de los mismos, a la manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento; al comercio interior y exterior de las sustancias explotadas y refinadas, y a las obras que su manejo requiera, en los términos señalados por esta ley. Como consecuencia de lo dispuesto en este artículo, quedarán extinguidas las concesiones otorgadas por el Ejecutivo Nacional y la extinción se hará efectiva el día 31 de diciembre de mil novecientos setenta y cinco.

Se declaran de utilidad pública y de interés social las actividades mencionadas en el presente artículo, así como las obras, trabajos y servicios que fueren necesarios para realizarlas.

Lo referente a la industria del gas natural y el mercado interno de los productos derivados de hidrocarburos, se rige por lo dispuesto en la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural y la Ley que Reserva al Estado la Explotación del Mercado Interno de los Productos Derivados de Hidrocarburos, respectivamente, en cuanto no colinda con lo dispuesto en la presente ley”.

Dos consecuencias jurídicas derivaron del citado artículo 1. Consecuencias que, insistimos, perfilaron los rasgos de la ordenación jurídica del sector de los hidrocarburos en su segunda etapa, abandonando definitivamente la etapa *propietarista*, basada en el aprovechamiento de los hidrocarburos por particulares a través de la concesión demanial. Esas dos consecuencias son, por un lado, la reserva integral sobre toda la industria y comercio de los hidrocarburos, y la extinción de las concesiones entonces otorgadas. La conjunción de esas dos consecuencias permitió acuñar, a la Ley, el calificativo con el cual pasará a la historia: la *Ley de nacionalización*.

En efecto, la técnica de ordenación a la cual acudió el Legislador fue la reserva, que según el artículo 5 de la LOREICH, se ex-

tendió incluso a su gestión, que debía ser una gestión pública. Al consagrarse la reserva de titularidad y de gestión, necesariamente, la concesión -como modo de gestión de las actividades ahora reguladas por la LOREICH- debían extinguirse, por imposibilidad de cumplir su objeto. Así lo previó el citado artículo 1 de la Ley de 1975, según el cual “*como consecuencia de lo dispuesto en este artículo, quedarán extinguidas las concesiones otorgadas por el Ejecutivo Nacional y la extinción se hará efectiva el día 31 de diciembre de mil novecientos setenta y cinco*”. Y operada la extinción de las concesiones, como consecuencia jurídica inmediata, y al socaire de la Ley de 1971, operaba también la reversión de los bienes afectos a esas concesiones. Así, el traspaso coactivo de los bienes afectos a las concesiones se realizaría previa indemnización calculada bajo las reglas del artículo 15. Comprendía, únicamente, el “valor de adquisición” de “las propiedades, plantas y equipos”, menos “el monto acumulado de depreciación y amortización”. La indemnización podía ser acordada de mutuo acuerdo mediante avenimiento -como en efecto sucedió- o a través del correspondiente juicio expropiatorio.

Salomón de Padrón (reiterando un estudio previo realizado junto a A.E. Araujo), sobre la base de lo anterior, cuestiona que la Ley de 1975 haya, en efecto, nacionalizado el sector. Para la autora, la adquisición de la propiedad privada fue derivada -no originaria- por lo que “en Venezuela no ha habido nacionalización, sino que los efectos producidos han sido la aplicación de la reserva, figura delineada y consagrada constitucionalmente en el ordenamiento jurídico, auxiliada por la expropiación”. Y en especial, apunta la autora que la Ley de 1975 no ordenó la transferencia de empresas privadas al Estado. Así, Salomón de Padrón y Ana Elvira Araujo concluyeron lo siguiente<sup>151</sup>:

---

151 Salomón de Padrón, Magdalena y Judith Rieber de Bentata, “Estudio comparativo entre nacionalización y la reserva, la expropiación, la confiscación, la requisición y el comiso”, en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones*, cit., pp. 125 y ss. De la primera autora, más recientemente, véase el trabajo “Las exclusiones de la libertad económica: nacionalización y reserva”, cit., pp. 309 y

“[...] volviendo al examen del régimen establecido en nuestro país a tales efectos, no encontramos ninguna norma que prevea la transferencia de las empresas trasnacionales al Estado. Esto es evidente en esta experiencia que se analiza, por cuanto estas empresas no sólo no pasaron a manos del Estado, sino que por el contrario, como personas jurídicas siguen teniendo existencia en el país, aun cuando su objeto mercantil esté más restringido”

El análisis de la LOREICH permite confirmar –parcialmente– estas conclusiones. La extinción de las concesiones sólo se materializó el 1 de enero de 1976, atendiendo al plazo fijado en el artículo 16. Durante ese período las empresas concesionarias crearon, en diciembre de 1975, trece nuevas empresas operadoras bajo la forma de sociedades anónimas, cuyas acciones fueron luego transferidas a PDVSA (creada mediante Decreto N° 1.123 de 30 de agosto de 1975), todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 6, especialmente, su base cuarta. Las nuevas empresas operadoras asumieron no sólo la operación de las concesionarias sino también su personal<sup>152</sup>.

De manera tal que, estrictamente, no hubo transferencia del capital social de las empresas privadas concesionarias al Estado. La transferencia sólo operó respecto de los bienes afectos a la concesión, como consecuencia natural de la extinción de esas concesiones acordada por el Legislador. No obstante, al tratarse de una reserva *sucesiva* puede acuñarse el término *nacionalización*. Se trató, en todo caso, de una nacionalización atípica, en tanto no medió transferencia del capital social de las sociedades concesionarias a la Administración, probablemente como mecanismo para limitar la responsabilidad del Estado frente a terceros, sesión parece derivarse del artículo 18 de la Ley.

---

ss. En especial, es obligatoria la referencia al trabajo de Novoa Monreal, *La nacionalización petrolera en Venezuela, cit.*, pp. 75 y ss.

152 Respecto del proceso de transferencia de las nuevas operadoras creadas al Estado, véase a Julio César Arreaza, “Aspectos históricos y jurídicos”, en 1976-1985 *Diez años de la industria petrolera nacional*, Tomo 2, PDVSA, Caracas, 1986, pp. 85 y ss.

La exposición de motivos de la Ley de 1975 corrobora estos planteamientos, al disponer que cuando la reserva opera -con carácter absoluto- sobre una actividad gestionada por particulares mediante título concesional, éste no puede persistir, resultando aplicable la figura de la reversión, con lo cual “además de la reserva se requiere la adquisición de los derechos remanentes de los concesionarios”. En nuestra opinión, la transferencia coactiva de los bienes afectos a las concesiones al Estado no fue una consecuencia inmediata de la reserva, sino que por el contrario fue una consecuencia de la *extinción* de la concesión. Al extinguirse ésta, por decisión del Legislador, operó de pleno derecho la reversión. De allí que, en nuestra opinión, la *nacionalización* petrolera fue el resultado de la reversión de los bienes afectos a las concesiones de hidrocarburos, al quedar éstas extinguidas por mandato legal.

Notar también que la figura de la “reversión sin indemnización” acordada ante la extinción de la concesión “por cualquier causa” no fue trasladada sin más ante la reserva sucesiva del sector. Antes por el contrario, se reconoció el derecho a indemnizar por la adquisición coactiva de los bienes afectos a las concesiones, pero únicamente respecto de la porción del valor de adquisición deducido el monto acumulado de depreciación y amortización, que es, en cualquier caso, el principio general que rige a la reversión. Al haberse acordado la transferencia coactiva de bienes de propiedad privada al Estado -transferencia que, se insiste, era aneja a la reversión- la Ley acometió, pues, la *nacionalización* de la industria petrolera, que iniciará sus actividades bajo el nuevo marco el 1 de enero de 1976. Su estructura fundamental se preserva hasta nuestros días.

#### 4. *La nacionalización del hierro*

La metodología empleada en la LOREICH fue seguida por el Decreto con rango y fuerza de Ley por medio del cual se reservó al Estado por razones de conveniencia nacional, la industria de la explotación del mineral del hierro<sup>153</sup>. El Decreto-Ley reservó al Es-

---

153 *Gaceta Oficial* n° 30.557 de 16 de diciembre de 1974.

tado la industria de la explotación del mineral del hierro, lo que afectó la gestión privada de esa actividad, al acordarse la extinción de las concesiones otorgadas por la Administración. Extinguidas las concesiones operó la consecuencia básica antes acotada, a saber, la reversión, prevista en el artículo 2 del Decreto-Ley. La reversión se realizaría de manera amistosa o mediante la expropiación<sup>154</sup>.

##### 5. *Las políticas de nacionalización recientemente anunciadas*

Desde enero de 2007 se anunció la implementación de políticas de nacionalización, específicamente, en relación con las empresas privadas del sector eléctrico y con la empresa de telefonía Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (CANTV), privatizada en la década de los noventa del pasado siglo<sup>155</sup>. Posteriormente fue anunciada, igualmente, la nacionalización de ciertas actividades anejas a la exploración y explotación de los hidrocarburos.

###### A. *La nacionalización de CANTV y la Electricidad de Caracas, C.A. (ELECAR)*

La única referencia legislativa a la nacionalización anunciada en los sectores de las telecomunicaciones y eléctrico, la encontramos en la *Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con rango, valor y fuerza de Ley, en las materias que se designan*<sup>156</sup>, que habilitó al Presidente de la República, en Consejos de Ministros, a dictar Decretos-Leyes en las amplísimas áreas incluidas en la Ley. Así, la Ley Habilitante permitió al Estado “*asumir directamente, o mediante empresas de su exclusiva propiedad, el control de las actividades realizadas por las empresas privadas en el sector eléctrico, por razones estratégicas, de seguridad, utilidad o bienestar social*”. Nótese que la Ley Habilitante, de manera específica, aludió a la *asunción* de em-

---

154 *Cfr.*, Haydeé Barrios de Acosta, “Antecedentes históricos y la nacionalización de servicios públicos y del hierro”, *cit.*, pp. 398 y ss.

155 *El Universal*, 9 de enero de 2007.

156 *Gaceta Oficial* n° 38.617 de 1 de febrero 2007.

presas privadas, que es -como vimos- el signo distintivo de la nacionalización.

Hasta ahora, sin embargo, no se ha dictado ningún Decreto-Ley que de manera coactiva ordene la nacionalización de empresa alguna. Antes por el contrario, el Estado optó por acudir a mecanismos convencionales, propios del Derecho Privado, para asumir el control decisivo sobre las empresas cuya nacionalización se había anunciado: CANTV<sup>157</sup> y ELECAR<sup>158</sup>. En efecto, el Ejecutivo logró acuerdos con el accionista mayoritario en ambas empresas, de cara a asumir el control decisivo sobre su gestión. Luego, a fin de adquirir el resto de las acciones -cotizadas en el mercado de valores- el Estado anunció e implementó una *oferta pública de acciones* (OPA)<sup>159</sup>. De igual manera, a través de la empresa Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), el Estado asumió el control decisivo sobre la empresa privada SENECA, prestadora del servicio eléctrico en el Estado Nueva Esparta, que había surgido de igual manera a través de un proceso de privatización en la década de los noventa<sup>160</sup>.

---

157 *El Universal*, 13 de febrero de 2007: "Representantes del Gobierno Nacional, y de la empresa norteamericana Verizon, firmaron anoche un memorando de acuerdo que propiciará la venta de 28,51% de las acciones de Cantv, que mantiene hasta la fecha la corporación transnacional".

158 *El Universal*, 9 de febrero de 2007: "El Gobierno y la transnacional energética estadounidense AES Corporation, suscribieron anoche un memorándum de entendimiento de nacionalización de La Electricidad de Caracas (EDC), a un mes del emplazamiento público del presidente Hugo Chávez".

159 En relación con la CANTV, véase *El Universal*, 21 de marzo de 2007: "la operación es parte de un plan de nacionalizaciones impulsado por el presidente Hugo Chávez, en el que pactó previamente la compra del 28,5 por ciento que la estadounidense Verizon posee en la firma por 572 millones de dólares, reseñó Reuters". Véase también *El Universal* del 15 de abril de 2007: "El Gobierno tiene todo listo para comprar Cantv y Elecar". Recientemente, véase *El Nacional*, 10 de mayo de 2007, página 11: "El Estado controla 86,12% del capital social de la CANTV".

160 *El Universal*, 14 de febrero de 2007: "Tras la firma el jueves de un documento que compromete la adquisición de las acciones de AES Corporation en La Electricidad de Caracas, ayer Petróleos de Venezuela y la compañía CMS Energy Corporation suscribieron un memorando de entendimiento de simi-

Atendiendo a lo expuesto anteriormente, no encontramos impedimento alguno para que, en estos casos, pueda emplearse válidamente el término *nacionalización*. La adquisición del control decisivo, ciertamente, no fue consecuencia de procedimientos de Derecho Público sino por el contrario, fue el resultado de procedimientos de Derecho Privado. Pero ello en modo alguno afecta la esencia de la nacionalización, en el entendido que no sólo las técnicas de la actividad administrativa, sino también, el régimen jurídico al cual acude la Administración es intercambiable. En definitiva, el resultado último ha sido el traspaso de empresas públicas a empresas privadas, aun cuando, se advierte, la adquisición del control decisivo de estas empresas privadas no ha sido acompañado de la reforma del régimen jurídico de las actividades por ellas explotadas, que en los términos de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, continúan siendo actividades entregadas a la libertad económica.

Sí resulta paradójico, en todo caso, que respecto de las empresas CANTV y SENECA, haya operado una suerte de la *reversión* de la privatización implementada en la década de los noventa del pasado siglo. La privatización no es, necesariamente, una política reñida con la Constitución de 1999, tal y como ha advertido la Sala Constitucional en su sentencia de 6 de febrero de 2001, caso *Pedro Pérez Alzurru*. Lo relevante es que -como se admite en Francia- la privatización respete los requerimientos mínimos constitucionales, especialmente, en lo que respecta a la satisfacción de derechos prestacionales, tal y como sucede en los sectores de las telecomunicaciones y la electricidad.

Siendo ello así, no encontramos impedimento constitucional alguno para que el Estado reasuma la gestión de empresas previamente privatizadas. Como en todos los supuestos, la actividad administrativa orientada a materializar esa reasunción deberá ajus-

---

lar tenor, según el cual antes del 31 de marzo debería haberse completado la compra de las acciones de esta empresa en Sistema Eléctrico de Nueva Esparta (Seneca), compañía de generación, distribución y comercialización”.

tarse a los cauces que impone el Estado de Derecho, particularmente si ella se lleva a cabo de manera coactiva. La racionalidad y razonabilidad de la decisión adoptada será igualmente controlable. Pero, en sí misma, tal reasunción no implica una violación directa a las cláusulas económicas, en tanto tal proceder se ancla en el consabido principio de co-iniciativa.

#### B. *La nacionalización en el sector de los hidrocarburos*

Como veíamos antes, bajo la vigencia de la LOREICH fueron suscritos *convenios de asociación* entre particulares y el Estado, orientados a llevar a cabo las actividades que fueron reservadas por esa Ley. Entre esos *convenios* encontramos los suscritos para la exploración de hidrocarburos en la Faja del Orinoco<sup>161</sup>.

Fue precisamente en relación con las empresas privadas contratistas de esos convenios, que el Estado anunció la implementación de una política de nacionalización. A consecuencia de estos anuncios, fue aprobado el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley 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*<sup>162</sup>.

El propósito de este Decreto-Ley es convertir las asociaciones formadas al amparo del artículo 5 de la LOREICH en la Faja del Orinoco, al modelo de empresas mixtas regulado en la Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH). La participación del Estado en tales empresas no podrá ser menor al sesenta por ciento (60%), con lo cual se tratará de empresas del Estado, en los términos del artículo 100 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Es decir, que

---

161 *El Universal*, 11 de enero de 2007: "Nuevo ministro de Finanzas, Rodrigo Cabezas, advirtió el jueves que el gobierno podría "nacionalizar" los proyectos de la Faja Petrolífera del Orinoco operados por firmas extranjeras, si fracasan las negociaciones para que el Estado tenga una participación mayoritaria en ellos".

162 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 38.632 de 26 de febrero de 2007.

el Decreto-Ley comentado acuerda la *migración forzosa* de los convenios de asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco al esquema de empresas mixtas, como antes había hecho la *Ley de regularización de la participación privada en las actividades primarias previstas en el Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos* en relación con los convenios operativos<sup>163</sup>.

Así, las co-contratistas tienen la obligación de establecer los términos y condiciones de su participación en las empresas mixtas en un período de cuatro meses, a partir de la fecha de publicación del Decreto-Ley en Gaceta Oficial. Dentro de los dos meses adicionales, deberán someter dichos términos y condiciones a la Asamblea Nacional, a fin de solicitar la autorización correspondiente de conformidad con la Ley Orgánica de Hidrocarburos (artículo 4).

Como advierte el artículo 6, en caso de no haber logrado acuerdo para la constitución y funcionamiento de las empresas mixtas, la República, a través de PDVSA o cualquiera de sus filiales que se designe al efecto, asumirá directamente las actividades ejercidas por las asociaciones estratégicas de la Faja Petrolífera del Orinoco, a fin de preservar su continuidad, en razón de su carácter de utilidad pública e interés social.

Notar que tal disposición permite a la Administración intervenir, permanentemente, la ejecución del contrato, sustituyendo al co-contratista. Tal potestad, sin embargo, no había sido reconocida en el Decreto-Ley con un alcance tal que permita a la Administración asumir la propiedad del capital social de las empresas co-contratistas ni, tampoco, expropiar los bienes propiedad de los co-contratistas. En realidad, el Decreto-Ley acordó como obligación la novación de los contratos de asociación en contratos de asociación bajo el esquema de empresas mixtas, con la advertencia que si tal novación no se lleva a cabo, los contratos de asociación quedarán resueltos.

---

163 Nuestros comentarios a esa Ley en José Ignacio Hernández G., *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, cit., pp. 518 y ss.

Sin embargo, posteriormente se dictó *Ley sobre los efectos del proceso 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*<sup>164</sup>, la cual regula, precisamente, el efecto de la extinción de tales contratos como efecto de la migración ordenada en el Decreto-Ley. El artículo 2 de la Ley previó que los intereses, acciones y participaciones de las empresas co-contratistas de tales convenios que no alcanzasen un acuerdo de migración, quedarán “transferidos, con base en el principio de reversión, sin necesidad de acción o instrumento adicional, a las nuevas empresas mixtas constituidas como resultado de la migración de las asociaciones respectivas”. Si ninguna empresa llegare a acuerdo alguno, tales bienes quedarían en propiedad de la filial de PDVSA que hubiese asumido la ejecución del objeto del contrato extinguido por efecto de la Ley (artículo 3).

Insistentemente se señaló que el Decreto-Ley promovió la nacionalización de las actividades de exploración y explotación en la Faja del Orinoco. En la práctica, salvo un co-contratista, el resto llegaron a acuerdos satisfactorios con la Administración para llevar a cabo la migración<sup>165</sup>.

Para nosotros, es equívoco emplear aquí la expresión nacionalización, pues falta el elemento indispensable para que tal política se lleve a cabo: la existencia de actividades entregadas a la libre iniciativa privada. En efecto, las actividades llevadas a cabo a través de los convenios de asociación estaban reservadas al Estado bajo la LOREICH, reserva que se mantuvo en la LOH, ante la *publicatio* de las actividades primarias. Es decir, que tales actividades siempre han sido públicas, por lo que mal puede emplearse la expresión nacionalización, dado que ella supone siempre la afección de empresas entregadas a la libertad de empresa.

En estricto sentido, las empresas privadas que celebraron los convenios de asociación eran co-contratistas de la Administración,

---

<sup>164</sup> Gaceta Oficial N° 38.785 de 8 de octubre de 2007

<sup>165</sup> Cfr., “Nacionalizada la Faja”, *El Nacional*, 2 de mayo de 2007, p. 5.

en el marco de un convenio catalogado por la jurisprudencia como *contrato administrativo*. De allí que el Decreto-Ley afectó la ejecución de contratos administrativos cuyo objeto versaba sobre actividades reservadas al Estado<sup>166</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, es nuestra opinión que la posibilidad de la reversión de los bienes afectos a los contratos amparados en el artículo 5 de la LOREICH, prevista en la *Ley sobre los efectos del proceso 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*, es cuestionable, pues esa reversión no podría ser declarada, *ex novo*, en la aludida Ley. Así, la reversión es principio inherente a las concesiones, pero entendemos, en el resto de contratos administrativos, su procedencia se supedita a una expresa declaración, que podrá estar contenida en la Ley del contrato o en el propio contrato, pero no en una Ley posterior, dado que habría, aquí, un efecto retroactivo.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NACIONALIZACIÓN Y LA INICIATIVA PRIVADA ECONÓMICA

La nacionalización, con independencia del instrumento jurídico a través de la cual se adopte, implica siempre la sustitución de la libre iniciativa económica y, como consecuencia, la sustitución de la propiedad privada. Tal sustitución opera mediante la transferencia de *empresas privadas* al Estado o a la colectividad organizada, entre otros, mediante técnicas de cogestión. Notar que en este último supuesto pervive la libertad económica y la propiedad privada, sólo que mediante su ejercicio por la colectividad organizada. De allí que, se afirma, la nacionalización implica la prevalencia del interés colectivo sobre el interés individual<sup>167</sup>.

---

166 Véase sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia de 17 de agosto de 1999.

167 Konstantine Katzarov, *Théorie de la Nationalisation*, cit., p. 238.

Cuando la nacionalización es implementada a través de un acto de imperio, su instrumentalización se lleva a cabo mediante dos técnicas básicas:

-La *primera* de esas técnicas es la reserva. De conformidad con el artículo 302 de la Constitución, la reserva es la política arbitrada por el Poder Nacional mediante Ley Orgánica, a través de la cual se elimina, de determinada área del quehacer económico, la libertad económica<sup>168</sup>. Tal eliminación admite una doble gradación: la *publicatio* puede ser media, en el sentido que el Estado se reserva la titularidad de la actividad pero permite su ejercicio por particulares a través de concesión. La *publicatio* puede ser, también, intensa: además de la titularidad, el Estado se reserva la gestión de la actividad económica reservada<sup>169</sup>.

Reserva que, como expusiera Giannini, puede ser originaria o derivada. En el primer supuesto la reserva incide sobre una actividad que no es explotada por los particulares; en el segundo, la reserva afecta a una actividad que era explotada por particulares. Aquí cabe a su vez distinguir dos situaciones: si la reserva admite la explotación de la actividad mediante particulares a través de la concesión<sup>170</sup> o si, por el contrario, la reserva ha sido acordado con carácter intenso.

---

168 A pesar que, muy ocasionalmente entre nosotros, se ha admitido que la reserva es compatible con la libertad económica. *Cfr.*, José Ignacio Hernández G., *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*, cit., pp. 344 y ss.

169 En cuanto a la distinta intensidad que puede presentar la reserva -según se admita o no la gestión privada- véase a José María Souvirón Morenilla, *La actividad de la administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, pp. 499 y ss. y José Luis Villar Ezcurra, "Los cauces de la intervención administrativa", en *Don Luis Jordana de Pozas. Creador de Ciencia Administrativa*, Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 300 y ss.

170 En esta hipótesis será necesario convertir cualquier título autorizador en la concesión, a través de la llamada *conversio tituli* (José Luis Villar Palasí, *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pp. 254 y ss).

Como puede entreverse, la incidencia patrimonial, según sea la hipótesis, variará considerablemente. Aun cuando la tendencia desarrollada entre nosotros durante la década de los setenta del pasado siglo apuntaba a que esta afección no generaba derecho de indemnización<sup>171</sup>. A la luz del artículo 140 constitucional, y de conformidad con el carácter amplio con el cual ha sido interpretado el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, la anterior conclusión debe modificarse<sup>172</sup>.

En efecto, la libertad de empresa es un verdadero derecho subjetivo que asegura no sólo la posibilidad de emprender determinada actividad económica, sino además, obtener un beneficio de ello (sentencia de la Sala Constitucional de 1 de octubre de 2003, caso *Asodeviprilara*). De allí que la reserva supone siempre una afección negativa en los operadores económicos privados, que eventualmente podrá derivar en la existencia de un daño especial que exceda del perjuicio generalmente derivado de tal afección. La materialización de ese daño dependerá, en buena medida, del alcance de la reserva: si ésta es relativa, el operador afectado podrá continuar ejerciendo la actividad económica bajo la concesión, en la cual registrará la teoría del equilibrio económico-financiero. La incidencia patrimonial, en este supuesto, será por ello atemperada.

Mas si la reserva implica la total exclusión del operador económico, el daño patrimonial cobra notas claras de especialidad, en tanto el operador ha sido privado del ejercicio de la actividad que venía explotando, lo que apareja no sólo el daño emergente sino también el lucro cesante. Precisamente para asegurar la protección patrimonial derivada de la reserva sucesiva e intensa, se ha previs-

---

171 Básicamente, se apuntaba, al faltar la nota de la especialidad. *Vid.* "Introducción al régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela", *cit.*, p. 39.

172 Sobre esta interpretación, *vid.* José Ignacio Hernández G., FUNEDA, Caracas, 2004.

to en otros ordenamientos que, en tal supuesto, procederá la expropiación, y con ella, la justa indemnización<sup>173</sup>.

-Precisamente, la *segunda* de las técnicas es la expropiación. De conformidad con el artículo 115 constitucional y la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social, la expropiación es la potestad mediante la cual el Estado adquiere coactivamente la propiedad de bienes sólo en tanto ello sea estrictamente necesario para la ejecución de una obra o actividad expresamente declarada por la Ley como de utilidad pública e interés social. Notar que la expropiación necesariamente queda condicionada a la existencia de una obra o actividad que acomete la Administración, y que es expresamente declarada por la Ley como de utilidad pública e interés social. Es por ello que, en cierta medida, la selección del bien a expropiar es aleatoria: la expropiación incidirá sobre los bienes cuya adquisición sea estrictamente necesaria para llevar a cabo la obra o actividad en cuestión<sup>174</sup>.

En el caso examinado, la actividad de utilidad pública e interés social sería, precisamente, la actividad sobre la cual ha recaído la reserva. Por ende, la técnica adecuada es que la propia Ley Orgánica que reserva determinada actividad al Estado, declara ésta de utilidad pública e interés social, lo que justificará que la Administración ejerza la potestad expropiatoria sobre los bienes anejos a la explotación de la actividad económica reservada.

Asunto del todo distinto al anterior es la expropiación singular de la empresa privada. En este supuesto, la empresa privada a ex-

---

173 Si la reserva es sucesiva, la procedencia de la indemnización vendrá determinada por la existencia de un daño especial, resultando aplicable –como prevé el artículo 43 de la Constitución italiana, la expropiación. *Cfr.*, Luis María Cazorla Prieto, “Comentario”, en Fernando Garrido Falla, (coordinador), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 1350.

174 La declaratoria de utilidad pública e interés social es, así, la causa que legitima el ejercicio de la potestad expropiatoria. Ello supone que, previo al Decreto de expropiación, debe existir ya –al menos en proyecto- la obra o actividad expresamente declarada por el Legislador como de utilidad pública e interés social.

propiar es, a la vez, la causa de la expropiación: la declaratoria de utilidad pública e interés social recae, precisamente, sobre los bienes a expropiar, en este caso, la empresa privada. Tal técnica ha sido cuestionada, al entenderse que ella implica la existencia de una Ley al caso concreto que, como tal, resultará siempre discriminatoria<sup>175</sup>. Y es que, en efecto, la referencia a la Ley, en los términos del artículo 115 constitucional, debe ser interpretada en referencia a las normas generales y abstractas, que no a las normas al caso concreto. Adicionalmente, cuando la declaratoria de utilidad pública recae sobre el bien a expropiar, la potestad expropiatoria deviene en ilegítima por ausencia de causa<sup>176</sup>. Advertimos que no nos referimos al supuesto de las expropiaciones legislativas *strictu sensu*, es decir, aquellas en las cuales la expropiación es ordenada completamente por la Ley, la cual incide directamente sobre la propiedad privada<sup>177</sup>. Antes por el contrario, aludimos al supuesto en el cual la Ley declara a la empresa a expropiar como de utilidad pública e interés social, lo que permite a la Administración el ejercicio de la potestad expropiatoria.

De manera tal que la Ley Orgánica que reserva al Estado determinada actividad proscribiendo su gestión por particulares, y en protección del derecho de propiedad privada, deberá también acordar la expropiación de los bienes anejos a la explotación de esa actividad que conforman a la empresa, conforme al procedimiento

---

175 Véase Gaspar Ariño Ortiz, "Propiedad, Libertad y Empresa", en *La empresa en la Constitución Española*, Aranzadi, Pamplona, 1989, p. 129. La referencia obligada, en el caso español, es la expropiación del Grupo Rumasa, efectuada mediante Ley, cuya constitucionalidad fue avalada por la sentencia del Tribunal Constitucional español de 2 de diciembre de 1983, sobre la base de la consideración de la propiedad privada como derecho debilitado.

176 En tanto no hay ninguna actividad u obra de utilidad pública e interés social. Cfr., Gustavo Grau, "Algunas reflexiones sobre la expropiación, como medio de privación coactiva de la propiedad", en *Cuestiones actuales del Derecho la empresa en Venezuela*, Colección Estudios Jurídicos Grau, Hernández & Asociados, Caracas, 2007, pp. 61 y ss.

177 Si la Ley acuerda la expropiación de bienes de propiedad privada estará socavando la garantía expropiatoria del artículo 115 constitucional, en concreto, por la ausencia de intervención del Poder Judicial.

desarrollado en la propia Ley Orgánica o, en todo caso, en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social<sup>178</sup>. Es la expropiación, precisamente, la que permite la transferencia de la empresa privada al Estado.

---

178 De hecho, la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública e Interés Social prevé, en sus artículos 39 y 40, el supuesto en el cual la expropiación incide sobre una empresa en marcha, aun cuando sólo en el supuesto de traslado forzoso de empresas. Véase Allan Brewer-Carías, "Introducción General al Régimen de la Expropiación", en *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, p. 93.

**LA "ESTATIZACIÓN" PETROLERA EN 2006-2007 CON  
LA TERMINACIÓN UNILATERAL Y ANTICIPADA DE LOS  
CONTRATOS OPERATIVOS Y DE ASOCIACIÓN RESPECTO  
DE LAS ACTIVIDADES PRIMARIAS DE HIDROCARBUROS**

Allan R. Brewer-Carías\*

---

\* Profesor de la Universidad Central de Venezuela; Profesor Adjunto de la *Columbia Law School*, New York (2006-2007).



## I. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA INDUSTRIA PETROLERA

Los yacimientos petroleros en Venezuela, como todos los mineros, siempre han sido del dominio público conforme a los principios que se establecieron en las Ordenanzas de Minería de Nueva España, recogidos en la legislación republicana a partir de la independencia<sup>1</sup>. En consecuencia, la industria petrolera y minera siempre ha estado sometida en Venezuela a técnicas de intervención del Estado mediante el otorgamiento de concesiones, autorizaciones o permisos a los particulares para su realización.

Estos principios tradicionales del ordenamiento jurídico venezolano han sido reafirmados en la Constitución de 1999, en la cual se han declarado a los yacimientos mineros y petroleros como bienes del dominio público; se ha regulado, en general, el régimen de las concesiones de explotación de los recursos naturales y se han establecido regulaciones específicas de protección al ambiente.

En efecto, en *primer lugar*, el artículo 12 de la Constitución declara que los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la

---

<sup>1</sup> Véase en general sobre el tema Isabel Boscán de Ruesta, "La propiedad de los yacimientos de los hidrocarburos. Evolución histórica", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 3061-3105.

plataforma continental, pertenecen a la República, son bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles<sup>2</sup>.

En *segundo lugar*, en cuanto al régimen de las concesiones, el artículo 113 de la Constitución regula las concesiones del Estado 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, las cuales se pueden otorgar por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público. Además, el artículo 156, ordinal 16 de la Constitución, al enumerar las competencias del Poder Nacional, incluye el régimen y administración de las minas e hidrocarburos y el aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país, precisando que el “Ejecutivo Nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido”.

En *tercer lugar*, en la Constitución se estableció un novedoso Capítulo sobre los derechos ambientales, cuyas regulaciones se aplican, en particular, en los casos de explotación de recursos naturales como los mineros y de hidrocarburos<sup>3</sup>. En particular, se establecieron las siguientes regulaciones:

---

2 En esta forma se le da rango constitucional a lo ya previsto en la Ley de Minas (art. 2) (*Gaceta Oficial* n° 5382 de 28-09-99) y en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (art. 1°) (*Gaceta Oficial* n° 36.793 de 23-9-99). Véase nuestra propuesta sobre esto en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 35 y 39.

3 Véase en general, Fortunato González Cruz, “El ambiente en la nueva Constitución venezolana”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2917-2923; Germán Acedo Payarez, “La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y los denominados ‘Derechos Ambientales’”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2925-2978; Alberto Blanco-Urbe Quintero, “La tutela ambiental como derecho deber del Constituyente. Base constitucional y principios rectores del derecho ambiental”, en *Revista de Derecho Constitucional*, n° 6 (enero-diciembre). Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 31-64; Alberto Blanco-Urbe Quintero, “El

*Primero*, en el artículo 127 se declara que es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Además, toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. Las consecuencias de estos derechos son que el Estado debe proteger el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. Se agrega, además, que es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley. Por último se prohíbe la patentabilidad del genoma de los seres vivos, remitiéndose a la ley que se refiere a los principios bioéticos la regulación de la materia.

*Segundo*, en el artículo 128 se impone al Estado la obligación de desarrollar una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana. Una ley orgánica debe desarrollar los principios y criterios para este ordenamiento, con lo que se remite a la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983<sup>4</sup>.

---

ciudadano frente a la defensa jurídica del ambiente en Venezuela”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2995-3008; y Véase Luciano Parejo Alfonso, “El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2979-2994.

4 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Caracas, 1983.

*Tercero*, en el artículo 129 de la Constitución se ha elevado a rango constitucional el requisito que hasta ese momento era de orden reglamentario, de exigir que todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas, deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural.

*Cuarto*, en el mismo artículo 129 de la Constitución se dispone que el Estado debe impedir la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas, remitiendo a una ley especial la regulación del uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas.

*Quinto*, en el mismo artículo 129 de la Constitución se establece que en los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que involucren los recursos naturales, se debe considerar incluida aun cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley.

Como se dijo, estas normas constitucionales recogen la tradición normativa anterior, conforme a la cual, siendo los yacimientos mineros y de hidrocarburos del dominio público, su explotación industrial podía y puede desarrollarse por los particulares mediante concesiones, autorizaciones y permisos, con sujeción a las normas de protección ambiental. En cuanto al régimen de la industria minera, por otra parte, las técnicas de intervención del Estado a partir de 1999 han continuado siendo las mismas, girando en torno a la figura de la concesión. En cambio, en materia de la industria petrolera, la situación cambió radicalmente en 2000 pues en esta materia se produjo un proceso de desnacionalización petrolera, volviéndose en algunos sectores de actividad al esquema de las “concesiones” que había sido abolido en 1975, aún con otro nombre.

En efecto, una de las decisiones políticas más importantes que se tomaron en el país durante la segunda mitad del Siglo pasado, fue la *nacionalización de la industria petrolera*, es decir, la reserva que se hizo al Estado de “todo lo relativo a la exploración del territorio nacional en búsqueda de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; a la explotación de yacimientos de los mismos, a la manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento; al comercio exterior e interior de las substancias explotadas y refinadas, y a las obras que su manejo requiera”. Así se estableció en el artículo 1º de la Ley que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975<sup>5</sup>.

Esa Ley Orgánica, al igual que las que se dictaron en los comienzos de los años setenta en relación con la nacionalización de la industria del gas natural (1971), la industria y explotación del mineral de hierro (1975), y el mercado interno de hidrocarburos (1973); se sancionó con base en la previsión del artículo 97 de la Constitución de 1961 que establecía la posibilidad de que el Estado pudiera “reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional”. Se trataba de una norma fundamental de la Constitución Económica que había adoptado el texto de 1961, de carácter mixto y flexible, que por ello permitía sin que existiera una rigidez constitucional, es decir, sin necesidad de estar reformando la Constitución al inicio de cada gobierno, ir conformando la política económica del Estado, como efectivamente ocurrió durante las tres décadas de vigencia de dicha Constitución<sup>6</sup>. Con esa decisión, en todo caso, quedó excluida del

---

5 *Gaceta Oficial* n° 35.754 de 17-07-95. Véase en general, sobre la nacionalización petrolera de 1975, “Régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela”, *Homenaje del Instituto de Derecho Público al Profesor Antonio Moles Caubet*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Vol. VIII (1972-1979), Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981.

6 Véase lo que hemos expuesto sobre la Constitución económica en el texto de 1961 en Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la Constitución Económica” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, pp. 3.839-3.853.

régimen de la industria petrolera, la técnica de las concesiones petroleras que la habían caracterizado desde inicios del Siglo XX.

En todo caso, conforme al marco constitucional de 1961, así como se podían nacionalizar industrias por razones de conveniencia nacional como ocurrió con la industria petrolera, en otras circunstancias y otros tiempos, se las podía privatizar. Por ello, así como inicialmente la nacionalización petrolera excluyó de la industria la participación del capital privado al eliminar las concesiones, luego de 20 años de consolidación de la industria nacionalizada, conforme a la propia Ley que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos (Ley de Nacionalización) (Art. 5) se procedió a iniciar la llamada “apertura petrolera” que buscaba hacer participar en la industria reservada, al capital privado mediante Convenios de Asociación con el Estado; e, incluso, se dictó la Ley Orgánica de Apertura del Mercado Interno de la Gasolina y otros Combustibles derivados de los Hidrocarburos para el Uso de Vehículos Automotores de 1998<sup>7</sup>.

Precisamente, ante la propuesta de incluir en el proyecto de Constitución de 1999 el texto del artículo 5º de la Ley de Nacionalización de 1975, en el debate que tuvo lugar en la Asamblea Nacional Constituyente el 7 de noviembre de 1999, al referirnos al artículo 97 de la Constitución de 1961 señalamos, que:

“Con una norma constitucional como esta, el Estado se reservó la industria y la comercialización de los hidrocarburos, incluyendo el gas; pero luego ha iniciado la apertura del mercado interno de los hidrocarburos y de los hidrocarburos gaseosos sin necesidad de reformar la Constitución, también por razones de conveniencia nacional que es, por supuesto, cambiante y dinámica. Por ello estimo que no tiene sentido, en el largo plazo, constitucionalizar el texto del artículo 5º de la Ley de Nacionalización Petrolera”<sup>8</sup>

---

7 *Gaceta Oficial* n° 30.537 de 11-09-1998

8 Allan R, Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Caracas 1999, pp. 210 y ss.

La Constitución de 1999, en efecto y lamentablemente, al tratar algunos constituyentes de constitucionalizar la nacionalización de la industria petrolera<sup>9</sup> en el artículo 302, es decir, al tratar de elevar a rango constitucional los textos básicos de la Ley de Nacionalización de 1975 (arts. 1 y 5) sustituyendo al artículo 97 antes mencionado de la Constitución de 1961<sup>10</sup>, lo que lograron fue el efecto contrario, es decir, la incorporación de una norma mal redactada e imprecisa<sup>11</sup>, pero que dejó la definición del ámbito de la reserva a lo establecido “mediante la ley orgánica respectiva”.

Dicho artículo 302, en efecto reza en la materia que “El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico”.

Lamentablemente, la búsqueda de rigidizar constitucionalmente la nacionalización de la industria petrolera en la Constitución de 1999, lo que produjo fue el efecto contrario: abrir la puerta para *la desnacionalización de la industria petrolera*, lo que además ocurrió en la práctica, encubierta por un discurso antiliberal.

Ese proceso, en efecto, comenzó coincidentalmente cuando se efectuaban los debates ante las Comisiones de la Asamblea Nacio-

---

9 Véase Gastón Parra Luzardo, *La Constituyente. Renacer de una esperanza ¿utopía?*, Caracas, 2002, pp. 45, 109 y ss, y 142 y ss.

10 Por nuestra parte salvamos nuestro voto en relación con el artículo 302 de la Constitución, proponiendo en cambio conservar el texto del artículo 97 de la Constitución de 1961, por considerar que “Las reservas de rango constitucional de determinados bienes y servicios no son convenientes para el régimen constitucional flexible que requiere la economía, lo que debe hacerse por ley. No tiene sentido reservar constitucionalmente la industria petrolera, cuando se está en proceso de desestatizar la relativa al gas”. Véase Allan R, Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Caracas 1999, pp. 121 y ss; y 210 y ss1, as

11 Véase las críticas a la norma y los comentarios sobre lo que realmente adquirió rango constitucional en la misma, en Isabel Boscán de Ruesta, *La actividad petrolera y la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos*, FUNEDA, Caracas, 2002, pp. 149 y ss.

nal Constituyente, al dictarse el Decreto-Ley N° 310 de 12 de septiembre de 1999 mediante el cual se sancionó la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (*Gaceta Oficial* N° 36793 de 23-09-1999); y continuó un año después, con la emisión de otro Decreto-Ley, N° 1510 de 2 de noviembre de 2001, mediante el cual se sancionó la Ley Orgánica de Hidrocarburos (*Gaceta Oficial* N° 37323 de 13 de noviembre de 2001) <sup>12</sup> la cual, precisamente, derogó la Ley de Nacionalización petrolera de 1975. Además, en 1999 también se sancionó la Ley de Minas mediante Decreto-Ley N° 295 de 5 de septiembre de 1999<sup>13</sup>, la cual, como se dijo, no varió mayormente el régimen de concesiones, autorizaciones y permisos mineros.

Sin embargo, en materia petrolera la situación ha sido distinta, pues para 2005, la reserva al Estado de actividades en el campo de los hidrocarburos era mucho más reducida; la intervención de la Asamblea Nacional para autorizar la participación del capital privado en dichas actividades era mucho más limitada; la constitucionalización de la nacionalización petrolera que se concibió en la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, no sólo abrió la puerta de la desnacionalización de la industria petrolera, sino que condujo a la previsión expresa en la propia Constitución de la posibilidad de la venta de las acciones de las empresas filiales de PDVSA, lo que ni siquiera se hubiera podido imaginar durante la vigencia de la Ley de Nacionalización petrolera de 1975; y se volvió incluso, en algunas actividades, al esquema de las antiguas “concesiones”, las cuales ahora son llamadas “licencias” o “permisos”, pero con contenido casi idéntico.

---

12 Reformada parcialmente en 2006, *Gaceta Oficial* n° 38.493 del 4 de agosto de 2006.

13 *Gaceta Oficial* n° 5.382 Extraordinario de 28 de septiembre de 1999.

## II. LA NACIONALIZACIÓN DE LA INDUSTRIA PETROLERA EN 1975 Y LA POSIBILIDAD DE PARTICIPACIÓN DEL CAPITAL PRIVADO EN LA MISMA MEDIANTE CONVENIOS OPERATIVOS Y DE ASOCIACIÓN

Como antes se dijo, conforme a la previsión del artículo 97 de la Constitución de 1961 se sancionó la Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (en lo adelante Ley de Nacionalización), con la cual se nacionalizó la industria y el comercio de los hidrocarburos. Como es sabido, la nacionalización no se produjo respecto del petróleo ni de los yacimientos en si mismos, los cuales siempre han sido del Estado como titular del dominio público sobre el subsuelo, como ahora, incluso, la Constitución de 1999 lo declara expresamente (art. 12).

Dicha Ley, como decisión política, se dictó en medio de una gran polémica y expectativa, pues se trataba de nacionalizar la principal industria del país; y uno de los temas de mayor discusión, en todo caso, fue el de si con la nacionalización se reservaba total y absolutamente al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos, o si se dejaba alguna posibilidad de que en alguna forma el sector privado pudiera participar en las actividades reservadas.

Esa discusión y controversia se centró, así, en la redacción del artículo 5º de la Ley Orgánica, el cual en definitiva estableció que:

*“Artículo 5º. – El Estado ejercerá las actividades señaladas en el artículo 1º de la presente Ley directamente por el Ejecutivo Nacional o por medio de entes de su propiedad, pudiendo celebrar los convenios operativos necesarios para la mejor realización de sus funciones, sin que en ningún caso estas gestiones afecten la esencia misma de las actividades atribuidas.*

En casos especiales y cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional o los referidos entes podrán, en el ejercicio de cualquiera de las señaladas actividades, celebrar convenios de asociación con entes privados, con una participación tal que garantice el control por parte del Estado y con una duración determinada. Para la celebración de tales convenios se requerirá la previa autorización de las Cámaras

en sesión conjunta, dentro de las condiciones que fijen, una vez que hayan sido debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes”.

Se distinguieron, así, a los efectos de permitir la participación del sector privado en la industria, dos modalidades contractuales: los convenios operativos y los convenios de asociación que se podían establecer con empresas privadas.<sup>14</sup>

Los primeros, es decir, los convenios operativos no afectaban en forma alguna la reserva que se había hecho al Estado de la industria, y podían suscribirse todos los que las empresas petroleras nacionalizadas considerasen necesarios para la mejor realización de sus actividades. Dichos convenios operativos, por supuesto, en ningún caso afectaban la esencia misma de las actividades atribuidas o reservadas al Estado.

Los convenios de asociación, en cambio, permitían al Estado asociarse con particulares para realizar las actividades reservadas, lo que implicaba un régimen jurídico excepcional de asociación o participación del sector privado en las actividades reservadas, lo que exigía la intervención previa del órgano legislativo para que pudieran suscribirse.

En todo caso, era sólo a través de los referidos convenios de asociación que en la Ley de Nacionalización se permitía la participación del capital privado en la industria petrolera nacionalizada, es decir, en la industria y comercio de los hidrocarburos.

Esa participación, sin embargo, no fue permitida durante los primeros veinte años de vigencia de la Ley; situación que cambió a comienzos de la década de los noventa, por las transformaciones ocurridas en el mercado petrolero mundial.

---

14 Véase en Isabel Boscán de Ruesta, *La actividad petrolera y la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos*, FUNEDA, Caracas 2002, pp. 127 y ss.

### 1. *La apertura petrolera en 1994 y los convenios de asociación*

En efecto, en 1994, el Ejecutivo Nacional presentó al Congreso para su autorización previa, conforme a lo regulado en dicho artículo 5º de la Ley de Nacionalización, un Proyecto de Marco de Condiciones a los fines de la celebración de “Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de nuevas áreas y la producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas”. Con ello se buscaba permitir, mediante Convenios de Asociación con el capital privado, la exploración y, en consecuencia, el posible descubrimiento de nuevas reservas de hidrocarburos, especialmente de crudos livianos y medianos, particularmente tomando en cuenta que en los 10 años subsiguientes se presentarían oportunidades de mercado que exigían un aumento de la capacidad de producción del país para atender la cuota que le correspondía en el incremento de la demanda petrolera mundial.

En tal sentido, el Ejecutivo Nacional consideró que los nuevos Convenios de Asociación contribuirían a la consolidación y al crecimiento de la industria petrolera nacional, sin menoscabo de la soberanía estatal sobre los recursos energéticos; partiendo del supuesto de que el petróleo había sido y continuaría siendo pilar fundamental y motor del crecimiento y del desarrollo económico del país, pero para lo cual se hacía necesario seguir consolidando el sector petrolero tanto público como privado.

Las Cámaras Legislativas mediante Acuerdo de 4 de julio de 1995, conforme a lo solicitado por el Ejecutivo, autorizaron la “celebración de los Convenios de Asociación para la *exploración a riesgo de nuevas áreas y la producción de hidrocarburos bajo el esquema de ganancias compartidas*” (*Gaceta Oficial* N° 35.754 de 17-07-95), conforme al Marco de Condiciones que se detalló en el artículo 2 del Acuerdo.

Entre las disposiciones de dicho Marco, se dispuso que el Ejecutivo Nacional debía determinar Áreas geográficas que se describieron en un Anexo, en favor de una filial de Petróleos de Venezuela, S.A. “para realizar las actividades relacionadas con la exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos, con el trans-

porte por vías especiales, almacenamiento y comercialización de la producción obtenida en las Áreas, y con las obras que su manejo requiera, todo de conformidad con la dispuesto en la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos” (Primera).

A los efectos de la celebración de los Convenios de Asociación, se dispuso que la Filial debía llevar a cabo los procesos de licitación que fueran necesarios para seleccionar a las empresas inversionistas privadas con las cuales celebrarían los Convenios de Asociación para realizar las actividades descritas conforme al artículo 5° de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (Segunda). Con la firma de cada Convenio por parte de los Inversionistas y la Filial, y de conformidad con los términos y condiciones establecidos, quedaba entonces constituida una asociación para realizar las actividades descritas en cada una de las Áreas correspondientes (Tercera).

A los efectos de asegurar el control del Estado se dispuso, además, que antes de dar inicio a las actividades del Convenio, en cada uno de los Convenios debía constituirse un “Comité de Control”, conformado por igual número de miembros designados por los Inversionistas y la Filial de PDVSA, que debía presidir un miembro designado por esta última. Para la validez de las deliberaciones y decisiones del Comité, se precisó que se requería la presencia y el consentimiento de los miembros designados por la Filial, teniendo el Presidente doble voto para resolver los casos de empate (Cuarta).

A los efectos de implementar el Convenio de Asociación, se dispuso que los Inversionistas y la Filial, debían constituir antes de iniciar las actividades del Convenio, una sociedad anónima o Empresa Mixta en Venezuela, en la cual la Filial debía poseer el 35% del capital social y los Inversionistas el 65%. La Empresa Mixta tenía por finalidad dirigir, coordinar y supervisar las actividades de exploración, producción, transporte y comercialización objeto del Convenio (Quinta). Se dispuso, además, que la Empresa Mixta quedaba facultada para llevar a cabo por sí misma, o hacer realizar

por terceros, las operaciones requeridas para cumplir el objeto del Convenio, si así los considerase conveniente.

Dentro de los términos y condiciones de la Asociación pautados en el Convenio, se debía establecer el compromiso de los Inversionistas de llevar a cabo las actividades exploratorias en el Área por su exclusiva cuenta y riesgo, con base a un plan establecido. Cumplido el Plan de Exploración, la continuación del esfuerzo exploratorio debía ser aprobada por el Comité de Control; y con esa aprobación se otorgaba a los Inversionistas el derecho a continuar la exploración por su exclusiva cuenta y riesgo (Sexta).

Si en el curso de cualquier fase del esfuerzo exploratorio se descubrieran yacimientos de hidrocarburos dentro del Área, los Inversionistas debían definir las características y comercialidad de tales descubrimientos con base a un plan que debía ser aprobado por el Comité de Control. Además, ejecutado el Plan de Evaluación, los Inversionistas debían definir la viabilidad de la explotación comercial del descubrimiento y someter a la aprobación del Comité de Control un plan para desarrollar la producción. La explotación de los yacimientos de crudos pesados que fuesen descubiertos, estaba supeditada al resultado de los estudios de factibilidad que se debían realizar para determinar su viabilidad comercial y al Plan de Desarrollo correspondiente.

En cuanto a la explotación, uso y comercialización del gas asociado a la producción de crudos en un Área de Desarrollo, se debía efectuar en conformidad con las disposiciones legales aplicables y mediante la utilización de normas y técnicas de general aceptación en la industria petrolera internacional. En caso de que fueran descubiertos yacimientos de gas libre, su evaluación, desarrollo y comercialización estaba sujeto, dentro de la Asociación, a los acuerdos específicos que se establecieran entre las partes, en función de las características de los yacimientos y las circunstancias de su futura explotación. Aprobado el Plan de Desarrollo, los Inversionistas debían entonces desarrollar, conforme al mismo, los descubrimientos del Área de Desarrollo; y en ejecución del Convenio de Asociación, la Filial y los Inversionistas, debían establecer un Con-

sorcio en el cual la Filial, debía adquirir una participación de un 35% para financiar el desarrollo.

La duración del Convenio debía incluir un lapso preestablecido para realizar el esfuerzo exploratorio, de 3 a 5 años, dependiendo de la complejidad del Área, y 20 años de operación comercial a partir de la aprobación del Plan de Desarrollo correspondiente a cada Área de Desarrollo. El plazo de la fase exploratoria podía ser extendido en conformidad con la Condición Sexta, por un lapso entre 2 y 4 años. En ningún caso, sin embargo, el Convenio podía tener una duración que excediera el término de 39 años contados a partir de la entrada en vigencia del Convenio. (Décima primera).

Conforme al marco aprobado por las Cámaras Legislativas, en los años subsiguientes, entre 1993 y 1997 se celebraron varias rondas de negociaciones para la asignación y la creación de asociaciones, originándose lo que fueron los siguientes Convenios de Asociación:

En primer lugar, las denominadas Asociaciones Estratégicas para las operaciones en la Faja Petrolífera del Orinoco, que fueron las siguientes: **Petrozuata, S.A.**, en asociación con *ConocoPhillips*; **Sincruos de Oriente, S.A. (Sincor, S.A.)** en asociación con *Total y Statoil*; **Petrolera Cerro Negro, S.A.**, en asociación con *Exxon Mobil y British Petroleum*; y **Petrolera Hamaca, C.A. (Petrolera Ameriten)** en asociación con *ConocoPhillips y Chevron*.

En segundo lugar, las asociaciones constituidas para proyectos de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas que fueron las siguientes: en el **Golfo de Paria Oeste** en asociación con *ConocoPhillips, Eni Venezuela B.V y OPIC Karimun Corporation*; en el **Golfo de Paria Este**, en asociación con *ConocoPhillips, Inelectra, Eni y OPIC Karimun Corporation*; y en **La Ceiba**, en asociación con *Exxon Mobil y Petro-Canadá*.

Además debe mencionarse la Asociación Estratégica autorizada en 2001, para la producción de Bitúmen, diseño, construcción y operación de un módulo de producción y emulsificación de bitúmen natural para la elaboración de Orimulsión, que fue **Orifuels**

**Sinoven, S.A., (Sinovensa)**, en asociación con *China National Petroleum Corporation – CNPC Services de Venezuela y PetroChina Fuel Oil Company*.

Todas estas asociaciones se constituyeron conforme al marco del Acuerdo del Congreso, con el cual, como se dijo, se dio inicio a la denominada *apertura petrolera*, el cual sin embargo fue impugnado por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad por ante la Corte Suprema de Justicia en 1995, juicio que concluyó cuatro años después, el 17 de agosto de 1999, cuando la Corte Supremo dictó sentencia declarando sin lugar la acción de nulidad que se había intentado.

## 2. *La naturaleza “administrativa” de los Convenios de asociación*

En esta sentencia se precisaron diversos aspectos sustantivos del régimen jurídico aplicable a los Convenios de Asociación con inversionistas privados que habían sido autorizados por el Congreso, los cuales la Corte consideró como impregnados de las características propias de la “contratación administrativa”.

La Corte, a tal efecto, en esta sentencia precisó las notas identificatorias de los contratos administrativos y del “régimen especial que regula su tratamiento jurídico”, indicando que esas notas esenciales eran “la noción de *servicio público*” y la consecuente incorporación en el texto de los contratos -tácita o expresamente- de las denominadas “*cláusulas exorbitantes*”. Sobre estas últimas, dijo la Corte:

“Estas cláusulas exorbitantes se presentan como disposiciones implícitas en el contrato administrativo, que recogen prerrogativas en favor de la Administración Pública, justificadas por el interés colectivo involucrado en esa contratación, y cuya proporción es de tal magnitud que en una relación contractual común resultan inaceptables.

Son pues las cláusulas exorbitantes, notas consustanciadas con la naturaleza misma de las contrataciones de carácter administrativo. Es precisamente esta desproporción que se patentiza entre los intereses del particular frente a los del colectivo, lo que define las cláusulas exorbitantes. Se trata así, de aquellas disposiciones que un particular no aceptaría insertar en un contrato con otro particular, porque son

ellas las que en definitiva ponen de relieve o materializan en el negocio jurídico las potestades administrativas. Potestades no discutidas; y, por el contrario, recibidas por el particular contratante que entiende y acepta que no se trata de un capricho de la voluntad administrativa, sino una herramienta diseñada por el Derecho Público para garantizarle al colectivo, la protección de sus intereses encomendados a la Administración, concretándose con ella, la forma más eficaz de asegurar la salvaguarda del interés general, imposibilitado de controlarlo directamente y permanentemente”.

La Corte indicó que estos criterios “han sido aceptados por gran parte de la doctrina extranjera y también venezolana, no obstante que aún existen estudiosos del tema que restan relevancia a la distinción que se hace de los contratos administrativos frente a los de derecho común, y que insisten en que la misma sólo ha obedecido a razones puramente pragmáticas, dirigidas a la determinación del órgano jurisdiccional competente para su conocimiento”<sup>15</sup>. La Corte aceptó, en todo caso, que las cláusulas exorbitantes - insertas expresa o tácitamente en el contrato- en realidad no definen los contratos como tales contratos administrativos, “por ser una consecuencia y no un elemento determinante de éste”; concluyendo entonces que “la característica que por antonomasia identifica un contrato administrativo es el servicio público que se pretende con él, el interés general o la utilidad pública perseguida”.

En cuanto a los Convenios de Asociación autorizados por el Congreso, la Corte admitió que los mismos “contienen *per se* la noción de servicio público, por tratarse de contrataciones que se postulan como aquellas que más claramente revelan su condición de administrativa”.

---

15 Es la tesis que hemos sostenido desde hace años en “La evolución del concepto de contrato administrativo” en *El Derecho Administrativo en América Latina, Curso Internacional*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1978, pp. 143-167; en *Jurisprudencia Argentina*, nº 5.076, Buenos Aires, 13-12-1978, pp. 1-12; en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1981, pp. 41-69; y en *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1986, pp. 61-90.

### 3. *El control del Estado en la ejecución de los Convenios de asociación*

El artículo 5 de la Ley de Nacionalización no sólo reservó al Estado la industria petrolera, sino que dispuso que al permitir la celebración de Convenios de asociación con empresas privadas para la realización de las actividades reservadas a la República, debía asegurarse el control del Estado sobre los Convenios.

Sobre ello, la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia anterior de 23 de abril de 1991, al referirse al control a que se refería el artículo 5° de la Ley de Nacionalización, había distinguido entre el control sobre los Convenios y el control accionario sobre empresas mixtas, señalando que “lo determinante es el control del convenio, que es una noción más jurídica que económica o patrimonial, y por ello se refiere a “participación” sin calificarla de alguna manera”<sup>16</sup>. En el caso de los Convenios de asociación, por tanto, se trata siempre de un control contractual interno o corporativo, que se manifiesta por la vía de la participación económica o financiera mayoritaria en el capital de la empresa o asociación; o por la vía de reservarse el Estado, en el mismo convenio, una intervención decisiva en la conducción y administración de la empresa o asociación. Este último supuesto fue precisamente el que se previó en el Acuerdo del Congreso autorizando los Convenios de Asociación, con la creación del Comité de Control en relación con “las decisiones fundamentales de interés nacional relacionadas con la ejecución del Convenio”; Comité en el cual los miembros designados por la Filial de PDVSA tenían asegurada la presencia y el consentimiento.

Sobre este tema del control, además, la antigua Corte Suprema en la señalada sentencia sobre el caso de la apertura petrolera, de 1999, al analizar las reglas de funcionamiento del señalado Comité de Control, indicó que “garantizan que el control que debe ejercer el Estado directamente o a través de entes de su propiedad (las

---

16 Véase en Oscar Pierre Tapia, *Jurisprudencia*, abril de 1991, p. 137.

filiales), está presente en cada Asociación que se pacte”; agregando que: “las condiciones que marcan la existencia del Comité de Control son reveladoras del estricto control que se pretende de las políticas en materia de hidrocarburos y en la toma de las decisiones fundamentales de la Asociación que repercutan en aquellas políticas. De esta forma, un Comité integrado paritariamente por representación de la filial y del inversionista, presidido por un representante de la filial con derecho a doble voto en casos de empate, son indudable garantía de la presencia del Estado en el destino de estas Asociaciones, no obstante que éste tiene una participación hasta del 35% del capital accionario”.

Ahora bien, todo este amplio esquema de reserva al Estado de la industria petrolera en todos sus aspectos, y el régimen de la limitada participación de las empresas privadas en el negocio petrolero sólo mediante Convenios de Asociación sometidos al control del Estado, puede decirse que fue cambiado radicalmente a partir de la sanción de la Constitución de 1999 y particularmente con la nueva legislación relativa a los hidrocarburos, al punto de que puede hablarse, específicamente, de un proceso de desnacionalización de la industria petrolera a partir de 1999.

### III. LAS BASES PARA LA “DESNACIONALIZACIÓN” DE LA INDUSTRIA PETROLERA EN 1999

#### 1. *El fundamento de la “desnacionalización” en la Constitución de 1999*

El artículo 302 de la Constitución de 1999, luego de intensos debates<sup>17</sup> y como antes se ha comentado, modificó el texto de lo que era el artículo 97 de la Constitución de 1961, y pretendió establecer directamente en su texto la reserva al Estado de la industria petrolera, en la siguiente forma: “el Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera”.

---

17 Véase nuestro voto salvado en primera discusión en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 209 y 210.

En esta forma, los principios relativos a la reserva de la industria petrolera efectuada mediante la Ley de Nacionalización de 1975<sup>18</sup>, al momento de sancionarse la Constitución de 1999 puede decirse que adquirieron rango constitucional<sup>19</sup>, pero el ámbito de la reserva resultó completamente flexible pues quedó sujeto expresamente a lo que dispusiera la “ley orgánica respectiva”. Así resultó, que la constitucionalización de la reserva de la industria petrolera no pasó de ser una declaración, sin efectos reales, la cual además se desdibujó al poco tiempo. En otros términos, la constitucionalización de la reserva al Estado de la industria petrolera a lo que condujo fue al inicio de lo que puede denominarse como la desnacionalización de la propia industria petrolera, al dictarse, en 1999, la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos y, en 2001, la Ley Orgánica de Hidrocarburos<sup>20</sup>.

En cuanto a la constitucionalización de la reserva al Estado de la industria petrolera, debe mencionarse, además, que con motivo de la propuesta de algunos constituyentes ante la Asamblea Nacional Constituyente, de constitucionalizar también la propiedad exclusiva del Estado sobre las acciones de Petróleos de Venezuela S.A.<sup>21</sup>, en la Constitución de 1999 se incorporó el artículo 303 que establece expresamente que por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional “el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A. o del ente creado

---

18 Véase nuestros comentarios sobre ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, “Aspectos organizativos de la industria petrolera nacionalizada”, en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Instituto de Derecho Público UCV, Vol. III, Tomo I, Caracas, 1981, pp. 407 a 492.

19 Esos principios son, como lo destacó Isabel Boscán de Ruesta, en primer lugar, que la reserva no fue concebida como un monopolio estatal absoluto y excluyente del sector privado; y en segundo lugar, el sistema piramidal estructurado para la administración petrolera nacional. Véase en *La actividad petrolera y la nueva ley Orgánica de Hidrocarburos*, FUNEDA, Caracas, 2002, p. 149.

20 G.O. n° 37.323 del 13 de noviembre de 2001, reformada parcialmente en 2006, *Gaceta Oficial* n° 38.493 del 4 de agosto de 2006g

21 Véase Gastón Parra Luzardo, *La Constituyente. Renacer de una esperanza ¿utopía?*, Caracas, 2002, pp. 159 y ss.

para el manejo de la industria petrolera". Pero lamentablemente, en la norma se agregó que se exceptuaba de esa reserva, la propiedad de las acciones "de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A". En esta forma, el efecto logrado fue el contrario al que se pretendía, pues la reserva de la propiedad de las acciones establecida constitucionalmente sólo quedó referida a las de Petróleos de Venezuela SA (PDVSA), es decir, a las del holding petrolero, pero no a las de sus empresas filiales, respecto de las cuales incluso la Constitución "aclaró" que las mismas si podrían ser enajenadas<sup>22</sup>. Incluso, la excepción se refiere en general a las acciones que pueda tener PDVSA en cualquier tipo de empresa, aún cuando se constituyan en el futuro, al referirse a las acciones "en asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A".

De lo anterior resulta un absoluto contrasentido la consagración constitucional de la posibilidad de la desnacionalización total de la industria petrolera. En efecto, se insiste, conforme al artículo 303 de la Constitución, lo que resultó es que lo que debe permanecer como propiedad de la República son las acciones de PDVSA, es decir, del holding de la industria petrolera, pero no de las acciones de las empresas filiales o de otras en las que PDVSA tenga acciones, las cuales en realidad son las que realizan todas las actividades operativas en la industria. En esta forma, puede decirse que fue el

---

22 En relación con esta norma, salvamos nuestro voto al estimar que no era conveniente permitir la posible venta de acciones de las empresas filiales, lo que en todo caso es materia de política pública, que es cambiante. Véase nuestro voto salvado en segunda discusión del Proyecto de Constitución en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Caracas, 1999, pp. 292-293. El constituyente Parra Luzardo, sin embargo no salvó su voto en relación con esta norma, aún cuando señale posteriormente que "no estuvo de acuerdo con el párrafo" agregado en segunda discusión respecto de la posible venta de acciones de las filiales y otras empresas. Véase Gastón Parra Luzardo, *La Constituyente. Renacer de una esperanza ¿utopía?*, Caracas, 2002, pp. 167.

propio texto constitucional el que eliminó el principio de la reserva que estaba en la Ley de Nacionalización de 1975, al permitir que las acciones de todas las empresas del Estado operadoras de la industria petrolera nacionalizada pudieran ser vendidas al sector privado. Hubiera sido preferible, sin duda, que nada se hubiera regulado sobre el tema de la propiedad de las acciones de PDVSA en la Constitución, a que se constitucionalizara expresamente la posibilidad de la venta de las acciones de las filiales de PDVSA e incluso de las empresas que se constituyeron con motivo de la apertura petrolera desarrollada en los noventa mediante los Convenios de asociación.

En todo caso, las antes analizadas normas constitucionales puede decirse que son las que constituyeron el fundamento del proceso de desnacionalización petrolera que se comenzó a producir en el país, al regularse ampliamente conforme al marco constitucional, la participación de empresas privadas en las actividades industriales y comerciales vinculadas con los hidrocarburos, a través de la Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH)<sup>23</sup> y de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (LOHG)<sup>24</sup>.

## 2. *La reducción del ámbito de las actividades de la industria petrolera reservadas al Estado*

El primer aspecto del proceso de desnacionalización de la industria derivó de la reducción que se produjo respecto del ámbito de las actividades que se han reservado al Estado, y que ha quedado concentrada primero, a las actividades primarias; segundo, a las actividades realizadas en las refinerías que existían al momento de dictarse la Ley Orgánica de 2001; tercero, a las actividades de comercialización externa e interna de hidrocarburos naturales; y cuarto, a las actividades de comercialización externa e interna so-

---

23 *Gaceta Oficial* n° 37.323 de 13-11-2001; reformada parcialmente en 2006, *Gaceta Oficial* n° 38.493 del 4 de agosto de 2006.

24 *Gaceta Oficial* n° 36.793 de 23-09-1999. El Reglamento de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (RLOHG) se publicó en *Gaceta Oficial* Extra. n° 5.471 de 05-06-2000.

bre los productos derivados cuya comercialización se reserve al Estado mediante Decreto que debe dictarse al efecto.

A. *La reserva respecto de las actividades primarias y la participación del capital privado en las mismas a través de empresas mixtas*

a. *El ámbito de la reserva*

Las actividades primarias en materia de hidrocarburos conforme a la definición de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, comprenden “la exploración, la extracción de los hidrocarburos en estado natural, su recolección, transporte y almacenamiento inicial, así como, las relativas a las obras que su manejo requiera” (Art. 9). De esta definición se destaca que la reserva se refiere a las mencionadas actividades relativas, exclusivamente, a los hidrocarburos *en su estado natural*. En consecuencia no se refiere a hidrocarburos procesados o derivados.

Además, en cuanto a las actividades reservadas (recolección, transporte y almacenamiento) sólo se refiere a la recolección, transporte y almacenamiento *inicial*, es decir, el que se realiza primigeniamente luego de la extracción de los hidrocarburos en estado natural, y que se refiere por tanto a los *hidrocarburos en estado natural*.

Estas actividades primarias son reservadas al Estado (Art.9 LOH), correspondiendo su desarrollo, sea directamente al Estado, a través del Ejecutivo Nacional, mediante empresas de la exclusiva propiedad del Estado (Empresas del Estado), o mediante empresas mixtas con capital del Estado en más del 50% del capital social (Arts. 22 y 27 al 32 LOH). Por esta última vía, en todo caso, se permite la participación del capital privado en las actividades primarias, lo que no era permitido conforme a la Ley de nacionalización de 1975.

b. *La posibilidad de participación del capital privado en las actividades primarias a través de las Empresas Operadoras mixtas*

En consecuencia, la Ley Orgánica estableció que las actividades primarias también pueden ser desarrolladas con participación del capital privado a través de empresas mixtas, que son aquellas en las cuales el Estado mantiene una participación mayor del 50% de su capital social, y que están reguladas en los artículos 33 a 37 de la LOH. En consecuencia, las empresas privadas podrían participar en realización de las actividades primarias formando parte -como accionistas- en una empresa mixta, aún cuando la participación accionaria siempre deba ser menor al 50% del capital.

Se destaca, de esta previsión, que al establecer la Ley Orgánica un porcentaje rígido de participación pública accionaria en las empresas mixtas para la participación del capital privado en el desarrollo de las actividades primarias (mayor al 50% del capital social), con ello se modificó el sentido del control estatal sobre los Convenios de Asociación que regulaba la Ley de Nacionalización derogada, y que permitía que con un capital mayoritario privado, el Estado pudiera suscribir Convenios de Asociación manteniendo el control del mismo, como antes se ha analizado. La nueva Ley Orgánica restringió en esta forma la posibilidad de participación del capital privado (no estatal) en las actividades primarias de hidrocarburos<sup>25</sup>.

---

25 Por ello resulta incomprensible que en diciembre de 2001, después de que el Decreto-Ley se hubiera dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros y publicado en *Gaceta Oficial* el 13 de noviembre de 2001, en virtud de que se dispuso en su texto que la Ley entraba en vigencia el día 1º de enero de 2002; en ese lapso el Ejecutivo Nacional se hubiera apresurado a someter a la Asamblea Nacional la solicitud de autorización para la celebración de una Asociación conforme a los términos de la Ley de Nacionalización de 1975 que se estaba derogando por el mismo Decreto Ley ya publicado pero aún no vigente, y que la nueva Ley prohibía. De ello resultó el Convenio de Asociación Estratégica con la empresa estatal china, *China Nacional Oil and Gas Exploration and Development Corporation* como empresa filial de la empresa *China Nacional Petroleum Corporation* y la empresa Bitúmenes Orinoco (BI-

Ahora bien, conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica, el Ejecutivo Nacional puede transferir a las empresas del Estado o a las antes mencionadas empresas mixtas, que la Ley denomina como “Empresas Operadoras”, “el derecho al ejercicio de las actividades primarias”, así como “la propiedad u otros derechos sobre bienes muebles o inmuebles del dominio privado de la República, requeridos para el eficiente ejercicio de tales actividades” (Art. 24).

c. *La aprobación parlamentaria*

A los efectos de la constitución de empresas mixtas para participar en actividades primarias de hidrocarburos, la Ley exige la aprobación previa de la Asamblea Nacional, a cuyo efecto, el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, debe informarla de todas las condiciones y circunstancias pertinentes, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República. La Asamblea Nacional puede modificar las condiciones propuestas o establecer las que considere convenientes (Artículo 33 LOH).

d. *La selección de la Empresa Operadora*

Para la selección de las empresas operadoras, el organismo público competente debe promover la concurrencia de diversas ofertas, a cuyo efecto, el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Minas, debe crear los respectivos comités para fijar las condiciones necesarias y seleccionar a las empresas.

Por otra parte, el Ministerio de Energía y Minas puede suspender el proceso de selección o declararlo desierto, sin que ello genere indemnización alguna por parte de la República (Art. 37 LOH).

---

TOR) filial de Petróleos de Venezuela SA PDVSA, para la producción de Bitúmen, diseño, construcción y operación de un módulo de producción y emulsificación de bitúmen natural para la elaboración de Orimulsión; en el cual la empresa BITOR sólo tenía el 30 % de participación en el capital social. Véase el Acuerdo autorizador de la Asamblea Nacional en *Gaceta Oficial* n° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

Sin embargo, esta obligación legal de promover la concurrencia para la selección de los inversionistas privados que puedan participar en las empresas mixtas, tiene una excepción, por razones de interés público o por circunstancias especiales de las actividades, en cuyo caso, el Ejecutivo nacional puede hacer una escogencia directa de las operadoras, previa aprobación del Consejo de Ministros.

e. *Las condiciones mínimas*

Entre las condiciones mínimas que deben cumplir las empresas mixtas a ser constituidas, se destaca el hecho de que la duración máxima para la realización de la actividad económica concreta debe ser de 25 años, prorrogable por un lapso a ser acordado por las partes, no mayor de 15 años. Esta prórroga debe ser solicitada después de cumplirse la mitad del período para el cual fue otorgado el derecho a realizar las actividades y antes de los 5 años de su vencimiento (Art. 34 LOH).

Otra condición es la necesaria indicación de la ubicación, orientación, extensión y forma del área donde haya de realizarse las actividades y las demás especificaciones que establezca el Reglamento.

Además, conforme a la Ley exige se deben incluir dentro de las condiciones o, en su defecto, se tendrán como incorporadas en las mismas, las cláusulas siguientes (Artículo 34 LOH):

En *primer lugar*, que las tierras y obras permanentes, incluyendo las instalaciones, accesorios y equipos que formen parte integrante de ellas, así como cualesquiera otros bienes adquiridos con destino a la realización de dichas actividades, sea cual fuere su naturaleza o título de adquisición, deben ser conservados en buen estado para ser entregados en propiedad a la República, libre de gravámenes y sin indemnización alguna, al extinguirse por cualquier causa los derechos otorgados, de manera que se garantice la posibilidad de continuar las actividades, si fuere el caso, o su cesación con el menor daño económico y ambiental.

En *segundo lugar*, y conforme a lo que dispone el artículo 151 de la Constitución, las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la realización de actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje en los casos permitidos por la ley que rige la materia, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

- f. *La situación de la participación del capital privado en la realización de actividades primarias mediante Convenios de asociación suscritos antes de la Ley Orgánica de 2001*

La Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001, como se ha dicho, declaró la reserva al Estado de las actividades primarias en materia de hidrocarburos, disponiendo, sin embargo, la posibilidad de participación del capital privado en las mismas mediante la constitución de empresas mixtas con un capital en el cual la empresa petrolera estatal tuviese más del 50% del capital social. La Ley Orgánica, además, derogó el régimen legal que permitía los convenios de asociación que regulaba el artículo 5 de la Ley de Nacionalización.

La consecuencia de lo anterior fue que a partir del 1 de enero de 2002, no se pudieron suscribir nuevos convenios de asociación, lo que quizás explica el apresuramiento que tuvo el Ejecutivo Nacional de someter a la Asamblea Nacional, incluso luego de publicada la nueva Ley Orgánica en *Gaceta Oficial* el 13 de noviembre de 2001, pero antes de que entrara en vigencia el día 1º de enero de 2002, una solicitud de autorización para la celebración de un Convenio de Asociación conforme a los términos de la derogada Ley de Nacionalización de 1975, pero que la nueva Ley prohibía, con una empresa filial de la empresa estatal china, *China Nacional Petroleum Corporation* para la producción de bitúmen, y producción de Ori-

mulsi3n, en la cual la Filial de PDVSA tena el 30 % de participaci3n en el capital social<sup>26</sup>.

En todo caso, el cambio de r3gimen de participaci3n del capital privado en la nueva Ley Org3nica de Hidrocarburos de 2001, no poda tener efectos retroactivos, por lo que los Convenios de Asociaci3n que se haban suscrito con anterioridad a su entrada en vigencia, no s3lo los resultantes de las rondas de negociaciones de 1993 y 1997, sino el autorizado a 3ltima hora en diciembre de 2001, continuaron vigentes en los t3rminos contractuales conforme a los cuales haban sido suscritos, de acuerdo con el Marco autorizado por las C3maras Legislativas.

*B. La reserva al Estado de las instalaciones de las refin3rías existentes de propiedad p3blica*

En relaci3n con las instalaciones destinadas a la actividad de refinaci3n, la Ley Org3nica distingui3 entre instalaciones existentes al momento de publicarse la Ley, y las nuevas refin3rías. (Arts. 10 y 11 LOH). Sobre las primeras, es decir, sobre "las instalaciones y obras existentes, sus ampliaciones y modificaciones, propiedad del Estado o de las empresas de su exclusiva propiedad, dedicadas a las actividades de refinaci3n de hidrocarburos naturales en el pa3s y al transporte principal de productos y gas", dispuso el art3culo 10 de la Ley Org3nica que "quedan reservadas al Estado en los t3rminos establecidos en este Decreto Ley" (Art. 10).

La Ley Org3nica, sin embargo, nada m3s agrega sobre esta "reserva de instalaciones existentes" dedicadas a la refinaci3n de hidrocarburos naturales en el pa3s (se excluyen las que siendo propiedad de PDVSA estaban ubicadas en el exterior) o al "transporte principal de productos y gas". Por ello, en cuanto a las instalaciones de refinaci3n existentes, la disposici3n de la Ley podr3a dar origen a dos interpretaciones: en primer lugar, que las refin3rías existentes de propiedad p3blica, como bienes del Estado, deben

---

26 Véase el Acuerdo autorizador de la Asamblea Nacional en *Gaceta Oficial* n3 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

permanecer siendo de propiedad del Estado, la que estimamos es la interpretación adecuada; o que las actividades de refinación que se realicen en dichas instalaciones existentes de propiedad pública, además, sólo podrían realizar por el Estado, lo que no estaría acorde con el sentido general de las nuevas regulaciones de la Ley.

En el segundo de los dos sentidos posibles de la norma, en efecto, el resultado sería contradictorio con el postulado general de que las actividades de refinación se pueden realizar tanto por el Estado como por los particulares conjunta y separadamente como lo establece el mismo artículo 10 de la Ley. En consecuencia, la duda interpretativa que puede decirse que existe en relación a si en estas refinerías de propiedad pública que existían en el territorio nacional al momento de sancionarse la Ley, el Estado podría asociarse con particulares mediante empresas mixtas para realizar la actividad de refinación o podría otorgar licencias a los particulares para la realización con ellas de actividades de refinación, estimamos que debería resolverse afirmativamente de acuerdo al sentido general que tiene la Ley a favor de la desnacionalización de la industria petrolera.

C. *La reserva de las actividades de comercialización de hidrocarburos naturales, y de comercialización de productos derivados que hayan sido reservadas mediante Decreto*

De acuerdo con la LOH también se reservan al Estado las siguientes actividades de comercio interno y externo de hidrocarburos:

En *primer lugar*, las actividades realizadas con hidrocarburos naturales, las cuales sólo pueden ser ejercidas por las empresas del Estado. (Artículos 27 y 57); y

En *segundo lugar*, las actividades realizadas respecto de los productos derivados de hidrocarburos cuya comercialización el Estado se reserve expresamente mediante Decreto, en cuyo caso también sólo podrán ser ejercidas exclusivamente por las empresas del Estado (Arts. 27 y 57 LOH). El ámbito de estas actividades reservadas, por tanto, es variable, según el decreto que dicte el Ejecu-

tivo Nacional, en el cual se pueden aumentar o disminuir las actividades sobre productos derivados de hidrocarburos que se reservan.

En relación con esta reserva, además, debe indicarse que la misma se concibió en forma absoluta, de manera que el capital privado no puede participar en el desarrollo de las mismas por ejemplo, mediante empresas mixtas, como en cambio si puede suceder en relación con las actividades primarias.

3. *La posibilidad de participación del capital privado en las actividades de la industria petrolera de carácter concurrente (que no están reservadas) y sus modalidades (licencias y permisos)*

A. *La participación del capital privado en las actividades de refinación de hidrocarburos naturales mediante licencia*

Las actividades de refinación comprenden la destilación, purificación y transformación de los *hidrocarburos naturales* objeto de la Ley Orgánica, realizadas con el propósito de añadir valor a dichas sustancias (Art. 10 LOH). Estas actividades pueden ser desarrolladas “por el Estado y los particulares, conjunta o separadamente” (Artículo 10 LOH), mediante la obtención de una licencia. Sin embargo, como se dijo, en cuanto a la refinación en las instalaciones existentes al momento de publicarse la Ley y que eran propiedad del Estado, las mismas quedan reservadas al Estado, disposición que podría interpretarse en el sentido de que no se permite la participación de los particulares en las actividades desarrolladas en las mismas.

Con esta salvedad, en los otros supuestos, la refinación de hidrocarburos naturales es una actividad que se puede realizar por los privados mediante licencia del Estado.

a. *La licencia del Ministerio de Energía y Minas*

Para el ejercicio de actividades de refinación de hidrocarburos naturales, se debe obtener licencia del Ministerio de Energía y Mi-

nas (Art. 12 LOH), para lo cual se debe cumplir con los siguientes requisitos (Artículo 13 LOH):

“-Identificación de las empresas y sus representantes.

-Descripción del proyecto, con indicación de la tecnología aplicable y del destino de los productos, así como de los recursos económicos aplicables al proyecto.

-Duración de la empresa o del proyecto, la cual no será superior a veinticinco (25) años, prorrogables por un lapso a ser acordado no mayor de quince (15) años, si se han cumplido los requisitos del proyecto.

-Indicación de las ventajas especiales que se ofrezcan a favor de la República”.

En las licencias que se otorguen se debe incluir las siguientes disposiciones, o en su defecto, se tendrán como insertas, en el texto de la licencia (Artículo 15 LOH).

“-Las tierras y obras permanentes, incluyendo las instalaciones, accesorios y equipos que formen parte integrante de ellas, cualesquiera otros bienes adquiridos con destino a la realización de dichas actividades, sea cual fuere su naturaleza o título de adquisición, deberán ser conservados en buen estado para ser entregados en propiedad a la República, libre de gravámenes y sin indemnización alguna, al extinguirse por cualquier causa los derechos otorgados, de manera que se garantice la posibilidad de continuar las actividades, si fuere el caso, o su cesación con el menor daño económico y ambiental.

-Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la realización de actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje en los casos permitidos por la ley que rige la materia, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”.

b. *El registro en el Ministerio de Energía y Minas*

Las personas que se dediquen a las actividades de refinación de hidrocarburos naturales, además, deben inscribir la licencia en el registro que para tal efecto lleve el MEM (art. 14 LOH).

Cualquier cesión o traspaso o gravamen de la licencia debe contar con la aprobación previa del MEM y debe asentarse en el registro que lleva dicho organismo (art. 16 LOH).

Las licencias podrán ser revocadas por el MEM, en los casos previstos en la ley, concretamente, por la ocurrencia de causas de revocatoria establecidas en la propia licencia o por realizarse cesión, gravamen o ejecución sin la autorización de dicho Ministerio (Art. 17 LOH).

c. *Las instalaciones para la refinación*

Como se dijo, en relación con las instalaciones destinadas para la actividad de refinación, la Ley distingue entre instalaciones existentes y las nuevas refinerías. (Arts. 10 y 11 LOH) Sobre este particular, como se ha dicho, pauta que las instalaciones y obras existentes, sus ampliaciones y modificaciones, propiedad del Estado o de las empresas de su exclusiva propiedad, dedicadas a las actividades de refinación de hidrocarburos naturales en el país y al transporte principal de productos y gas, quedan reservadas al Estado en los términos establecidos en el Decreto Ley.

Por lo que respecta a las instalaciones nuevas, el artículo 11 de la ley prevé que éstas deben responder a un plan nacional para su instalación y operación y deben estar vinculadas a proyectos determinados aprobados por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Minas. Estas refinerías deben estar dirigidas principalmente, a la modernización de los procesos a ser utilizados y a la obtención de combustibles limpios.

B. *Las actividades de industrialización de hidrocarburos refinados mediante permisos*

a. *El régimen general*

Las actividades de industrialización de *hidrocarburos refinados* comprende las de separación, destilación, purificación; conversión, mezcla y transformación de los mismos, realizadas con el propósito de añadir valor a dichas sustancias mediante la obtención de espe-

cialidades de petróleo u otros derivados de hidrocarburos. (Art. 49 LOH)

Estas actividades de industrialización pueden ser realizadas por el Estado, directamente, a través del Ejecutivo Nacional; por empresas de su exclusiva propiedad; por empresas mixtas, con participación de capital estatal y privado, en cualquier proporción; y por empresas privadas, sea de capital nacional o extranjero (Art. 50 LOH), mediante la obtención de permisos.

El Ejecutivo Nacional debe adoptar las medidas necesarias para la industrialización en el país de los hidrocarburos refinados, para lo cual deberá cumplir con las siguientes orientaciones (Art. 51 LOH):

- “1. Estimular la mayor y más profunda transformación de los hidrocarburos refinados.
2. Fomentar las inversiones en proyectos generadores de sustancias que apoyen el desarrollo del sector industrial nacional.
3. Asegurar que las refinerías y plantas procesadoras de hidrocarburos bajo el control del Estado garanticen con carácter prioritario, respecto a la alternativa de exportación, el suministro oportuno para su posterior procesamiento de las sustancias básicas en cantidad y calidad y con esquemas de precios y condiciones comerciales que permitan el desarrollo de empresas competitivas en los mercados internacionales.
4. Desarrollar parques industriales alrededor de las refinerías y en zonas donde se facilite el suministro de hidrocarburos o sus derivados.
5. Que se estimule la creación y participación de entes financieros en la industrialización de los hidrocarburos en el país.
6. Que las empresas que realicen actividades de industrialización de hidrocarburos en el país fomenten a su vez la industrialización, aguas abajo, de los insumos que producen.
7. Cualesquiera otras que señalen los Reglamentos”.

Por otra parte, debe señalarse que conforme al artículo 52 LOH, el Ejecutivo Nacional debe dar prioridad a los proyectos de industrialización de hidrocarburos refinados que estimulen la for-

mación de capital nacional y vinculen éste a una “mayor agregación de valor a los insumos procesados y cuyos productos sean competitivos en el mercado exterior”.

b. *Los permisos*

Las empresas privadas que pretendan desarrollar actividades de industrialización de hidrocarburos refinados, deben obtener un permiso que debe ser otorgado por el Ministerio de Energía y Minas, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos (Art. 53):

- “-Identificación de las empresas y sus representantes.
- Indicación de la fuente de suministro de la materia prima.
- Definición del proyecto con señalamiento del destino de los productos”.

c. *El registro en el MEM*

Quienes se dediquen en el país a las actividades de industrialización de los hidrocarburos refinados, deben inscribir el permiso en el registro que al efecto debe llevar el Ministerio de Energía y Minas. (Artículo 54 LOH).

C. *Las actividades de comercialización de productos derivados de los hidrocarburos mediante permisos*

a. *Régimen general*

Las actividades de comercialización comprenden el comercio interior y el comercio exterior, tanto de los hidrocarburos naturales, como de sus productos derivados (Artículo 56 LOH). Como se ha señalado, la Ley Orgánica reserva al Estado las siguientes actividades de comercio interno y externo de hidrocarburos: aquellas realizadas con hidrocarburos naturales, las cuales sólo pueden ser ejercidas por las empresas del Estado (Artículo 57); y aquellas realizadas sobre los productos derivados cuya comercialización se reserve al Estado mediante Decreto, en el cual el Ejecutivo Nacional debe identificar el producto expresamente, y las cuales sólo pueden ser ejercidas en exclusividad por las empresas del Estado (Art.57

LOH), no permitiéndose la participación del capital privado en el desarrollo de las mismas.

Ahora bien, en cuanto a las otras actividades de comercio interno y externo de productos derivados no reservados o no excluidos por el Ejecutivo Nacional, las mismas pueden ser realizadas por el Estado, directamente, a través del Ejecutivo Nacional; por empresas de la exclusiva propiedad del Estado (Empresas del Estado); por empresas mixtas, con participación de capital estatal y privado, en cualquier proporción; y por empresas privadas (Art. 58 LOH) mediante la obtención de permisos.

b. *Las actividades de servicios públicos en relación con los productos derivados y su prestación por los particulares*

Dentro de las actividades relativas al comercio interior de productos derivados de hidrocarburos, el artículo 60 de la Ley declara que “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 59), destinados al consumo colectivo interno”.

La consecuencia de la calificación de estas actividades como servicio público es que los precios de dichos productos deben ser fijados por el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas. Dichos precios pueden fijarse mediante bandas o cualquier otro sistema que resulte adecuado, a los fines previstos en el Decreto Ley, tomando en cuenta las inversiones y la rentabilidad de las mismas.

Además, el Ministerio debe adoptar medidas para garantizar el suministro, la eficiencia del servicio y evitar su interrupción.

c. *Los permisos para realizar la actividad*

Conforme al artículo 61 de la ley, las personas naturales o jurídicas que deseen ejercer las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos deri-

vados de hidrocarburos, deben obtener previamente permiso del Ministerio de Energía y Minas. Los permisos están sujetos a las normas establecidas en la Ley Orgánica, su Reglamento y las Resoluciones respectivas; y su cesión o traspaso requiere la autorización previa del Ministerio de Energía y Minas (Artículo 61 LOH).

La Ley Orgánica permite que las personas naturales o jurídicas que ejerzan las actividades antes señaladas, puedan realizar más de una actividad, siempre que exista la separación jurídica y contable entre ellas (Artículo 61 LOH)

Por lo que respecta a la transmisión de derechos sobre expendios de combustibles, el artículo 65 de la Ley reconoce expresamente que se deberá pagar el valor del fondo de comercio perteneciente a quien esté ejerciendo la actividad.

d. *Las autorizaciones para la construcción, modificación o destrucción de obras:*

El artículo 62 de la Ley Orgánica dispone que la construcción, modificación, ampliación, destrucción o desmantelamiento de establecimientos, instalaciones o equipos, destinados al comercio interior de los productos derivados de hidrocarburos, deben ser previamente autorizados por el Ministerio de Energía y Minas.

e. *La revocatoria del permiso*

Por otra parte, el Ministerio de Energía y Minas puede revocar los permisos, cuando el incumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley, su Reglamento o en Resoluciones, comprometan la eficiencia o continuidad del servicio o pongan en peligro la seguridad de personas y bienes. (Artículo 63 LOH)

D. *Las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos no asociados mediante licencia*

a. *Régimen general relativo a los hidrocarburos no gaseosos*

La Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (LOHG) regula todas las actividades vinculadas con los hidrocarburos gaseosos, tanto aquellos asociados con el petróleo u otros fósiles, como aquellos no asociados.

En dicha Ley se establece que tanto el Estado, directamente o mediante entes de su propiedad, como las personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado y mediante permisos o licencias, pueden realizar actividades de exploración en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, de 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 (arts. 1 y 2).

El artículo 22 de la Ley repite el mismo principio general en cuanto a las actividades referentes a la exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos *no asociados*, así como las de procesamiento, almacenamiento, transporte, distribución, industrialización, comercialización y exportación, indicando que pueden ser realizadas directamente por el Estado o por entes de su propiedad, o por personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado. La norma agrega que las actividades a ser realizadas por personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado, requerirán licencia o permiso, según el caso, y deberán estar vinculadas con proyectos o destinos determinados, dirigidos al desarrollo nacional, conforme al artículo 3º de la Ley.

Dependiendo de la actividad, las personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado, requerirán licencia o permiso, según el caso, y deberán estar vinculadas con proyectos o destinos determinados, dirigidos al desarrollo nacional. (Art. 22 LOHG).

b. *La licencia para la realización de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos no asociados:*

Las personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado, que deseen realizar actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos no asociados, deben obtener la licencia correspondiente del Ministerio de Energía y Minas (MEM) (Art. 24 LOHG).

Las licencias deben ser otorgadas previo proceso licitatorio que debe efectuar el MEM. Sin embargo, el Ejecutivo Nacional, por órgano del MEM y previa autorización del Consejo de Ministros, puede otorgar directamente licencias, por razones de interés público o por circunstancias particulares de las actividades, siempre y cuando se cumplan las condiciones que impone la Ley (Art. 21 del Reglamento).

La licencia otorga a su titular, el derecho exclusivo para realizar las actividades de exploración y explotación en un área geográfica determinada (Art. 20 Reglamento). Estos derechos no son gravables ni ejecutables, pero pueden ser cedidos previa autorización del Ministerio de Energía y Minas (Art. 25, Ley).

c. *Los requisitos para la obtención de las licencias*

Para el otorgamiento de las licencias, se deben cumplir las siguientes condiciones (Artículo 24 LOHG):

“-Descripción del proyecto, con indicación del destino de dichos hidrocarburos, conforme al artículo 3º de la Ley. (Dicho artículo señala que las actividades deben estar dirigidas al desarrollo nacional)

-Duración máxima de treinta y cinco (35) años, prorrogable por un lapso a ser acordado entre las partes, no mayor de treinta (30) años. Esta prórroga deberá ser solicitada después de cumplirse la mitad del período para el cual se otorgó la licencia y antes de los cinco (5) años de su vencimiento.

-Plazo máximo de cinco (5) años para la realización de la exploración y cumplimiento de los programas respectivos, incluido dentro del plazo inicial indicado en el numeral anterior, con sujeción a las demás condiciones que indique el Reglamento.

-Indicación de la extensión, forma, ubicación y delimitación técnica del área objeto de la licencia y cualquier otro requisito, que para la mejor determinación de dicha área, señale el Reglamento.

-Indicación de las contraprestaciones especiales que se estipulen a favor de la República”.

En las licencias, aunque no aparezcan expresamente, se tendrán como insertas las cláusulas siguientes:

En *primer lugar*, que las tierras y obras permanentes, incluyendo las instalaciones, accesorios y equipos que formen parte integral de ellas y cualesquiera otros bienes adquiridos con destino al objeto de la licencia, sea cual fuere su naturaleza o título de adquisición, deberán ser conservadas en buen estado para ser entregados en propiedad a la República, libre de gravámenes y sin indemnización alguna, al extinguirse por cualquier causa las respectivas licencias, de manera que se garantice la continuidad de las actividades si fuere el caso o su cesación con el menor daño económico y ambiental.

En *segundo lugar*, que las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la licencia y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

#### d. *La revocación de la licencia*

Las licencias otorgadas son revocables por el Ministerio de Energía y Minas, por las causales siguientes (Artículo 25 LOHG):

“-Por incumplimiento de lo previsto en los programas de exploración;

-Por incumplimiento de las condiciones establecidas en el numeral 3 del artículo 24 de la Ley, concretamente, lo relativo al plazo máximo de cinco (5) años para la realización de la exploración y cumplimiento de los programas respectivos. (Ver literal b, A del punto 5, *supra*) y por el incumplimiento de las contraprestaciones que se hayan estipulado a favor de al República;

-Por cederla sin la autorización requerida;

-Por la ocurrencia de las causas de revocatoria establecidas en la propia licencia y en particular las que estuvieren referidas a las condiciones de explotación y a la ejecución del proyecto; y,

-Por la revocatoria prevista en el artículo 21 de la Ley, que se refiere a la posibilidad de revocar las licencias de explotación, para salvaguardar los intereses de la República, para el caso de que un yacimiento se encuentre en zonas limítrofes”.

E. *Las actividades relativas a hidrocarburos gaseosos distintas a la exploración y explotación, mediante permisos*

a. *Las diversas actividades relativas a hidrocarburos gaseosos producidos por otros*

La Ley regula “las actividades distintas a las de exploración y explotación” disponiendo en su artículo 27 que quienes deseen realizar actividades relacionadas con hidrocarburos gaseosos, asociados o no asociados, *producidos por otras personas*, deberán obtener el permiso correspondiente del Ministerio de Energía y Minas, previa definición del proyecto o destino determinado de dichos hidrocarburos, conforme al artículo 3º de la Ley. Estas actividades las regula el Reglamento indicando separadamente las relativas al transporte de gas, la distribución de gas, el procesamiento de los líquidos gas natural (LGN) y la comercialización del gas licuado del petróleo (GLP).

Según el referido Reglamento, el transporte comprende el diseño, construcción, operación, mantenimiento y administración de los sistemas de transporte, desde los puntos de entrega de los productores o de otros transportistas, hasta los puntos de recepción de

los distribuidores, otros transportistas o consumidores mayores. También comprende la gestión comercial para optimizar la capacidad y el uso de los sistemas de transporte. (Artículo 51 del Reglamento)

La distribución comprende el diseño, la construcción, la operación el mantenimiento y la administración de los sistemas de distribución, desde los puntos de entrega de los productores o transportistas, hasta los puntos de recepción de los consumidores. Igualmente comprende la gestión comercial para optimizar la capacidad y el uso de los sistemas de distribución. (Artículo 52 del Reglamento).

El procesamiento del gas natural abarca los procesos de separación, extracción, fraccionamiento, almacenamiento y comercialización de los líquidos del gas natural y otras sustancias asociadas al gas natural. (Artículo 75 del Reglamento)

Por último, la comercialización del gas licuado del petróleo se refiere al transporte, almacenamiento y distribución del GLP, así como las actividades de intermediación. (Artículo 78 del Reglamento)

b. *Las actividades consideradas como servicio público*

El artículo 5 de la Ley Orgánica dispone que las actividades relacionadas directa o indirectamente con el transporte y distribución de gases de hidrocarburos destinados al consumo colectivo, constituyen un servicio público. En consecuencia, el artículo 8 de la Ley dispone que los almacenadores, los transportistas y los distribuidores de hidrocarburos gaseosos a los cuales se refiere la Ley, tienen la obligación de prestar el servicio en forma continua y de conformidad con las normas legales, reglamentarias y técnicas de eficiencia; calidad y seguridad.

Tratándose de servicios públicos, el artículo 12 de la Ley autoriza al Ministerio de Energía y Minas para determinar los precios de los hidrocarburos gaseosos desde los centros de producción y procesamiento, atendiendo principios de equidad. Además, los

Ministerios de Energía y Minas y de la Producción y el Comercio, conjuntamente, deben fijar las tarifas que se aplicarán a los consumidores finales y a los servicios que se presten de conformidad con la Ley.

c. *Las actividades de industrialización*

En cuanto a las actividades de industrialización de los hidrocarburos gaseosos, conforme al artículo 30 de la Ley, también pueden ser realizadas directamente por el Estado, por entes de su propiedad; o por personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado, mediante la obtención de permisos.

A tal efecto, como lo indica el artículo 31 de la Ley, el Ejecutivo Nacional debe dictar la reglamentación necesaria para la industrialización de los hidrocarburos gaseosos en el país, la cual debe contener, entre otras disposiciones, medidas a fin de:

- “1. Que se desarrollen parques industriales en zonas donde se facilite el suministro de dichos hidrocarburos;
2. Que las refinerías y plantas procesadoras de hidrocarburos gaseosos garanticen el suministro de las materias primas disponibles;
3. Que los precios y condiciones de suministro de las materias primas permitan la formación de empresas eficientes y competitivas;
4. Que se estimule la creación y participación de entes financieros en la industrialización de hidrocarburos gaseosos en el país; y,
5. Que las empresas que realicen actividades de industrialización de hidrocarburos gaseosos en el país, fomenten a su vez la industrialización, aguas abajo, de los insumos que producen”.

En todo caso, el Ejecutivo Nacional debe dar prioridad a los proyectos de industrialización de los hidrocarburos gaseosos que propendan a la formación de capital nacional, a una mayor agregación de valor a los insumos procesados y cuyos productos sean competitivos en el mercado exterior (Art. 32). Los proyectos referentes a la industrialización de los hidrocarburos gaseosos, ade-

más, deben inscribirse en el Registro que a tal efecto lleve el Ministerio de Energía y Minas (Art. 33).

d. *Los permisos*

Quienes deseen realizar actividades relacionadas con hidrocarburos gaseosos, asociados o no asociados, producidos por otras personas, deben obtener el permiso correspondiente del Ministerio de Energía y Minas, previa definición del proyecto o destino determinado de dichos hidrocarburos (Art. 27 de la Ley).

Conforme con el texto del artículo 27, a los permisos se les aplicarán los requisitos y condiciones ya indicados para las licencias de exploración y explotación, salvo en lo que se refiere al plazo máximo de cinco (5) años para la realización de la actividad, y el relativo a la indicación de la extensión, ubicación y delimitación técnica del área objeto de la licencia y cualquier otro requisito, que señale el Reglamento.

Por lo que respecta a los permisos para actividades relacionadas con el procesamiento de industrialización de los hidrocarburos gaseosos así como a las actividades relacionadas con la comercialización de los gases licuados del petróleo, sin embargo, los siguientes requisitos previstos para las licencia no se les aplican: el término de duración de 35 años; y la cláusula de reversión.

Por lo que respecta a los permisos para el transporte y distribución de gas, el Reglamento pauta que se debe cumplir con lo siguiente (Art. 63):

- “-Solicitud al MEM con la documentación que permita identificar al interesado, determinar su capacidad técnica para la operación y su capacidad comercial, administrativa y financiera;
- Definición y descripción del proyecto
- Propuestas de participación nacional según lo pautado en el Reglamento”.

En lo atinente a los requisitos para el procesamiento de gas natural y la comercialización del GLP, el reglamento se limita a exigir el permiso previo, sin otras especificaciones.

e. *La revocación del permiso*

Conforme al artículo 28 de la Ley, los permisos pueden ser revocados por el Ministerio de Energía y Minas en caso de que se realizare su cesión o traspaso sin la autorización requerida para ello, o cuando se demuestre el incumplimiento del programa de ejecución del proyecto. Igualmente, cuando se incurra en cualquiera otra causal establecida en el propio permiso o en el Reglamento de la Ley.

4. *La rechazada propuesta de re-nacionalización de la industria petrolera con la fallida reforma constitucional de 2007*

Como hemos dicho, conforme al artículo 302 de la Constitución, si bien la reserva de la industria petrolera efectuada mediante la Ley Orgánica de 1975, adquirió rango constitucional, ello se sujetó a lo que estableciera la ley orgánica respectiva, la cual podría ser modificada, como en efecto ocurrió en con la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2000. La reserva que se estableció en 1999, por tanto, no fue ni rígida ni absoluta, sino flexible, conforme se estableciera en la ley orgánica respectiva.

Con la reforma constitucional que la Asamblea Nacional sancionó el 2 de noviembre de 2007 y que sin embargo, fue rechazada por el voto popular expresado en el referendo del 2 de diciembre de 2007, se buscaba cambiar radicalmente la concepción de la regulación antes indicada, mediante el establecimiento de la reserva al Estado, en la propia Constitución, **“por razones de soberanía, desarrollo e interés nacional, [de] las actividades de exploración y explotación de los hidrocarburos líquidos, sólidos y gaseosos, así como su recolección, transporte y almacenamiento iniciales y las obras que estas actividades requieran.”** En la norma se buscaba agregar que “el Estado promoverá la manufactura nacional procesando las correspondientes materias primas, asimilando, creando e innovando

tecnologías nacionales, especialmente en lo que se refiere a la Faja Petrolífera del Orinoco, los cinturones gasíferos tierra adentro y mar afuera y los corredores petroquímicos, con el fin de desarrollar las fuerzas productivas, impulsar el crecimiento económico y lograr la justicia social". Además, se indicaba en la norma propuesta que "el Estado mediante ley orgánica podrá reservarse cualquier otra actividad relacionada con los hidrocarburos".

Se buscaba agregar en el artículo, además, la previsión de que las actividades reservadas se debían ejercer "por el Ejecutivo Nacional directamente, o por medio de entes o empresas de su exclusiva propiedad, o por medio de empresas mixtas en las cuales tenga el control y la mayoría accionaria", con lo cual se buscaba constitucionalizar el régimen de las empresas mixtas de hidrocarburos, indicándose que "la adecuación al nuevo ordenamiento de los negocios existentes en materia de hidrocarburos gaseosos se hará mediante ley".

Por otra parte, en la rechazada reforma respecto del artículo 113, se previó también, que el Estado podía reservarse directamente o mediante empresas de su propiedad, la explotación o ejecución de la explotación de recursos naturales o de cualquier otro bien del dominio de la Nación, considerados de carácter estratégico por la Constitución o la ley, así como de la prestación de servicios públicos vitales, considerados como tales por la Constitución o la ley.

En relación con todas las actividades reservadas, también se proponía reformar radicalmente el artículo 303 de la Constitución, estableciéndose una prohibición absoluta de privatizar ninguna actividad reservada al Estado, buscándose eliminar así la absurda posibilidad que había dejado abierta la Constitución de 1999 para que las acciones de la empresas filiales de Petróleos de Venezuela S.A., de las asociaciones estratégicas y de las demás empresas constituidas como consecuencia del desarrollo de los negocios de Petróleos de Venezuela S.A., pudieran ser enajenadas. En la rechazada reforma se proponía establecer, en cambio, que "por razones de soberanía económica, desarrollo e interés nacional, Petróleos de Venezuela S.A. y los entes o empresas de propiedad exclusiva del Estado que desarrollen en el territorio nacional actividades reser-

vadas, no podrán ser privatizados total ni parcialmente”. Se buscaba agregar, además, que “el Ejecutivo Nacional, por órgano del ministerio con competencia en la materia, fiscalizará y ejercerá el control sobre las actividades reservadas, así como sobre el transporte de los hidrocarburos y sus derivados en todo el territorio nacional, desde su extracción hasta el consumidor final en el mercado doméstico, o hasta los puertos y puntos de exportación”<sup>27</sup>.

#### IV. LA “ESTATIZACIÓN” O LA TERMINACIÓN ANTICIPADA UNILATERAL DE LOS CONVENIOS OPERATIVOS Y DE ASOCIACIÓN QUE PERMITÍAN LA PARTICIPACIÓN DEL CAPITAL PRIVADO EN LAS ACTIVIDADES PRIMARIAS SUSCRITOS ANTES DE 2002

A partir de 2006, el Estado venezolano, después de haber establecido el marco para la desnacionalización de la industria petrolera, comenzó un proceso de “estatización” o de “renacionalización” petrolera mediante la eliminación progresiva, mediante ley, de la participación del capital privado en las actividades de la industria petrolera que se había desarrollado antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos en 2001.

Como se dijo, para el momento en que se dictó la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001, los particulares podían participar y participaban en la realización de las actividades de hidrocarburos a través de dos modalidades previstas en la legislación anterior: los Convenios Operativos con las empresas del Estado, y mediante Convenios de Asociación Estratégicas y de Explotación a Riesgo y Ganancias Compartidas que se habían suscrito bajo la vigencia de la Ley que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975, los cuales dado el principio general de la irretroactividad de las leyes, continuaron en vigencia como contratos válidamente suscritos por el Estado conforme al artículo 5 de

---

<sup>27</sup> Véase los comentarios sobre la rechazada reforma en Allan R. Brewer-Carías, *La reforma constitucional de 2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007

aquella Ley, que fue derogada por la Ley Orgánica de 2001, aún después de la entrada en vigencia de la nueva Ley.

El proceso de eliminación de la participación del capital privado en la industria que había sido posible conforme a los contratos suscritos antes de 2001, se verificó mediante tres instrumentos legislativos, a través de los cuales, por una parte, se dispuso la extinción, es decir, la terminación unilateral anticipada de los Convenios Operativos que existían (*Ley de Regularización de la Participación Privada en las Actividades Primarias Previstas*, abril 2006); por la otra, se dispuso la terminación unilateral anticipada de los Convenios de Asociación y de Explotación a Riesgo que existían y que se habían suscrito entre 1993 y 2001, disponiéndose sin embargo, en este último caso, la posibilidad de que dichos convenios de asociación se pudieran convertir en empresas mixtas con capital del Estado en más del 50% del capital social (Arts. 22 y 27 al 32 LOH) (*Decreto-Ley 5200, Ley 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*, febrero 2007) y por último, se dispuso la “confiscación” de los intereses, acciones, participación y derechos de las empresas que participaban en dichos Convenios y Asociaciones, cuando no hubiesen acordado migrar a las referidas empresas mixtas (*Ley sobre los Efectos del Proceso 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*, octubre 2007).

Conforme a las dos primeras leyes, al extinguirse los contratos administrativos existentes, puede decirse que se habría dispuesto la expropiación de los derechos contractuales que correspondían a las empresas privadas contratantes, la cual, sin embargo, se efectuó directamente mediante la Ley, sin seguirse el procedimiento general establecido en la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública y social. Ello, sin embargo, conforme al artículo 115 de la Constitución, generaba derechos en cabeza de las empresas contratantes a ser justamente indemnizadas por los daños y perjuicios producidos por dicha terminación anticipada y unilateral de los

contratos administrativos validamente suscritos por el Estado. Sin embargo, conforme a la última de las leyes mencionadas, lo que podía ser entendido como un proceso de expropiación, por terminación unilateral y anticipada de contratos, se convirtió en una “confiscación” de derechos en el caso de las empresas que no llegaron a un acuerdo con el Estado para seguir operando bajo el esquema de empresas mixtas.

#### 1. *La extinción de los Convenios Operativos*

En efecto, en cuanto a los Convenios Operativos que se habían suscrito conforme a la legislación anterior, entre las filiales de PDVSA y empresas privadas, el 18 de abril de 2006 se dictó la *Ley de Regularización de la Participación Privada en las Actividades Primarias Previstas*<sup>28</sup>, cuyo específico objeto que se definió como “regularizar la participación privada en las actividades primarias”, condujo a la extinción, mediante Ley, de los Contratos Operativos existentes, dado que el Legislador consideró que su ejercicio había:

“[...] sido desnaturalizado por los Convenios Operativos surgidos de la llamada apertura petrolera, al punto de violar los intereses superiores del Estado y los elementos básicos de la soberanía” (art. 1).

En consecuencia, el artículo 2 de la Ley declaró que el contenido de los referidos Convenios Operativos surgidos de la llamada apertura petrolera, era “incompatible con las reglas establecidas en el régimen de nacionalización petrolera”, disponiendo que “**quedarán extinguidos** y no podrá continuarse la ejecución de sus preceptos, a partir de la publicación de esta Ley en la *Gaceta Oficial*” (art. 2).

Es decir, a partir del 18 de abril de 2006, mediante una ley de la Asamblea Nacional se puso fin y se extinguieron los Convenios Operativos que existían, es decir, se dio por terminados en forma unilateral y anticipada a unos contratos administrativos que habían sido validamente suscritos. No se trató, en este caso, de una rescisión.

---

<sup>28</sup> *Gaceta Oficial* n° 38.419 del 18 de abril de 2006.

sión unilateral del contrato por parte de la Administración contratante, que eran las empresas filiales de PDVSA, sino de una terminación anticipada y unilateral de dichos contratos por una decisión del órgano legislativo del Estado, a través de una Ley. En estos casos, la responsabilidad del Estado por los daños causados por la terminación unilateral y anticipada de los contratos y el derecho de los cocontratantes a ser indemnizados era incuestionables conforme al régimen de los contratos administrativos, configurándose como una expropiación de derechos contractuales, así la decisión hubiera sido tomada mediante acto legislativo.

Dicha Ley, además, dispuso hacia el futuro que

“[...] ningún nuevo contrato podrá otorgar participación en las actividades de exploración, explotación, almacenamiento y transporte inicial de hidrocarburos líquidos, o en los beneficios derivados de la producción de dichos hidrocarburos, a persona alguna de naturaleza privada, natural o jurídica, salvo como accionista minoritario en una empresa mixta, constituida de conformidad con la Ley Orgánica de Hidrocarburos en la cual el Estado asegure el control accionario y operacional de la empresa” (Art. 3).

Es decir, se ratificó legislativamente el principio que se había dispuesto en la Ley Orgánica de 2001 de que la participación del capital privado en las actividades primarias sólo podía realizarse mediante la constitución de las empresas mixtas reguladas en la Ley, que era lo que se proponía incluir en la rechazada reforma constitucional de 2007.

La consecuencia de la declaratoria de extinción de los Convenios Operativos existentes, además de la obligación para el Estado de indemnizar a los antiguos contratistas por los daños y perjuicios ocasionados por la terminación anticipada y unilateral de los Convenios y la expropiación de los derechos contractuales, sobre lo cual, sin embargo nada dispuso el texto de la Ley; fue que conforme se dispuso en el artículo 4 de la Ley:

“[...] la República, directamente o a través de empresas de su exclusiva propiedad, reasumirá el ejercicio de las actividades petroleras desempeñadas por los particulares, a los fines de garantizar su conti-

nidad y en razón de su carácter de utilidad pública e interés social, sin perjuicio de que se establezcan para tal efecto empresas mixtas sujetas a la aprobación de la Asamblea Nacional, previo informe favorable del Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Petróleo y de la Comisión Permanente de Energía y Minas de la Asamblea Nacional”.

A tal efecto, la Asamblea Nacional ya había adoptado en marzo de 2006 el “Acuerdo mediante el cual se aprueban los Términos y Condiciones para la creación y funcionamiento de las Empresas Mixtas” (G.O. N° 38.410 de 31-03-2006).

2. *La terminación anticipada y unilateral de los Convenios de Asociación y de los Convenios de exploración a riesgo y ganancias compartidas y la posibilidad de su transformación en empresas mixtas*

La Ley Habilitante de 1 de febrero de 2007<sup>29</sup> autorizó al Presidente de la República a dictar normas que permitieran al Estado,

“[...] asumir directamente, o mediante empresas de su exclusiva propiedad, el control de las actividades realizadas por las asociaciones que operan en la Faja Petrolífera del Orinoco, incluyendo mejoradores y las asignaciones de explotación a riesgo y ganancias compartidas, para regularizar y ajustar sus actividades dentro del marco legal que rige a la industria petrolera nacional, a través de la figura de empresas mixtas o de empresas de la exclusiva propiedad del Estado”.

Con esta delegación legislativa se buscaba, en primer lugar, que el Estado asumiera “el control de las actividades realizadas por las asociaciones que operan en la Faja Petrolífera del Orinoco, incluyendo mejoradores y las asignaciones de explotación a riesgo y ganancias compartidas”, lo que en si mismo era innecesario, pues dicho control ya existía conforme al esquema de toma de decisiones regulado en los Convenios de Asociación, aún cuando el Estado tuviera minoría accionaria en los mismos. Pero además, en segundo lugar, lo que se buscaba con la delegación legislativa era

---

29 G.O. n° 38.617 de 01-02-2007.

hacer lo que el Legislador con la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001 no hizo, y no podía hacer, por no poder atribuirle efectos retroactivos a la misma, y aplicar la Ley Orgánica de 2001 a los Contratos de Asociación que habían sido suscritos válidamente conforme a la legislación anterior. Por ello la habilitación buscó “regularizar y ajustar sus actividades dentro del marco legal que rige a la industria petrolera nacional, a través de la figura de empresas mixtas o de empresas de la exclusiva propiedad del Estado”.

En ejecución de tal delegación legislativa, el 26 de febrero de 2007, mediante Decreto Ley 5.200, el Ejecutivo Nacional dictó la *Ley 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*<sup>30</sup>, con la cual se dispuso la terminación unilateral y anticipada de los convenios de asociación suscritos entre 1993 y 2001, lo que implicaba, para los contratistas que no acordaran los términos unilaterales fijados por el Estado, la expropiación de sus derechos contractuales y el derecho consecuente a ser justamente indemnizados por los daños y perjuicios causados por la ejecución de dicha Ley.

A. *La terminación anticipada de los convenios de asociación y la búsqueda de su migración a empresas mixtas*

En efecto, dicha Ley dispuso que:

“[...] las asociaciones existentes entre filiales de Petróleos de Venezuela, S.A. y el sector privado que operan en la Faja Petrolífera del Orinoco, y en las denominadas de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas, deberán ser ajustadas al marco legal que rige la industria petrolera nacional, debiendo transformarse en empresas mixtas en los términos establecidos en la Ley Orgánica de Hidrocarburos” (art. 1).

Esto significó, pura y simplemente, darle efectos retroactivos a la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001, al imponer unilateral-

---

<sup>30</sup> G.O. n° 38.623 de 16-2-2007.

mente a los Convenios de Asociación suscritos conforme a la legislación anterior, la obligación de ajustarse a la nueva Ley.

A tal efecto, en esta Ley, de nuevo, se dispuso la terminación unilateral y anticipada de contratos administrativos que habían sido válidamente celebrados como Convenios de Asociación entre 1993 y 2001, entre las filiales de PDVSA y diversas empresas privadas para la realización de actividades primarias; disponiéndose además, que las mismas no sólo debían ajustarse al marco legal de la Ley Orgánica de 2001, a la cual *ex post facto* se le dio efectos retroactivos, sino se dispuso que:

“[...] todas las actividades ejercidas por asociaciones estratégicas de la Faja Petrolífera del Orinoco, constituidas por las empresas **Petrozuata, S.A.; Sincrudos de Oriente, S.A., Sincor, S.A., Petrolera Cerro Negro S.A y Petrolera Hamaca, C.A;** los convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas de **Golfo de Paria Oeste, Golfo de Paria Este y la Ceiba,** así como las empresas o consorcios que se hayan constituido en ejecución de los mismos; la empresa **Orifuels Sinovensa, S.A,** al igual que las filiales de estas empresas que realicen actividades comerciales en la Faja petrolífera del Orinoco, y en toda la cadena productiva, **serán transferidas** a las nuevas empresas mixtas”.

Es decir, no sólo se decidió unilateralmente la terminación anticipada de los contratos, sino que se dispuso que en caso de que los inversionistas privados socios en los Convenios que se extinguían estuviesen de acuerdo con la transferencia de los mismos a las nuevas empresas mixtas, los mismos lo que podían eran ser accionistas de las empresas mixtas con menos del 40% del capital social, teniendo como accionista por parte del Estado a la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. u otra filial de Petróleos de Venezuela, S.A., con una participación accionaria mínima del 60% del capital social (art. 2).

En caso de que el inversionista socio de un Convenio de asociación acordase ser accionista minoritario de la nueva empresa mixta, dispuso el artículo 6 de la Ley, que:

“[...] por tratarse de una circunstancia especial de interés público, y de conformidad con lo dispuesto en el único aparte del artículo 37 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la escogencia de los socios minoritarios en el proceso de migración de las asociaciones será directa”.

La aplicación de esta excepción a la selección mediante concurso competitivo como lo exige la Ley Orgánica de 2001, por supuesto, sólo podría ocurrir si la empresa privada que era parte o socio del Convenio de asociación decidía continuar en la operación, formando parte, como accionista minoritario, de la nueva empresa mixta. De lo contrario, conforme a la Ley Orgánica de Hidrocarburos, si no se trataba de la empresa que era parte de un antiguo Convenio sino de un nuevo accionista privado de la nueva empresa mixta que asumiera la operación de un antiguo Convenio de asociación, la misma tendría que seleccionarse mediante procedimientos competitivos (art. 37).

Para el caso de que las empresas accionistas de los Convenios de Asociación que se terminaban unilateral y anticipadamente mediante esta Ley de Migración, no acordaren con el Ejecutivo Nacional formar parte como accionistas de las nuevas empresas mixtas, el efecto de la Ley fue el de la expropiación de sus derechos contractuales, teniendo las mismas, conforme al artículo 115 de la Constitución derecho a ser justamente indemnizadas por los daños y perjuicios causados por la terminación unilateral y anticipada de los Contratos.

#### B. *La asunción inmediata de la operación por el Estado*

La decisión legislativa de poner fin unilateral y anticipadamente a los contratos de asociación, implicó la necesidad de asegurar la inmediata asunción por parte del Estado, de la operación industrial concreta de cada Convenio de asociación.

A tal efecto, la Ley dispuso que la empresa estatal accionista de las posibles empresas mixtas fuera la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. o la filial de Petróleos de Venezuela, S.A. que se designase al efecto, la cual debió conformar dentro de los 7 días a partir de la fecha de publicación de Decreto-Ley, es decir, para el 5

de marzo de 2007, “una Comisión de Transición para cada asociación”, disponiéndose que la misma se debía incorporar “a la actual directiva de la asociación respectiva, a fin de garantizar *la transferencia a la empresa estatal* el control de todas las actividades que las asociaciones realizan”, en un proceso que culminó el 30 de abril de 2007 (art. 3).

A tal efecto, la Ley dispuso que las empresas del sector privado que fueran parte en los convenios de asociación debían cooperar con la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. para efectuar un cambio seguro y ordenado de operadora (art. 3).

Sobre la situación de los trabajadores de la nómina contractual de las asociaciones que debieron ser transformadas, la Ley dispuso que a partir de la entrada en vigencia de la misma, aquellos gozarían de inamovilidad laboral y estarían amparados por la Convención Colectiva Petrolera que regía para los trabajadores de Petróleos de Venezuela, S.A. (Art 10)

El artículo 2 de la Ley, por otra parte, atribuyó al Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo la potestad de determinar unilateralmente, en cada caso,

“[...] la valoración de la Empresa Mixta, la participación accionaria de la filial de Petróleos de Venezuela, S.A. designada a efecto, y los ajustes económicos y financieros que fueren procedentes” (art. 2).

Es decir, el Estado, unilateralmente, a través del Ministerio respectivo, debía determinar la valoración de la nueva empresa mixta a ser establecida para sustituir a cada Convenio de asociación; el porcentaje de participación accionaria que en cada empresa mixta sustitutiva de cada Convenio de asociación debía corresponder a la filial de PDVSA que fuese a ser accionista, que en ningún caso podía ser inferior al 60% del capital social; y “los ajustes económicos y financieros que fuere procedentes”.

Por otra parte, la Ley dispuso expresamente en su artículo 7, que la infraestructura, los servicios de transporte y mejoramiento de las asociaciones en la Faja Petrolífera del Orinoco y en las denominadas de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas,

serían “de libre utilización de acuerdo con los lineamientos que, mediante Resolución, emita el Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo”, a cuyo efecto, “los costos derivados de la utilización de tales servicios, serán determinados de mutuo acuerdo por las partes, a falta de los cuál, el Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo fijará las condiciones para su prestación”.

C. *El plazo para que las empresas privadas decidieran su incorporación a las empresas mixtas*

A pesar de que la Ley dispuso la transferencia inmediata de los Convenios de Asociación al Estado, y la consecuente asunción por la empresa estatal correspondiente de la operación de los Convenios, el artículo 4 de la Ley concedió a las empresas del sector privado que habían sido parte en los extinguidos Convenios de asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, y de las denominadas de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas, un período de cuatro (4) meses a partir de la fecha de la publicación de la Ley (26-2-2007), es decir, hasta el 26 de junio de 2007, “para acordar los términos y condiciones de su *posible participación* en las nuevas Empresas Mixtas”, se entiende, con el Ministerio respectivo, disponiéndose que además, en su caso, se le concederían “dos (2) meses adicionales para someter los señalados términos y condiciones a la Asamblea Nacional a fin de solicitar la autorización correspondiente de conformidad con la Ley Orgánica de Hidrocarburos”.

Ahora bien, transcurrido el plazo antes indicado de 4 meses, que venció el 26 de junio de 2007, “sin que se hubiera logrado acuerdo para la constitución y funcionamiento de las Empresas Mixtas”, entonces, la República, a través de Petróleos de Venezuela, S.A. o cualquiera de sus filiales, debía *asumir directamente las actividades* ejercidas por las asociaciones a fin de preservar su continuidad, en razón de su carácter de utilidad pública e interés social (Art. 5).

La Ley dispuso, además, que los actos, negocios y acuerdos que se realizasen o suscribieran a los efectos de constituir las Em-

presas Mixtas dispuestas en la Ley, así como las cesiones, transferencias de bienes y cualesquiera otras operaciones que generasen enriquecimiento o supusieran la enajenación, transmisión o venta de bienes destinados a conformar el patrimonio de dichas empresas, estarían exentos del pago de impuestos, tasas, contribuciones especiales o cualquier otra obligación tributaria creados por el Poder Nacional.

Nada dispuso la Ley de Migración sobre los derechos a ser indemnizadas de las empresas privadas que no hubieran llegado a un acuerdo para continuar como socios de las nuevas empresas mixtas. Sin embargo, como se ha dicho, la consecuencia de la aplicación retroactiva de la Ley de 2001 a los Convenios de Asociación suscritos válidamente con anterioridad a la misma, se configuró como una terminación anticipada y unilateral de los dichos Convenios de Asociación, y como una expropiación por Ley de los derechos contractuales de los contratantes en dichos Convenios, lo cual conforme al artículo 115 de la Constitución, les originó el derecho a ser justamente indemnizados por los daños y perjuicios causados.

#### D. *Los derechos de las nuevas empresas mixtas*

Por otra parte, artículo 8 de la Ley dispuso que el Ejecutivo Nacional, mediante Decreto, debía transferir a las Empresas Mixtas resultantes del proceso de migración “el derecho al ejercicio de sus actividades primarias, pudiendo igualmente adjudicarles la propiedad u otros derechos sobre bienes muebles o inmuebles del dominio privado de la República que sean requeridos para el ejercicio eficiente de tales actividades”. Estos derechos, sin embargo, pueden ser revocados, “si las operadoras no dieran cumplimiento a sus obligaciones, en forma tal que impida lograr el objeto para el cual dichos derechos fueron transferidos” (art 8).

Igualmente, mediante Resolución, el Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo debía delimitar “las áreas en las cuales las Empresas Mixtas desarrollarán sus actividades primarias, las cuales se dividirán en lotes con una extensión máxima de cien kilómetros cuadrados (100 km<sup>2</sup>)” (Art. 9).

### E. *El régimen jurídico aplicable y la jurisdicción*

Por último, el artículo 13 de la Ley de Migración dispuso que

“Todos los hechos y actividades vinculados al presente Decreto-Ley se registrarán por la Ley Nacional, y las controversias que de los mismos deriven estarán sometidas a la jurisdicción venezolana, en la forma prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

En relación con esta norma, por una parte debe recordarse que todos los efectos que produzca cualquier ley dictada en Venezuela, en virtud del principio de la territorialidad, en principio se rigen por la legislación nacional; de manera que si nada se dispone expresamente en contrario en el texto de la ley, todas las situaciones jurídicas derivadas de cualquier ley, se rigen por la “Ley Nacional.”

Pero además, la Ley dispuso, aún con redacción deficiente, que las controversias que se deriven de sus disposiciones estarán sometidas a la jurisdicción venezolana, y de nuevo, ello no podría ser de otra forma, salvo que el legislador renunciase expresamente a la jurisdicción venezolana. Por tanto, las controversias que surjan con ocasión de la migración de las antiguas Asociaciones a las nuevas empresas mixtas, o los acuerdos que puedan haber llegado los antiguos socios de los Convenios de Asociación al incorporarse, conforme a las previsiones de la Ley, como socios minoritarios de las nuevas empresas mixtas, solo pueden ser resueltos por la jurisdicción nacional.

Además, por ejemplo, las controversias derivadas de las decisiones contenidas en el Decreto Ley y su aplicación, sin duda, en principio están también sometidas a la jurisdicción venezolana, por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de impugnación por razones de inconstitucionalidad de las normas de la Ley de Migración ante la Jurisdicción Constitucional, o de la impugnación de los actos administrativos que conforme a ella dicte el Ejecutivo Nacional, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Pero ello no implica, en forma alguna, la anulación de las cláusulas que puedan tener los Convenios de Asociación cuya terminación

anticipada y unilateral se resolvió por la Ley, por ejemplo, relativas a la sumisión de las controversias que derivasen de la ejecución, cumplimiento e incumplimiento de los Convenios de Asociación, a jurisdicción arbitral, incluso fuera de Venezuela, como lo autoriza el artículo 151 de la Constitución. Es decir, los contratistas, en esos casos, tienen derecho a que las controversias que se deriven de la ejecución, cumplimiento, incumplimiento y terminación anticipada y unilateral de aquellos Contratos de asociación, como contratos administrativos que son, en caso de contener cláusulas arbitrales o de aplicación de la legislación o de una jurisdicción extranjera, sean resueltas en la forma dispuesta en los mismos. De lo contrario se trataría de darle efectos retroactivos a la Ley de Migración, lo cual está prohibido en el artículo 24 de la Constitución que prohíbe que se den a las disposiciones legislativas efectos retroactivos.

El artículo 13 de la Ley de 2007, por tanto, no puede interpretarse, como una normativa que pueda significar la “anulación” de las propias cláusulas contractuales anteriores relativas a la solución de controversias establecidas en los Convenios de Asociación que se dan por terminados, derivadas precisamente, por ejemplo, del incumplimiento de los Convenios por parte del Estado, como el que resulta de su terminación anticipada.

3 *La “confiscación” de los intereses, acciones, participaciones y derechos de las empresas que no llegaron a un acuerdo con el Estado de migrar hacia empresas mixtas*

A. *La extinción definitiva de los antiguos Convenios y Asociaciones*

De acuerdo con lo antes expuesto, conforme a la *Ley 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* (Decreto Ley 5200) de febrero de 2000, en relación con las actividades que ejercieron las antiguas asociaciones estratégicas de la Faja Petrolífera del Orinoco, constituidas por las empresas **Petrozuata, S.A.; Sincrudos de Oriente, S.A., Sincor, S.A., Petrolera Cerro Negro S.A y Petrolera Hamaca, C.A;** los con-

venios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas de **Golfo de Paria Oeste, Golfo de Paria Este y la Ceiba**, así como las empresas o consorcios que se hayan constituido en ejecución de los mismos; la empresa **Orifuels Sinovensa, S.A.**, al igual que las filiales de estas empresas que realizaban actividades comerciales en la Faja petrolífera del Orinoco, y en toda la cadena productiva, que se ordenó que fueran **transferidas** a nuevas empresas mixtas; resultó la constitución de algunas de dichas empresas mixtas, en las cuales participó el capital privado.

En estos casos, conforme a la *Ley sobre los Efectos del Proceso 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* de 5 de octubre de 2007<sup>31</sup>, los convenios que habían dado origen a las asociaciones a las que se refirió la Ley 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, “quedaron extinguidos” a partir de la fecha de publicación del “decreto que dispuso la transferencia del derecho a ejercer actividades primarias a las empresas mixtas que constituyeron conforme con lo previsto en dicha Ley” en la *Gaceta Oficial* de la República (art. 1).

En cuanto a los convenios en los que, conforme a la misma *Ley 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* (Decreto Ley 5200) de febrero de 2000, ninguna de las empresas privadas que fueran parte en las asociaciones correspondientes, hubiera alcanzado un acuerdo de migración a empresa mixta dentro del plazo establecido en el Artículo 4 de dicha Ley, conforme a lo dispuesto en la *Ley sobre los Efectos del Proceso 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* de 5 de octubre de 2007, dichos convenios quedaron extinguidos “a partir de la fecha

---

<sup>31</sup> *Gaceta Oficial* N° 38.785 del 8 de octubre de 2007

de publicación” de dicha Ley en la Gaceta Oficial de la República (art. 1)

Como se dijo, la *Ley de Migración* (Decreto Ley 5.200) nada había indicado sobre los derechos a indemnización y compensación de las empresas privadas que no hubieran llegado a un acuerdo para continuar como socios de las nuevas empresas mixtas, en virtud de la terminación anticipada y unilateral de los Convenios y Asociaciones, que tenían de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115 de la Constitución. Sin duda, se trataba de una expropiación realizada por ley especial al margen de la Ley general de expropiación, que implicaba, de acuerdo con la Constitución, el derecho de las empresas privadas a ser indemnizadas.

Sin embargo, en lugar de procederse a ello, el Estado optó por definitivamente “confiscar” dichos derechos, al declarar pura y simplemente extinguidos los convenios a partir de la publicación de la *Ley sobre los Efectos del Proceso 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* de 5 de octubre de 2007.

B. *La confiscación de derechos de las empresa privadas que habían participado en los Convenios y Asociaciones apelando al principio de la “reversión”*

A los efectos de materializar dicha confiscación, el artículo 2 de la *Ley sobre los Efectos del Proceso de Migración*, dispuso expresamente que “los intereses, acciones y participaciones” en las asociaciones referidas en el Artículo 1 de la Ley de Migración en las sociedades constituidas para desarrollar los proyectos correspondientes, y en “los activos utilizados para la realización de las actividades de tales asociaciones, incluyendo derechos de propiedad, derechos contractuales y de otra naturaleza”, que hasta el día 26 de junio de 2007 (conforme al plazo establecido en el Artículo 4 de la referida Ley), “correspondían a las empresas parte del sector privado con las cuales no se logró un acuerdo de migración a empresa mixta, **quedan transferidos, con base en el principio de reversión**, sin necesidad

de acción o instrumento adicional, a las nuevas empresas mixtas constituidas como resultado de la migración de las asociaciones respectivas, salvo lo previsto en el Artículo 3 de la presente Ley". Esta disposición, de acuerdo con el régimen constitucional venezolano comporta una confiscación de dichos bienes lo cual está prohibido en la Constitución (art. 115).

Es decir, el Estado, mediante Ley, ordenó la transferencia forzada de bienes de propiedad privada a las nuevas empresas mixtas constituidas sin indemnización ni proceso, en todos los casos en los cuales *algunas* de las otras empresas privadas del respectivo convenio o asociación hubieran acordado formar parte de las empresas mixtas. En el artículo 4 de la Ley se aclaró, que en esos casos, "las transferencias de intereses, acciones, participaciones y derechos" en ella previstas, "no generarán obligaciones tributarias en la República Bolivariana de Venezuela para ninguna persona o entidad".

Por otra parte, conforme al artículo 3 de la *Ley sobre los Efectos del Proceso de Migración*, en los casos en que "ninguna de las empresas que constituían la parte privada del convenio de asociación hubiera alcanzado un acuerdo de migración a empresa mixta dentro del plazo establecido", "los intereses, acciones, participaciones y derechos" de las mismas se ordenó que debían mantenerse "en **propiedad de la filial** de Petróleos de Venezuela, S.A. que hubiera asumido las actividades de la asociación de que se trate, hasta que el Ejecutivo Nacional determine la filial que en definitiva deberá asumir tales actividades".

Se trata, en todo caso, como se dijo, de una transferencia forzada de bienes de propiedad privada al Estado decretada por el Legislador, sin indemnización ni proceso algunos, lo que se configura como una **confiscación** prohibida en el artículo 113 de la Constitución, y la cual en forma alguna puede justificarse recurriéndose al "principio de la reversión", figura que es totalmente inaplicable en esos casos, y que está esencialmente asociada a la figura de las "concesiones" administrativas que no existen en materia de hidrocarburos.

En efecto, uno de los principios más clásicos del derecho administrativo en relación con concesiones de servicios públicos, de construcción y uso de obras públicas y de explotación de bienes del dominio público, ha sido el de la necesaria reversión del servicio o de la obra construida a la Administración concedente una vez extinguida la concesión. Se trató de un principio que buscaba asegurar la continuidad en la prestación del servicio, del uso de una obra pública o de una explotación de bienes públicos, independientemente de la participación del concesionario, una vez extinguida la concesión.

Sin embargo, al tratarse de un medio de extinción de la propiedad privada del concesionario sobre los bienes afectos al servicio o de las obras construidas, la garantía de la propiedad y de la reserva legal imponen la necesidad de que el principio de la reversión tenga que estar establecido en texto legal expreso<sup>32</sup>. En materia de concesiones de hidrocarburos, por ejemplo, el principio estaba establecido en la propia Constitución de 1961 (art. 103) y en la vieja Ley de Hidrocarburos (art. 80), conforme a las cuales, por ejemplo, se dictó la “Ley sobre bienes afectos a reversión en las concesiones de hidrocarburos” de 1971<sup>33</sup>. En ausencia de texto legal expreso, por tanto, la reversión sólo puede proceder si se la ha regulado expresamente en el contrato de concesión<sup>34</sup>.

Esta, por lo demás, es la orientación que se siguió en la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones<sup>35</sup>, al disponer en el artículo 48 relativo a la “reversión

---

32 Incluso, en ese sentido, fue que la Constitución de 1961 estableció el principio de la concesión en materia de concesiones de hidrocarburos, en relación con las tierras (inmuebles) afectados a las mismas

33 Véase en *Gaceta Oficial* n° 29.577 de 06-08-1971

34 Como lo han dicho E. García de Enterría y T.R. Fernández, la reversión, bajo esta perspectiva, “pierde su antiguo carácter de elemento esencial de toda concesión y pasa a ser considerada como un elemento accidental del negocio, esto es, procedente únicamente en caso de pacto expreso, como una pieza más, allí donde esté concebida de ese modo, de la fórmula económica en que toda concesión consiste”, en su *Curso de Derecho Administrativo. I.*, Decimotercera Edición, Thomson-Civitas 2006, p. 763.

35 *Gaceta Oficial* n° 5.394 Extra. De 25-10-1999),

de obras y servicios” que es el respectivo *contrato* el que debe establecer, entre otros elementos, “los bienes que por estar afectos a la obra o al servicio de que se trate revertirán al ente concedente, a menos que no hubieren podido ser totalmente amortizadas durante el mencionado plazo”. A tal efecto, la norma también dispone que durante un período prudencial anterior a la terminación del contrato, el ente concedente debe adoptar las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes a ser revertidos, se verifique en las *condiciones convenidas* en el contrato. Igualmente, dicha norma dispone que el contrato debe expresar “las obras, instalaciones o bienes que hubiere de realizar el concesionario *no sujetas* a reversión, las cuales, de considerarse de utilidad o interés público, podrán ser objeto de reversión previo pago de su precio al concesionario.”

En consecuencia, si no hay una disposición legal que establezca la reversión de bienes en concesiones de servicios públicos, de obras públicas o de uso o explotación de bienes del dominio público, o si dicha reversión no está prevista en el contrato de concesión, al terminar la concesión, el concesionario no está obligado a revertir a la Administración ningún bien que se haya adquirido o construido o que haya estado afecto a la concesión, ni puede la Administración pretender apropiarse o tomar posesión de los mismos. Solo podría hacerlo mediante expropiación, conforme a la Constitución y la Ley. De lo contrario se trataría de una confiscación prohibida en la Constitución, como es la que se ha decretado en la *Ley sobre los Efectos del Proceso de Migración*, la cual, por lo demás no se refiere a “concesiones de hidrocarburos”, las cuales desaparecieron del ordenamiento jurídico desde hace décadas<sup>36</sup>.

---

36 En la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia de 03-12-1974 (Caso: impugnación de la Ley de Bienes afectos a reversión en las concesiones petroleras, al referirse a la reversión establecida en el artículo 103 de la Constitución y 80 de la Ley de Hidrocarburos, la Corte dijo que “ambas leyes contemplan el traspaso de los bienes al Estado sin indemnización alguna al extinguirse la concesión, y es evidente también que tanto la confiscación por la cual se incautan determinados bienes de una persona sin indemnización alguna, como la expropiación, que supone un procedimiento especial mediante indemnización, son figuras distintas a la reversión, en virtud de la cual los bienes pertenecientes al concedente, como los del concesionario, afectos a la

### C. El régimen jurídico aplicable y la jurisdicción

Al igual que lo que dispuso la *Ley de Migración* (art. 13), el artículo 5 de la *Ley sobre Efectos del proceso de Migración* dispuso también que “todos los hechos y actividades objeto de la normativa” que contiene, “se regirán por las leyes de la República Bolivariana de Venezuela, y las controversias que de los mismos deriven estarán sometidas a su jurisdicción, en la forma prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

En relación con esta norma, también debe recordarse que todos los efectos que produzca cualquier ley dictada en Venezuela, en virtud del principio de la territorialidad, en principio se rigen por la legislación nacional; de manera que si nada se dispone expresamente en contrario en el texto de la ley, todas las situaciones jurídicas derivadas de cualquier ley, se rigen por la “Ley Nacional.”

Pero además, esta Ley también dispuso con redacción deficiente, que las controversias que se deriven de sus disposiciones estarán sometidas a la jurisdicción venezolana, y de nuevo, ello no podría ser de otra forma, salvo que el legislador renunciase expresamente a la jurisdicción venezolana. Por tanto, las controversias que surjan con ocasión de la migración de las antiguas Asociaciones a las nuevas empresas mixtas, o los acuerdos que puedan haber llegado los antiguos socios de los Convenios de Asociación al incorporarse, conforme a las previsiones de la Ley, como socios minoritarios de las nuevas empresas mixtas, solo pueden ser resueltos por la jurisdicción nacional.

Además, por ejemplo, las controversias derivadas de las decisiones contenidas en Ley y su aplicación, sin duda, en principio están también sometidas a la jurisdicción venezolana, por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de impugnación por razones de inconstitucionalidad de las normas de la Ley de Efectos del proceso de Migración ante la Jurisdicción Constitucional, o de la impugnación de

---

concesión, vuelven a manos de aquél cuando por cualquier causa la concesión llega a su fin”. Véase en *Gaceta Oficial* n° 1718 Extraordinaria, de 20-01-1975, pp. 22-23.

los actos administrativos que conforme a ella dicte el Ejecutivo Nacional, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Pero ello no implica, en forma alguna, la anulación de las cláusulas que puedan tener los Convenios de Asociación cuya terminación anticipada y unilateral condujo a disponer la transferencia forzada de bienes de propiedad privada al Estado, por ejemplo, relativas a la sumisión de las controversias que derivasen de la ejecución, cumplimiento e incumplimiento de los Convenios de Asociación, a jurisdicción arbitral, incluso fuera de Venezuela, como lo autoriza el artículo 151 de la Constitución. Es decir, los contratistas, en esos casos, tienen derecho a que las controversias que se deriven de la ejecución, cumplimiento, incumplimiento y terminación anticipada y unilateral de aquellos Contratos de asociación, como contratos administrativos que son, en caso de contener cláusulas arbitrales o de aplicación de la legislación o de una jurisdicción extranjera, sean resueltas en la forma dispuesta en los mismos. De lo contrario se trataría de darle efectos retroactivos a la Ley sobre Efectos del proceso de Migración, lo cual está prohibido en el artículo 24 de la Constitución que prohíbe que se den a las disposiciones legislativas efectos retroactivos.

El artículo 5 de la Ley de Efectos de 2007, por tanto, tampoco puede interpretarse, como una normativa que pueda significar la “anulación” de las propias cláusulas contractuales anteriores relativas a la solución de controversias establecidas en los Convenios de Asociación cuyos derechos privados se confiscan, derivadas precisamente, por ejemplo, del incumplimiento de los Convenios por parte del Estado, como el que resulta de esa confiscación.

**RÉGIMEN GENERAL DE DERECHO PÚBLICO RELATIVO  
A LAS EMPRESAS DEL ESTADO**

José Araujo-Juárez\*

---

\* Profesor de Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.



## I. INTRODUCCIÓN

Constituye un tópico señalar que no resulta correcto presentar el fenómeno de la intervención pública o del Estado como una novedad reciente, pero si resulta interesante, en cambio, poner de manifiesto como junto a las técnicas tradicionales intervencionistas, hicieron su aparición nuevas formas que acusan la indudable influencia de la peculiar postura que el Estado adopta hoy en sus relaciones con la sociedad. Es por ello una característica del Estado de nuestros días su vocación configuradora de la sociedad, la cual se manifiesta, entre otras formas, mediante una participación activa del Estado en las funciones de la vida social y económica, convirtiéndose el Estado mismo en productor, comerciante o distribuidor de los bienes del tráfico<sup>1</sup>.

En tal sentido, Garrido Falla señala como en la impresionante evolución del Estado se distinguen claramente tres etapas sucesivas. En primer lugar, aparece como prestador de servicios asistenciales, es decir, aquellos que garantizan el derecho del administrado a la conservación de la vida y la salud y al desarrollo de su personalidad: beneficencia, salud y educación. La segunda etapa muestra al Estado como titular de servicios de carácter económico, cuya característica, frente a los de tipo asistencial, está en la posibilidad de su explotación económica. Y la tercera etapa de la evolu-

---

1 Fernando Garrido Falla. "La empresa pública en el derecho español", en *La Empresa Pública*, Tomo I, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970, p. 857.

ción presenta al Estado como gestor de empresas económicas, lo que representa un riguroso cambio de perfil funcional del Estado, en la gestión directa de actividades económicas, y donde una nota que acentúa la singularidad de esta etapa consiste en que la justificación no se encuentra en el requisito previo de que se haya declarado su carácter de servicio público, el cual viene a ser sustituido, cuando tiene carácter económico y el Estado asume el riesgo de su explotación, por el concepto de “empresa pública”<sup>2</sup>, la cual constituye un fenómeno característico de los tiempos modernos, cualesquiera que puedan haber sido sus antecedentes históricos.

Es así como la línea que determina las relaciones del Estado con la sociedad económica, culmina, histórica y sustantivamente, con la intervención directa del sector público en el proceso de producción; una intervención que se realiza, bien directamente –a través de las distintas Administraciones Públicas- o bien a través de otras entidades, de carácter societario, de naturaleza y significación distinta<sup>3</sup>.

Con esta modalidad de intervención económica y estatal aparece la gestión industrial o gestión económica del Estado, como categoría autónoma y diferenciada dentro de la actividad administrativa, tal y como la configuró Villar Palasí en España<sup>4</sup>.

Ahora bien, cuando el Estado recurre a las formas societarias mercantiles para el desarrollo de actividades industriales y comerciales, en principio, el régimen jurídico aplicable a dichas personas jurídicas es el régimen de Derecho privado, y concretamente, de Derecho mercantil. Por tanto, pudiera pensarse que el hecho de la participación del Estado y demás personas públicas en las empresas públicas, no debería hacer variar el régimen jurídico aplicable.

---

2 Fernando Garrido Falla, *ob. cit.* pp. 857 y 858.

3 Sebastián Martín-Retortillo. “La empresa pública como alternativa. Un análisis del sistema español”. en *La Empresa Pública*, Tomo I, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970, p. 881.

4 José Luis Villar Palasí. “La Actividad Industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, nº 3, 1950, pp. 76-77.

Sin embargo, la realidad de los sistemas jurídico-administrativos contemporáneos, muestra la existencia de numerosas derogaciones legales al régimen común de las sociedades que produce la presencia del Estado, y que es necesario analizar.

La aplicación concordada de toda esta legislación, plantea no pocos problemas. En efecto, según el ordenamiento jurídico aplicable a la Administración Pública, el ejercicio de la potestad organizativa que corresponde al Estado sobre las empresas públicas, de la cual deriva su capacidad para desarrollar las actividades económicas, y la realización de actos y operaciones jurídicos según sus necesidades, no está exento de controles y requisitos formales. Y por si fuera poco, todo este conjunto normativo tiene sin duda importantes implicaciones y efectos sobre la actividad económica que constituye el objeto social de las empresas públicas.

En efecto, aparte del régimen jurídico a través del cual las leyes sectoriales rigen la participación tanto del sector público como del sector privado en el ejercicio de las distintas actividades económicas, las modalidades que esta intervención por parte de las empresas del Estado pueden adoptar están sujetas, adicionalmente, a todo un ordenamiento jurídico de Derecho Público, en su condición de empresa pública.

Ahora bien, un problema característico del Derecho administrativo contemporáneo es el tratamiento jurídico que corresponde a aquellos organismos o entidades, dedicados a actividades de carácter predominantemente económico, tengan la calificación de servicios públicos o no, que el Estado crea o controla, utilizándolos como medio de intervención y participación directa en la vida económica, bien de forma exclusiva (en régimen de reserva), bien en concurrencia con empresas privadas.

## II. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Dentro del conjunto de las relaciones que se desenvuelven entre el Estado y los ciudadanos, se encuentran las de carácter económico. Ahora bien, cualquier sistema económico exige su formu-

lación jurídica y, en tal sentido, su organización y funcionamiento ha de tener sustento en el sistema jurídico, y dentro del mismo, la Constitución constituye una de sus bases fundamentales.

Cualquiera que sea la definición que se acepte del concepto «Constitución» y prescindiendo de los diversos sentidos y acepciones del mismo, lo que siempre subyace en él es la idea de conjunto de normas jurídicas fundamentales, escritas o no, que trazan las líneas directrices de un ordenamiento jurídico; es decir, en la Constitución se insertan las reglas fundamentales que regulan la convivencia de una comunidad.

Ahora bien, toda Constitución, como ha puesto de relieve la doctrina alemana, lleva siempre, incluso contra la voluntad del Poder constituyente, una “Constitución económica” implícita que, como dice Huber, es el orden jurídico fundamental de los bienes, fuerzas y procesos económicos.

Pues bien, a este respecto, las grandes opciones lógicas que se pueden escoger en el texto constitucional entendemos que son las siguientes:

- “(i) Reservar toda la actuación de gestión económica al sector privado: ello equivaldría a consagrar el conocido principio del liberalismo que postula la máxima abstención estatal (*«laissez faire, laissez passer»*) o “economía de libre mercado”;
- (ii) Por el contrario, reservar totalmente dicha actuación al sector público; ello equivaldría a la plena socialización o colectivización de la economía o “economía interventora”; y
- (iii) En un tercer grupo podrían englobarse todas las fórmulas que compatibilizan ambos sectores y que se engloban dentro de concepto de «economía mixta de mercado»; este grupo admitiría diversas variantes”.

## 1. Principio de co-iniciativa económica

La Constitución de 1999<sup>5</sup> se refiere al tema que nos ocupa básicamente en dos artículos: el 112 que consagra el principio de la iniciativa económica privada; y el 300 referido al principio de la iniciativa económica del sector público.

### A. Principio de la iniciativa económica privada

El artículo 112 preceptúa que: “*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*”.

Este artículo, al estar incluido en el capítulo VII, “*Derechos económicos*”, del Título III, “*De los deberes, derechos humanos y garantías*”, implica una especial protección y respeto a la libertad de empresa, es decir, a la iniciativa privada, puesto que se reconoce como un derecho de los ciudadanos que vincula a todos los órganos del Poder Público conforme a lo dispuesto en el artículo 19, *eiusdem*. Por otra parte, tal ubicación significa que las leyes y demás actos del Poder Público que violen o menoscaben las libertades económicas pueden ser declarados inconstitucionales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25, *eiusdem*.

La afirmación básica de los preceptos mencionados es el reconocimiento constitucional del “sistema económico” basado en lo que se denomina «economía social de mercado», en tanto que es la orientación que, en relación con la ordenación jurídica de la economía, trae la Constitución, si bien susceptible de diversas matizaciones e interpretaciones. Como tal, sólo hay un sistema económico, amplio y flexible, pero único. Mientras que el “modelo econó-

---

5 Véase *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453 Extr., de fecha 24 de marzo de 2000.

mico” se refiere a la política que, en ejecución del sistema constitucionalmente reconocido, realizan los órganos del poder Público<sup>6</sup>.

El que se incardine la libertad de empresa en el marco de la economía mixta de mercado no es sino una consecuencia lógica; la empresa privada, a diferencia de la empresa pública, sólo puede existir en el marco de la “*economía social de mercado*”. Y por otro lado, a la empresa privada se la regula, no se la sustituye; y cuando es insuficiente se la suple<sup>7</sup>.

Ahora bien, el que la iniciativa económica privada tenga la consagración descrita en el texto constitucional, mientras que la iniciativa económica pública (encuadrada en el Título VI relativo al “Del Sistema socioeconómico”) tenga uno diferente, no implica, en modo alguno y a nuestro juicio, ninguna primacía de esta sobre aquella; en efecto, sería totalmente ilógico ubicar el reconocimiento de una acción o intervención pública en una sección relativa a los derechos y deberes de los ciudadanos, es decir, sería absurdo proteger a los órganos del Poder Público de los propios órganos públicos; lo que sí supone la colocación de referencia de la libertad de empresa es que la presencia o intervención pública en cualquiera sector económico (de los no reservados al Estado), no puede alterar esencialmente el carácter del sistema económico competencial o de mercado, abierto, por tanto, a la iniciativa privada.

## B. *Principio de la iniciativa económica pública*

### a. *Consagración constitucional*

Por su parte, el encabezamiento del artículo 300,C dispone que “*La ley nacional establecerá las condiciones para la realización de actividades sociales o empresariales...*”, lo cual es, a nuestro juicio, la inno-

---

6 José Ignacio Hernández González. *Derecho administrativo y regulación económica*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 37.

7 Gaspar Ariño Ortiz. “La Empresa Pública”, en *El modelo económico en la Constitución española*, Tomo II, Instituto de Estudios Económicos, 1981, p. 30.

vación básica del texto constitucional en materia de la intervención económica pública.

El problema que se suscita es cómo debe interpretarse dicha norma. A nuestro modo de ver, utilizando los criterios de interpretación usuales en el campo jurídico, se llega siempre a la misma conclusión, a saber, que nuestra Constitución permite la actuación directa del Estado en materia económica, sin necesidad de que exista insuficiencia de la iniciativa privada y, por ende, se deja de lado el principio de subsidiariedad.

Ahora bien, interpretado sistemáticamente el precepto que nos ocupa se puede llegar a la misma conclusión: el artículo 112, C define el modelo económico como un “sistema de economía social de mercado”, en el cual las empresas -públicas y privadas- concurren al mismo en igualdad de condiciones; el propio artículo 112 da cobertura a la iniciativa económica privada; y por su parte, el 300, *eiusdem*, reconoce la iniciativa económica pública. No hay, por tanto, contradicción entre ambos preceptos sino, por el contrario, armonía y concordancia entre los mismos.

Así las cosas, tan pronto como aparece el intervencionismo del Estado en materia económica, se plantea la necesidad de encontrar un principio que coordine y delimite las esferas de competencia de la iniciativa económica pública y privada.

A nuestro entender, el único sistema compatible con el espíritu y la letra del texto constitucional y, a la vez, el único sistema que se acomoda a la realidad socioeconómica actual y deja amplio margen a su transformación futura es el que podríamos denominar «sistema de economía social de mercado». Tal es, por otra parte, la opinión que goza de mayor predicamento en la doctrina y jurisprudencia venezolanas.

En este orden de ideas, la jurisprudencia<sup>8</sup> del Alto Tribunal ha señalado lo siguiente:

---

8 Véase Sent. del TSJ/SC, de fecha 6 de febrero de 2001, caso *Pedro Antonio Pérez Alzurutt*.

“[...] la Constitución Económica se constituye de un conjunto de normas con carácter de directrices generales o principios esenciales que garantizan una *economía social de mercado*, que se inspiran en el fin de la justicia social, pero tales normas constitucionales poseen una indiscutible naturaleza “neutral”, lo cual implica la posibilidad del legislador de desarrollar esas directrices generales o principios básicos constitucionales atendiendo a las necesidades reales de la Nación y respetando los límites que la propia Constitución impone.

A la luz de todos los principios de ordenación económica contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se patentiza el *carácter mixto de la economía venezolana*, esto es, un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado (en el que el Estado funge como simple programador de la economía, dependiendo ésta de la oferta y la demanda de bienes y servicios) y la economía interventora (en la que el Estado interviene activamente como el “empresario mayor”). Efectivamente, la anterior afirmación se desprende del propio texto de la Constitución, promoviendo, expresamente, la actividad económica conjunta del Estado y de la iniciativa privada en la persecución y concreción de los valores supremos consagrados en la Constitución.

Lo dicho en el párrafo que antecede encuentra su fundamento en la norma contenida en el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana...” (*Resaltados nuestros*).

Ahora bien, de los propios términos de la sentencia se desprende lo siguiente. Por un lado, reconoce que rige en Venezuela, el principio de co-iniciativa económica pública y privada; en efecto, la iniciativa económica pública se reconoce en la Constitución en los mismos términos que la iniciativa económica privada. El artículo 299, C establece que “el Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional”. Iniciativa pública económica que, en lo que respecta al desarrollo de actividades industriales y comerciales, será ejercida a través de la empresa pública, tal y como se desprende del artículo 300, eiusdem. La vigencia del principio de co-iniciativa económica únicamente supone, fundamentalmente, que el sector público y el sector privado concurren, en igualdad de condiciones, en la economía.

Y por el otro lado, la sentencia comentada establece que rige, en la Constitución de 1999, el “sistema de economía social de mer-

cado”, calificado también como “sistema de economía mixta”, por la concurrencia del Poder Público y de los particulares en la economía.

b. *Actividad administrativa de gestión económica*

Sin perjuicio de las facultades para “dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”, consagradas en el artículo 112, la Constitución consagra las diversas formas de intervención del Estado en la economía, sea mediante el establecimiento de las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales y empresariales (art. 300), la reserva estatal de industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés general (Art. 302), o promocionando a sectores económicos (Arts. 305-310).

En este orden de ideas, es sabido que de conformidad con la Constitución, y de manera más concreta, con la Constitución Económica vigente, la intervención del Estado en la vida económica y el mercado se manifiesta de muy diversas formas que van desde la regulación (Estado-regulador), pasando por el fomento (Estado-promotor), la planificación (Estado-planificador), los servicios públicos (Estado-prestador), el arbitraje (Estado-árbitro) hasta la modalidad más directa en la producción de bienes o servicios para el mercado (Estado-empresario). En efecto, entre los principales instrumentos de intervención del Estado para la realización de los fines que vienen atribuidos en cada caso a la acción de los organismos públicos figura, desde hace tiempo y en posición dominante, la modalidad de la “empresa pública”, cuyas justificaciones fundamentales son dos, a saber: (i) la determinación de los fines esenciales (“bienes públicos”), cuya consecución debe ser encomendada al Estado; y (ii) la fijación de unos criterios de distribución distintos al criterio del mercado (“justa distribución”), hasta alcanzar para todos un mínimo vital, que estará en función del desarrollo del país.

Por tanto, la actividad de gestión económica directa del Estado no encuentra por título habilitante la libertad económica –derecho privativo de los particulares- sino, por el contrario, como señala la doctrina, en la expresa habilitación reconocida en los artículos 299 y 300 de la Constitución<sup>9</sup>.

Así las cosas, la aparición de las empresas públicas en Venezuela obedece, sin duda, al cambio del papel del Estado en la vida económica y social. En efecto, a partir de la década de los años treinta, el Estado comienza progresivamente a asumir un papel más activo en la conducción del proceso económico-social del país, asumiendo o creando empresas públicas. Si bien, como señala la doctrina,<sup>10</sup> la creación de empresas públicas, salvo contadas excepciones, no se debió a motivaciones políticas estatizadoras, recientemente, sin embargo, se produjeron estatizaciones en dos sectores básicos: la electricidad y las telecomunicaciones.

Ahora bien, la creación de empresas públicas para la gestión de actividades económicas y servicios, esta prevista en el artículo 300 de la Constitución, donde se habilita al legislador para el establecimiento de "(...) las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan".

La posibilidad de que el Estado pueda intervenir y restringir el ámbito de participación de los particulares en la economía se ve mucho más acentuado en el artículo 301 de la Constitución que, de manera general establece que: "*El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico.*" Mediante la reserva constitucional, el Estado queda se convierte en el titular jurídico de la actividad y,

---

9 José Ignacio Hernández González, *ob. cit.*, p. 214.

10 Allan R. Brewer-Carías. *Régimen Jurídico de las empresas públicas en Venezuela*. Ed. CLAD, Caracas, 1980, pp. 45-48.

por ende, en principio se excluye la participación del sector privado en actividades comprendidas dentro de la esfera de la reserva.

Ahora bien, las empresas públicas han respondido a diversos objetivos que van desde prestar apoyo al sector privado, pasando por ser instrumentos de la política industrial o desarrollo regional hasta acentuar la independencia económica del país.

Se impone, sin embargo, un cierto deslinde y delimitación de cuál deba ser el alcance y límites de esa “iniciativa pública”. Del propio texto del artículo 299 de la Constitución (en concordancia con los artículos 302, 305-309) debe deducirse que toda intervención empresarial del Estado debe venir exigida por un interés general prevalente, por la existencia de una especial utilidad pública en dicha actividad, en el marco de la economía social de mercado, con respeto al principio de la libertad de empresa y de iniciativa privada, que debe ser justificada caso por caso, de sus pros y contras en función del contexto, y en base fundamentalmente a criterios de eficiencia económica, los cuales pueden resultar compatibles con los criterios de rentabilidad social.

En este orden de ideas, la doctrina señala que el fenómeno de la empresa pública, o del sector público empresarial, no responde - ni debe responder- a preconcepciones ideológicas, a dogmatismos o criterios cerrados, sino que debe responder a un análisis, caso por caso, de cuáles son las necesidades de un país y cuál puede ser la mejor forma de satisfacerlas. La empresa pública debe ser aceptada ciertamente como un hecho y un instrumento útil y legítimo e los gobiernos modernos, siempre que sea oportuna y prudentemente utilizado<sup>11</sup>.

En definitiva, además de la función de prestación de bienes y servicios públicos, se presenta en la concepción del Estado venezo-

---

11 Gaspar Ariño Ortiz, *ob. cit.*, p. 30. En este orden de ideas, la propia Exposición de Motivos de la Constitución señala que la Constitución se refiere al sistema económico “evitando una visión extrema y excluyente de los contenidos sociales de todo sistema económicos, pero sentando las bases de una economía de respeto a la acción individual”.

lano durante el siglo pasado, una actividad de gestión económica, esto es, la actividad de producción, distribución y/o comercialización de bienes y servicios, y a diferencia de la figura de la reserva estatal, sin ostentar titularidad alguna. El Estado deja de ser un Estado pasivo y comienza a participar muy activamente como un agente económico más del mercado. El Estado participa como empresario-público en la misma actividad económica que desarrollan los particulares.

El Estado de régimen administrativo, como lo llama Garrido Falla, irrumpe en la actividad económica para llevar a cabo una actividad denominada "industrial y comercial"; esto es, lo que otro sector de la doctrina denomina actividad de gestión económica (Villar Palasí, Ariño Ortiz), bajo formas organizativas muy diferentes.

## 2. *Principio de compatibilidad*

En adición a lo anterior, establece el artículo 299, C lo siguiente: "El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional. (...)." En tal sentido, a este nuevo principio rector del intervencionismo y de la actividad de la empresa pública que se desprende de la Constitución del 99 muy bien pudiera denominársele: "principio de compatibilidad entre la iniciativa pública y la iniciativa privada en el ámbito económico".

El enunciado del principio amerita dos puntualizaciones claramente diferenciadas. Por una parte, se recuerda la posibilidad de excluir a la iniciativa privada de ciertos sectores según dispone el artículo 301, el cual consagra la figura de la reserva estatal. Para el resto de las actividades económicas se predica el principio de compatibilidad entre la iniciativa pública y la privada.

Compatibilidad significa la posibilidad de una coexistencia pacífica entre una y otra iniciativa económica y, a la vez, la aptitud para colaborar juntas en la satisfacción del interés general o público. Empresa pública y empresa privada dejan de considerarse como dos categorías esencial y necesariamente enfrentadas. La rela-

ción que las vincula no será de mera yuxtaposición, ni tampoco de subordinación de lo público a lo privado, o viceversa. La vinculación que ahora se establece entre ambas es de complementariedad, esto es, una actuación del sector público que busca garantizar la orientación de toda la riqueza y la actividad económica al interés general, arbitrando los medios que considere más oportunos.

Pero también, el derecho o libertad de empresa, al igual que el derecho de propiedad, no se justifican por sí mismos, sino en atención a la función social que pueden y deben cumplir, la cual actuaría a modo de una presunción *iuris tantum*. Esta función social se expresa como una subordinación al “interés social”. Ahora, mientras la empresa privada actúe en consonancia con este interés social, no sólo ha de ser respetada (hasta el punto que para regular su ejercicio el artículo 112 exige una ley -principio de la reserva legal-), sino que los órganos del Poder Público están obligados a adoptar una postura activa de respeto y garantía de su ejercicio (Artículo 19, C).

En cualquier caso, lo que aquí nos interesa subrayar es que no deben confundirse las verdaderas limitaciones provenientes de una decisión legislativa de las orientaciones no coercitivas que pueden surgir de un plan económico o de la actividad lícita de una empresa pública en el plano de la libre competencia, las cuales no representan ningún tipo de limitación y, por ende, no precisan una justificación especial. Es importante reiterar lo siguiente: la creación de una empresa pública no tiene por qué originar un quebranto a la libre iniciativa económica privada ni a su derivado como lo es la libre competencia, ni es incompatible con la economía social de mercado. Así lo enfatiza García Pelayo<sup>12</sup> en su estudio sobre las cláusulas económicas de la Constitución, y que permite encontrar uno de los principales corolarios del principio de compatibilidad.

---

12 Manuel García Pelayo. “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en *Obras Completas*, Tomo III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 2851 y ss.

Así las cosas, en principio, la creación de una empresa pública en régimen competitivo significa, ni más ni menos, la entrada de un competidor adicional en el mercado, lo cual, desde el punto de vista de la teoría económica, es algo beneficioso para el funcionamiento del sistema. Eso sí, el Estado es entonces un empresario más, con los mismos derechos y las mismas obligaciones en lo que atañe a sus relaciones con el mercado. Puede entrar en el sector y lugar que prefiera. Sin embargo, la Constitución no le otorga beneficios o privilegios adicionales.

A la luz del artículo 300 constitucional cabe, por tanto, un amplio abanico de posibilidades, bien sea en el sentido de potenciar, bien en el de reducir, el papel de la empresa pública en la economía nacional. Ahora bien, esta flexibilidad tiene unos límites (tanto por arriba como por abajo, tanto hacia la izquierda como hacia la derecha); su desbordamiento implicaría la ruptura del eje constitucional. De otra manera, la Constitución económica se convertiría en una serie de principios retóricos sin trascendencia alguna, que sería, por ejemplo, el resultado de la pretensión de sancionar una ley con la disposición que contemple la exclusión de las empresas públicas del principio constitucional de la libre competencia.

### 3. *Principio de libre competencia*

#### A. *Consagración constitucional*

Finalmente, el artículo 113 de la Constitución señala que el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para “el aseguramiento de las condiciones efectivas de competencia en la economía”. Esto es, promover las condiciones de competencia que permitan cumplir satisfactoriamente con el objetivo del bienestar de los consumidores y usuarios.

Ahora bien, la libre competencia es un atributo de la libertad económica, en su faceta del derecho al ejercicio de la empresa, que se fundamenta sobre lo siguiente: la libre autonomía privada y la libertad de competir.

Por su parte, la libertad o derecho a la libre competencia es definida por el último aparte del artículo 3, Ley Pro-Competencia, así:

“Se entiende por libre competencia, aquella actividad en la cual existen las condiciones para que cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante, tenga completa libertad de entrar o salir del mercado, y quienes están dentro de él, no tengan posibilidad, tanto individualmente como en coacción con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio”.

En este orden de ideas, la tutela de la libertad de competencia se hace efectiva en dos formas:

a. *Directa*

Mediante un modelo de regulación que disponga ex ante como principio general, la competencia leal entre los diferentes agentes económicos. En un marco de libertad de competencia, las empresas, públicas o privadas, deben garantizar que sea leal.

b. *Indirecta*

Mediante la aplicación ex post de las leyes económicas vigentes que contienen disposiciones que regulan la concurrencia o competencia de las empresas en el mercado, a través de los mecanismos que aseguran el juego de la libre competencia, sin prácticas que la restrinjan o falseen y sin abuso de posición de dominio.

B. *Carácter de “orden público”*

Por otro lado, la noción de “orden económico” adquiere la cualidad de noción jurídica cuando se incorpora a normas que la utilizan como módulo para medir la validez de las relaciones patrimoniales (“orden público económico”). Cuando esto sucede, tal noción se convierte en fundamento de prohibiciones, nulidades y sanciones, razón por la cual la seguridad jurídica exige que su concreción sea lo más precisa posible. Ahora bien, por su propia naturaleza, esa concreción no suele estar íntegramente predeterminada en «una norma», sino que lo está en el “sistema normativo” del que

esa norma forma parte, interpretado «en relación con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada.

En nuestro Derecho positivo, el principio de libre competencia que reconoce expresamente el artículo 299 de la Constitución, es una de las manifestaciones del “orden público económico”, lo que significa que nuestro ordenamiento le atribuye la eficacia jurídica que en él tiene la noción de “orden público” (límite para la aplicación de normas extranjeras, límite de la libertad contractual, límite para la renuncia de derechos, límite para el ejercicio de los derechos, tipo que califica determinadas conductas, etc.). En todos estos supuestos la noción de “orden público” mantiene su unidad conceptual debido a que en todos ellos presenta ciertas notas comunes, de manera que es posible calificar al “orden público económico” como una especie del “orden público”, en general, y al principio de libre competencia como una concreción de un orden general. La vigencia del principio de libre competencia se garantiza en el Derecho positivo mediante normas dirigidas a hacer desaparecer los obstáculos que la eliminan o perturban (normas sobre “restricciones de la competencia”), y mediante normas dirigidas a encauzarla entre los límites de la ética que rige o debe regir las relaciones económicas (normas sobre “competencia ilícita o desleal”).

A nuestro juicio, es inconveniente -además de inconstitucional- hacer una distinción en materia de la libre competencia, que no es fundamental y básica dentro del concepto de empresa pública, pues se trata siempre de una empresa de titularidad pública que acude al mercado compitiendo o concurriendo con otras empresas públicas y privadas.

### III. LÍMITES CONSTITUCIONALES

Si bien es cierto que la Constitución de 1999 proclama de forma expresa el principio de admisión de la iniciativa económica pública, sin embargo, está sujeta a una serie de límites que, señala la

doctrina científica,<sup>13</sup> impiden la admisión libérrima e incondicionada de la iniciativa pública en el campo económico, que delinearán así el mencionado principio constitucional de compatibilidad<sup>14</sup>.

Los límites -continúa señalando el autor citado-<sup>15</sup> se refieren a una serie de principios que se contienen en el propio texto constitucional, comunes unos a toda la actividad administrativa, y específicos otros para el caso de la intervención pública en la economía, según analizaremos a continuación.

### 1. *Interés público*

En primer lugar, la iniciativa económica pública habrá de enderezarse a la satisfacción del interés público, sometiéndose a los fines que la justifican según el artículo 112, C, y susceptible del control jurisdiccional (artículo 259, C). Si bien la creación de entes descentralizados con fines empresariales es legalmente posible, sin embargo, está sujeta a la condición de que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación en todos sus aspectos -técnico, económico, social y jurídico- para determinar objetivamente si su ejercicio conviene o no al interés público, es decir, si interesa que se cree ex nihilo una empresa pública o se adquiriera una empresa privada establecida que ejerza tal o cual concreta actividad económica.

En efecto, la Constitución exige una justa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y de productividad, lo cual no es compatible con actividades empresariales públicas carentes de justificación. Se

---

13 Rafael Entrena Cuesta. "Alcance del principio de subsidiariedad en la legislación española", en *Derecho Administrativo*, Obra colectiva en homenaje al profesor Marienhoff, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 234.

14 Juan Asenjo. "Principios rectores de la actuación de la empresa pública en la Constitución española de 1978. Del principio de subsidiariedad al principio de compatibilidad", en *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 25, pp. 262 y ss.

15 Rafael Entrena Cuesta, *Ob. cit.*, pp. 236.

trata, pues, del poder del Estado de participar como empresario en cualquier tipo de actividades industriales, comerciales y de servicios, pero siempre vinculado a la satisfacción del interés público al cual debe servir, a través de diversas formas jurídicas, ya de Derecho público o ya de Derecho privado. Cualquiera que sea la forma jurídica con que tales empresas públicas se presentan, es característica común a todas el tratarse siempre y en todo caso de instrumentos utilizados por el Estado para conseguir sus fines de interés público.

En este orden de ideas, la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP) establece una condición especial de licitud relativa a la causa, en el caso de los contratos de sociedad en los que sea parte alguno de los titulares de la potestad organizativa en materia de creación o constitución de personas jurídicas de Derecho privado. Se trata de una condición análoga a la que rige en Derecho administrativo, en relación con la motivación (artículos 9 y 18, numeral 5, LOPA) y finalidad (artículo 12, LOPA) de los actos administrativos. Nos referimos a la precisión que realiza el artículo 29 de la LOAP, al establecer que los titulares de la potestad organizativa podrán crear entes descentralizados funcionalmente *“cuando el mejor cumplimiento de los fines del Estado así lo requiera, en los términos y condiciones previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la presente Ley”*.

Esto significa, pues, que las empresas públicas, no sólo debe perseguir un fin *“de lícito comercio”*, como correspondería a cualquier sociedad de Derecho privado que se rija por el Código de Comercio; la LOAP exige además, que el objeto social de las empresas del Estado corresponda a una necesidad para el mejor cumplimiento de los fines del Estado, con respecto a la esfera de intereses y funciones de cada empresa del Estado individualmente considerada, so pena de ser contrario a la ley.

## 2. *Principio de especialidad*

En segundo lugar, la exigencia de que la iniciativa económica pública sea susceptible de control jurisdiccional hace surgir el prin-

cipio de especialidad en su creación, que exige determinar con rigor y precisión el objeto de la empresa pública y la actividad que deba desarrollar, y sólo así se podrá determinar si es idóneo al interés público que se cree y nazca una empresa pública y que ejerza tal o cual actividad empresarial económica.

Como es sabido, una de las notas que se afirman como peculiares de las personas jurídicas en general, es el principio de especialidad, pues no son entes con fines totales y potencialmente ilimitados, sino que nacen con una finalidad específica, que se afirma en sus Estatutos o acta constitutiva, y con ese alcance son reconocidos por el Derecho. Es más, el principio de especialidad que en el ámbito de las personas privadas es sólo el límite de su actuación, pero no su condición habilitante, en el caso de las personas jurídicas del sector público, la especialidad del fin es al mismo tiempo límite de lo que no puede hacer y condición positiva habilitante de toda su actuación, la cual además es un deber (poder-deber).

En consecuencia, y como consecuencia del carácter que tiene la gestión empresarial pública en un sistema de economía social de mercado, el fin u objeto social de una empresa del Estado (aquel para el cual se autorizó su creación o adquisición, según sea el caso), debe delimitar el alcance y extensión de sus actividades a aquello para lo que fue debidamente habilitado.

### *3. Respeto a los derechos económicos, de igualdad y no discriminación*

En tercer lugar, sin perjuicio de admitir la flexibilidad del sistema económico constitucional, habrá de respetarse, en todo caso, las libertades económicas en el marco de la economía social de mercado, y cuyo contenido esencial habrá de vincular a todos los órganos el Poder Público.

Además, entre los principios propios del sistema de economía social de mercado en el que la Constitución de 1999 se inscribe, destacan los principios de igualdad y no discriminación y la libre competencia entre las empresas públicas y las empresas privadas y, por consiguiente, en el ejercicio de la actividad empresarial pública

de que se trate, las empresas públicas se habrán de someter sin excepción ni privilegio alguno -directo ni indirecto- a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado, pues de lo contrario ello podría impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia vulnerando el artículo 113, C, no pudiendo tampoco incurrir en prácticas o abusos que al amparo de la posición de dominio puedan cometer las empresas públicas.

Por ello, el sector empresarial público también tiene sus límites, pues debe respetar siempre el derecho de libre iniciativa privada o libertad de empresa; en particular, podrían ser denunciados por inconstitucionalidad todos aquellos privilegios o prerrogativas de las empresas públicas que no guarden proporción con cargas especiales impuestas por prescripción de rango legal. En atención a este paralelismo de derechos y deberes entre empresas públicas y empresas privadas que conlleva el principio de igualdad y no discriminación, ha de remarcarse que no se justifican privilegios o prerrogativas a favor de las empresas públicas.

#### IV. EMPRESA PÚBLICA

##### 1. *Concepto*

Señala la doctrina que la expresión “empresa pública” no fue empleada antes de la II guerra mundial y parece haber nacido como categoría nueva dotada a su vez de una nueva denominación en 1946, con motivo del inventario del sector público industrial y referida inicialmente a las empresas del sector público en Francia a raíz de los procesos de nacionalización<sup>16</sup>.

Ahora, es conocido que simplificadaamente se define la empresa como aquella organización de elementos personales y materiales dedicada a producir o transformar bienes y prestar servicios. Por tanto, el calificativo de “pública”, la diferencia de la privada tan sólo por el carácter público del sujeto titular, cualidad que no debería afectar en modo alguno a su régimen de tráfico jurídico; es de-

---

16 Pierre Delvolvé. *Droit publique de l'économie*. Dalloz, Paris, 1998, p. 629.

cir, se puede mantener un concepto jurídico unitario de empresa en cuanto institución en los términos anteriormente dichos que pueden predicarse tanto de la privada como de la pública, cualificándose esta última por el carácter público de su titular. Por lo demás, el artículo 106 de la Ley Orgánica de la Administración Pública señala que las empresas públicas, o más propiamente, empresas del Estado “se regirán por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la presente Ley.”

De lo anterior surge claramente la diferencia entre la empresa pública y la empresa privada. En primer lugar, desde el punto de vista subjetivo, se les asigna el calificativo de “públicas” en consideración a la circunstancia de que el titular de la empresa tiene naturaleza “pública”; la titularidad jurídica (propiedad) y dirección pública (gestión) han de estar presentes en la empresa pública, sea cual fuere la relación o vínculo que se dé como testimonio del ejercicio de la respectiva titularidad. En segundo lugar, desde el punto de vista sustantivo, tal diferencia surge del diverso fin que ambas persiguen: para la empresa privada el fin está constituido por el beneficio y toda su conducta está dirigida, consecuentemente, a hacerlo máximo; para la empresa pública, el fin es la satisfacción de un interés de la colectividad (interés público) y toda su conducta está enderezada a satisfacerlo en el mejor modo<sup>17</sup>.

Sobre la base de tal distinción, la doctrina da una definición de empresa pública, en su acepción más amplia, así: “aquella empresa productora de bienes y servicios que el Estado gestiona o control directamente mediante sus propios órganos o indirectamente mediante entes públicos instituidos al efecto, con la finalidad principal de satisfacer necesidades de naturaleza individual en interés general de la colectividad”<sup>18</sup>.

---

17 Gaetano Stamatì. “La empresa pública en el marco de la acción económica del Estado”, en *La Empresa Pública*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970, p. 51.

18 *Ibidem*.

En cualquier caso, se trata de una manifestación del concepto genérico de empresa pública, empresa estatal, empresa nacionalizada o sociedad de participación estatal o capital público, como indistintamente se la denomina, al reunir los elementos comunes siguientes: (i) personalidad jurídica propia, que puede ser de Derecho público o de Derecho Privado; (ii) cumplimiento de un objetivo económico -industrial o comercial- básicamente; y (iii) pertenencia al sector público<sup>19</sup>.

2. *Empresa pública y forma jurídica personificada de Derecho privado*

Por forma de empresa, desde un punto de vista jurídico, se entiende las diversas formas jurídicas bajo las cuales se puede explotar una empresa, es decir, desarrollar una actividad económica - industrial y comercial- determinada. Según esto, por formas de empresas del sector público se entenderían aquí todas las estructuras jurídicas de las que se serviría el Estado para el ejercicio de su actividad económica en forma de empresa. Por tanto, estaríamos en presencia del fenómeno de la gestión "pública" de la empresa, o según la fórmula más generalizada, de la empresa pública<sup>20</sup>.

Ahora, si bien es cierto que la forma jurídica de Derecho privado comúnmente utilizada por el Estado para crear empresas públicas ha sido la sociedad mercantil -concretamente la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada- no hay razón alguna para sostener que una empresa pública deba ser creada única y exclusivamente a través del mecanismo jurídico de la sociedad mercantil, pues nada se opone a que revista formas jurídicas, tanto públicas como privadas, distintas de la sociedad mercantil. Además, la actividad económica industrial y comercial se caracteriza no necesariamente como la realización de actos de comercio, sino como la producción e intercambio de bienes y servicios.

---

19 Pierre Delvolvé *ob. cit.*, p. 639.

20 Artículo 301, C.

En tal sentido, se habla de empresa pública con forma jurídica privada, para definir el fenómeno de la participación del Estado o de los demás entes públicos en empresas normalmente constituidas bajo la forma de sociedades mercantiles. Asimismo, basta tener en cuenta que la empresa, en general, sea pública o privada, no responde a una forma jurídica unitaria, pero en todo caso formas personificadas, ya que la personificación es un dato esencial en toda empresa y, por consiguiente, de la empresa pública. La empresa pública, igual que la privada, se instrumenta jurídicamente del modo más idóneo par la realización de sus actividades comerciales, industriales, etc. No tiene, pues, que existir una categoría para la empresa pública. Luego la noción de empresa pública no se define en función de la forma jurídica adoptada.

Ahora bien, tanto la doctrina,<sup>21</sup> la jurisprudencia<sup>22</sup> como el Derecho positivo<sup>23</sup> han incluido las sociedades mercantiles con participación o capital público, dentro del cuadro general de los organismos integrantes de la Administración Pública descentralizada funcionalmente, y las mismas se encuentran vinculadas a las entidades públicas territoriales por relaciones jurídicas de tutela administrativa o adscripción, bajo la denominación que acoge el Derecho positivo de “empresas del Estado”, y que constituirían una especie del género más amplio que son las empresas públicas.

Ahora bien, concretamente las denominadas empresas del Estado, son personas jurídicas constituidas mediante fórmulas de Derecho privado y sometidas, en principio, al mismo régimen que las sociedades formadas por los particulares. Por lo común ostentan formas de sociedades de comercio y, en consecuencia, se rigen fundamentalmente por las disposiciones del Derecho mercantil. Sin

---

21 Allan R. Brewer-Carías. *Fundamentos de la Administración Pública*, Tomo I, Caracas, 1980, pp. 241 y ss.

22 Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 5 de octubre de 1970, caso *C.A.N.T.V.*, *Gaceta Oficial Extr.*, n° 1447, de fecha 15 de diciembre de 1970; y CSJ/SPA, de fecha 4 de marzo de 1982, *Repertorio Forense* n° 5708 de fecha 21 de agosto de 1982.

23 Art. 29, LOAP.

embargo, en tiempos recientes se ha hecho cada vez más frecuente la promulgación de reglas de Derecho público aplicables a tales empresas, operándose una gradual transformación de su régimen jurídico que hoy puede calificarse como híbrido<sup>24</sup> o mixto.

En efecto, desde el punto de vista del régimen jurídico aplicables a las empresas públicas constituidas bajo la forma de sociedades mercantiles, se observa que se encuentran sometidas al régimen de Derecho privado propio de tales sociedades, esto es, “la legislación ordinaria”, aún en el caso de empresas del Estado creadas por ley nacional;<sup>25</sup> pero por otra parte, dado el carácter de la participación pública y, por consiguiente, su pertenencia al sector público, se encuentran también en buena medida sometidas a las disposiciones del Derecho público y, en particular, a las del Derecho administrativo, cuando se señala expresamente que se deja a “salvo lo establecido en la ley”<sup>26</sup>. Aún más, “*las normas de derecho administrativo que regulan la actividad, la organización y el funcionamiento se aplican con prevalencia a las normas de derecho privado que rigen a las sociedades anónimas*”<sup>27</sup>.

En tal sentido, hoy día cobra vigencia la doctrina administrativa al señalar lo siguiente:

“Por último, la empresa está sometida a un régimen jurídico mixto, en parte de Derecho Privado y en parte de Derecho Público. Efectivamente, está organizada como una sociedad mercantil común, y así le son aplicables casi todas las normas que rigen ese tipo de personas, pero también se encuentra sujeta a la vigilancia y fiscalización del Ejecutivo Nacional, no solamente por ser la República el socio pre-

---

24 Juan Garrido Rovira. *Temas sobre la Administración Descentralizada*. Colección Estudios Administrativos n° 3, EJV; Caracas, 1984, p. 132.

25 Artículo 106, LOAP.

26 *Ibidem*.

27 Juan Garrido Rovira y Nelson Socorro, *Las Empresas del Estado en Venezuela. Estudio Jurídico*, Ediciones del CLAD, Caracas, 1981. p. 82.

ponderante, con todos los derechos que de tal situación derivan normalmente...(...)..."<sup>28</sup>

Por su parte, la jurisprudencia del Alto Tribunal sostuvo lo siguiente:

"La intención del Legislador fue la de estructurar la Administración Petrolera Nacionalizada mediante empresas del Estado (entes o personas estatales), con la forma de sociedad mercantil y en consecuencia sometidas a un régimen mixto del derecho público y de derecho privado, aun cuando predominantemente de derecho privado por la forma jurídica adoptada;"<sup>29</sup>

Por tanto, se puede concluir que existe todo un "bloque normativo" de Derecho administrativo aplicable directamente a las empresas del Estado<sup>30</sup>. Según los casos, serían aplicables las normas relativas a la Administración Pública en general, sobre licitaciones, contrataciones del sector público, régimen presupuestario, crédito público, contraloría, etc. Este régimen jurídico de Derecho público y sus implicaciones en relación con las modalidades de participación por parte de las empresas del Estado en actividades económicas será abordado a continuación.

## V. RÉGIMEN GENERAL DE DERECHO PÚBLICO DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO

### 1 *Régimen y control organizativo*

#### A. *Empresa del Estado*

Como cuestión previa se observa que la Constitución de 1999, contiene algunas disposiciones específicamente relacionadas con las empresas públicas: el artículo 300, el cual dispone que "la ley

---

28 Véase Dict. de la Procuraduría General de la República de fecha 24 de junio de 1965, en *20 Años de la Doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981*, Tomo I, Caracas, 1984, p. 277.

29 Véase Sent. de la CSJ/SCC, n° 59, de fecha 26 de febrero de 1987, caso *Petróleos de Venezuela, S.A.*

30 Juan Garrido Rovira, *ob. cit.*, p. 132.

nacional establecerá las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales”; y el artículo 142, *eiusdem*, cuando dispone que “los intereses públicos en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, estarán sujetos al control del Estado, en la forma que la ley establezca.”

Ahora bien, los órganos y entes de la Administración Pública en general están dotados por la Constitución y la ley de la potestad organizativa. En tal sentido, la República, en tanto persona jurídica de carácter público, así como todos los demás entes y unidades administrativos descentralizados con personalidad jurídica o sin ella, en el marco de un conjunto de reglas y principios jurídicos, están facultados para crear, modificar y suprimir órganos y entes administrativos. La normativa general que rige la potestad organizativa pública está, pues, contenida en la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP)<sup>31</sup>.

A tal efecto, el Derecho administrativo venezolano conoce los siguientes tipos o formas de organización administrativa: (i) territorial, la cual reposa sobre una base geográfica y conlleva la creación de personas públicas territoriales; y (ii) funcional o por servicios, calificada también como funcional técnica o especial, la cual conlleva la creación de una persona jurídica especial a la que se le encomienda una actividad determinada<sup>32</sup>. Por tanto, se definen los entes descentralizados y, en consecuencia, su régimen jurídico, a partir de un criterio formal. Así, cuando el Estado otorga personalidad jurídica de naturaleza pública a un servicio u órgano de la Administración Pública, estaremos en presencia de un instituto autónomo; por el contrario, cuando el ente ha sido creado según las reglas del Derecho privado, bajo la forma de sociedad, y el Estado (teoría de la propiedad directa) y otros organismos del sector pú-

---

31 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.305, de fecha 17 de octubre de 2001.

32 Jesús Caballero Ortiz, “La Descentralización Funcional” en *Revista de Derecho Público* n° 8, Octubre-Diciembre 1981, EJV; Caracas, p. 5.

blico (teoría de la propiedad indirecta) tengan participación pública mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social, estamos en presencia de una “empresa del Estado” (de primer grado); y también cuando una empresa del Estado tiene, a su vez, participación mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social en otra sociedad mercantil (de segundo grado) .

Ahora bien, las formas jurídicas utilizadas preferentemente para la descentralización funcional son: por un lado, los entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho público, esto es, los institutos autónomos;<sup>33</sup> y por el otro, los entes descentralizados con forma de Derecho privado, esto es, las empresas del Estado,<sup>34</sup> las fundaciones del Estado,<sup>35</sup> y finalmente las asociaciones y las sociedades civiles del Estado<sup>36</sup>. Los primeros, son configurados como personas jurídicas de Derecho público de naturaleza fundacional, que utilizan los mismos mecanismos del Estado, es decir, instrumentos iuspuplicísticos, preferiblemente; los segundos, por el contrario, utilizan mecanismos de Derecho privado, por lo que, en principio, la autonomía privada de las mismas es verdaderamente amplia (Giannini)<sup>37</sup>.

En la medida en que las modalidades de participación del Estado en el ejercicio de actividades económicas impliquen, tanto la creación ex novo como la adquisición, total o parcialmente, de empresas ya establecidas o existentes, la LOAP resulta aplicable. En efecto, desde el punto de vista de la LOAP, las sociedades mercantiles constituyen entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales,<sup>38</sup> y corresponderían a una categoría más específica a

---

33 Artículo 95, LOAP.

34 Véase Artículos 100 al 107, de la Sección segunda “*De las empresas del Estado*”, LOAP.

35 Artículo 108, LOAP.

36 Artículo 113, LOAP.

37 Véase Dict. de la Procuraduría General de la República, de fecha 15 de septiembre de 1971, en *20 Años de la Doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981*, Tomo I, p. 187.

38 Artículos 15 y 29, LOAP.

los efectos de la LOAP: constituyen las denominadas “Empresas del Estado” (en adelante EEdo),<sup>39</sup> según las define el artículo 100 eiusdem:

*“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.”*

Esta definición presenta tres (3) características particulares, a saber: (i) el término “Estado” no sólo corresponde a la República, que es la persona jurídica pública mayor, sino que alude a un grupo de personas jurídicas que podríamos llamar “del sector público”; (ii) se trata de sociedades mercantiles, que son entes descentralizados funcionalmente, con forma de Derecho privado y fines empresariales, según que la actividad principal sea la producción de bienes y servicios destinados a la venta, y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente de dicha actividad, según lo entiende el artículo 29, LOAP; y finalmente (iii), el criterio legal determinante para la calificación de las EEdo, es el carácter mayoritario de la participación del sector público en el capital social, esto es, cuando el Estado o alguno de los entes descentralizados funcionalmente ejercen el control mayoritario de la empresa (control estatal) al poseer más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones que componen el capital social respectivo.

---

39 En el mismo sentido: Arts. 189 (1) de la Constitución; 54 de la Ley contra la Corrupción; 8 de la Ley de Ejercicio de la Profesión de Licenciado en Administración; 19 de la Ley de Extranjería y Migración; 12 de la Ley de Homologación de las Pensiones del Seguro Social y de las Jubilaciones y Pensiones de la Administración Pública, al Salario Mínimo Nacional (pensión Mínima Vital); 6 (i), 59, Parágrafo Tercero y 97, Parágrafo Único de la Ley de Impuesto Sobre la Renta; 20 de la Ley de Minas; XXX de la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal 2007; 29 de la Ley de Privatización; 6 de la Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional; Disposición Final Primera de la Ley de Silos, Almacenes y Depósitos Agrícolas; 119 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario; 31 de la Ley General de Puertos; y 620 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Con respecto a este último punto, en el Derecho positivo se ha planteado la discusión sobre si, además del criterio “cuantitativo”<sup>40</sup>, al aludir la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia<sup>41</sup> y la vigente LOTSJ<sup>42</sup> al criterio competencial de “participación decisiva”, se amplía el concepto de empresa del Estado a aquellos supuestos donde, si bien el sector público no tiene la mayoría accionarial, sin embargo, tiene una intervención decisiva en cuanto a la conducción y administración, esto es, el poder de dirección y control (criterio “cualitativo”) de la sociedad mercantil respectiva<sup>43</sup>. Al respecto se sostiene que hoy día se ha aceptado el criterio ampliado de empresa del Estado, pues la jurisprudencia ha interpretado que la participación decisiva del Estado, no es sólo cuando ostenta la titularidad de más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones, sino también cuando ostenta un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección y administración se refiere,<sup>44</sup> o una “participación decisiva calificada”, mediante la titularidad de un grupo de acciones privilegiadas, preferenciales o *golden shares*, que permitan el control de la empresa de que se trate<sup>45</sup>.

Adicionalmente a los requisitos y formalidades requeridos por el CCom para la creación de las empresas del Estado, la LOAP exige el cumplimiento de los siguientes:<sup>46</sup>

---

40 Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 20 de enero de 1983, RDP, n° 13, EJV, Caracas, 1983; 13 de diciembre de 1984, 5 de agosto de 1886; 21 de junio de 1988; y 26 de julio de 1988.

41 Artículo 42, ordinal 15, LOCSJ.

42 Artículo 5, aparte 24, LOTSJ.

43 Véase Sents. de la CSJ/SCC, de fecha 2 de noviembre de 1983; y n° 59, de fecha 26 de febrero de 1987, *Gaceta Forense* n° 135, Vol. III, p. 1.184.

44 Véase Sents. del TSJ/SPA, de fechas 2 de septiembre de 2004 (n° 1209); 7 de septiembre de 2004 (n° 1315); 27 de octubre de 2004 (n° 1900); y 24 de noviembre de 2004 (n° 2271).

45 Véase Sents. n° 65 y 427 del TSJ/SPA, de fechas 6 de febrero de 2001 y 18 de marzo de 2003, respectivamente

46 Art. 101, LOAP.

- Los previstos en el artículo 16 de la LOAP: (i) indicación de su finalidad y delimitación de sus competencias o atribuciones; (ii) determinación de su forma organizativa, su ubicación en la estructura de la Administración Pública y su adscripción funcional y administrativa; (iii) previsión de las partidas y créditos presupuestarios necesarios para su funcionamiento; (iv) su supresión o modificación debe adoptarse mediante actos que gocen de rango normativo igual o superior al de aquellos que determinaron su creación o última modificación; y (v) no podrá superponerse o duplicar a algún otro ente ya existente mientras no se suprima o restrinja debidamente la competencia de éstos.
- Autorización del Presidente de la República en Consejo de Ministros.<sup>47</sup>
- Protocolización del acta constitutiva en el Registro Mercantil y archivo de un ejemplar auténtico de los estatutos y de la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela donde aparezca publicado el decreto que autorice la creación.<sup>48</sup>
- Publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela de todos los documentos que conforme al Código de Comercio tienen que ser objeto de publicación.<sup>49</sup>

a. *Control de tutela administrativa*

Por otra parte, toda empresa del estado se tiene que encontrar adscrita a un determinado Ministerio u órgano de la Administración Pública correspondiente.<sup>50</sup> Por tanto, el régimen jurídico organizativo aplicable a las empresas del Estado, las sujeta a los siguientes controles administrativos y obligaciones:

- El Ministerio competente en materia presupuestaria debe llevar un registro de la composición accionarial y remitir semestralmente copia del mismo a la comisión correspondiente de la Asamblea Nacional.<sup>51</sup>

---

47 Artículo 101, LOAP.

48 *Ibidem*.

49 Artículo 102, LOAP.

50 Artículo 116, LOAP.

51 Artículo 107, LOAP.

- A las siguientes potestades del Presidente de la República: (i) determinación o variación del Ministerio de adscripción; y (ii) variar o transferir las acciones las acciones del Estado a un instituto autónomo o a otro ente descentralizado funcionalmente; y (iii) fusionar las empresas del Estado.<sup>52</sup>
- Deben estar adscritas al Ministerio que determine el Presidente de la República en Consejo de Ministros, la Ley o acto jurídico de creación.<sup>53</sup>
- A las siguientes potestades del Ministerio de adscripción, inter alia: (i) la definición de políticas públicas a desarrollar por las empresas del Estado mediante la formulación de directivas generales que sean necesarias; (ii) el ejercicio permanentemente de funciones de coordinación, supervisión y control; y (iii) la evaluación continua del desempeño y resultados de gestión e información al Presidente de la República.<sup>54</sup>
- El Ministro de adscripción ejerce el control de gestión mediante la determinación de los indicadores de gestión y la suscripción de los respectivos compromisos de gestión.<sup>55</sup>
- Deben informar al Ministerio u órgano de adscripción acerca de toda participación accionarial que suscriban y de los resultados económicos de la misma.<sup>56</sup>
- Deben remitir anualmente a los Ministerios u órgano de adscripción nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal correspondientes el informe y cuenta de su gestión.<sup>57</sup>

Por último, el Ministro de adscripción tiene la competencia de proponer al Presidente de la República la modificación o eliminación de las empresas del Estado que le estén adscritas.<sup>58</sup> En todo caso, el Presidente de la República mediante decreto dictará las

---

52 Artículo 115, LOAP.

53 Artículos 115 y 116, LOAP.

54 Artículo 76 (12), en concordancia con el artículo 117, LOAP.

55 Artículo 119, LOAP.

56 Artículo 121, LOAP.

57 *Ibidem*.

58 Artículo 117 (5), LOAP.

reglas a los fines de la intervención, supresión y liquidación de las EEdo.<sup>59</sup>

b. *Control accionarial*

Además del control de tutela, el Ministro u órgano de adscripción ejerce la representación de la República en la Asamblea de Accionistas de las empresas del Estado que se encuentren bajo su tutela,<sup>60</sup> así como el correspondiente control accionarial.<sup>61</sup>

En efecto, existe la posibilidad de establecer un sistema de control accionarial sobre las empresas del Estado, pues además de la regulación de los instrumentos legales existentes, el Estado puede hacer valer sus derechos societarios, sobre todo cuando es titular de las acciones en forma unilateral o altamente mayoritario, para imponer los mecanismos contralores que desee por las vías propias del Derecho mercantil, mediante su inclusión en el régimen jurídico interno de la empresa del Estado (acta constitutiva, estatutos y reglamentos internos, etc.). Ese poder contralor le es conferido a la autoridad administrativa (Ministro de adscripción), a través de los órganos regulares de la empresa (administradores y asamblea) y no en forma directa.

c. *Holdings públicos*

Finalmente, cuando operen varias EEdo en un mismo sector, o requieran una vinculación aunque operen en diversos sectores, el Presidente e la República podrán crear empresas matrices tenedoras de las acciones de las EEdo y de las empresas mixtas correspondientes, sin perjuicio de que los institutos autónomos puedan desempeñar igual función.<sup>62</sup>

---

59 Artículo 128, en concordancia con los artículo 123 al 127, LOAP.

60 Artículo 76 (13), en concordancia con el artículo 120, LOAP.

61 Artículo 76 (13), LOAP.

62 Artículo 105, LOAP.

Se trataría la coordinación y el control público, indirecto, sobre las empresas del Estado pertenecientes al holding público de que se trate.

d. *Accionariado estatal*

La LOAP autoriza a la República, a los Estados, a los Municipios y a los Distritos Metropolitanos para constituir empresas del Estado, incluso como único accionista. Asimismo podrán tener participación en todo tipo de sociedades, suscribir o vender acciones e incorporar nuevos accionistas del sector público.<sup>63</sup>

Desde este último punto de vista, esto es, de la conformación en la participación estatal o pública en el capital social, existirían: las sociedades con participación única del Estado -sociedades públicas unipersonales-, esto es, los casos de empresas del Estado con un único accionista público;<sup>64</sup> las sociedades de capital público, esto es, el caso de empresas con dos o más accionistas siempre del sector público; y las sociedades de economía mixta,<sup>65</sup> esto es, el caso de empresas donde se encuentran asociados capitales públicos y privados, en vista de una explotación comercial e industrial, y donde a su vez la participación pública puede ser mayoritaria, paritaria o minoritaria. En este último caso, sólo en aquellas sociedades donde la participación pública es mayoritaria cabe la calificación de empresas del Estado según el criterio legal que hemos desarrollado.

Y finalmente, están obligadas las EEdo a “informar” a la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional, de conformidad con el artículo 19 de la Ley anual de Presupuesto (Disposiciones Comunes),<sup>66</sup> cuando se propongan llevar a cabo las operaciones, para la constitución, a su vez, de sociedades anónimas, la

---

63 Artículo 103, LOAP.

64 Artículo 104, LOAP.

65 Artículo 105, LOAP.

66 Véase *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.828 Ext., de fecha 11 de diciembre de 2006.

suscripción o venta de acciones y la incorporación de nuevos accionistas del sector público, previamente a su realización.

## 2. Régimen patrimonial

Adicionalmente al régimen patrimonial previsto en la LOAP, las empresas operadoras de telecomunicaciones están sujetas al régimen de Derecho público general relativo a los bienes de las empresas del Estado. Este régimen general está contenido en la LOAP, en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP),<sup>67</sup> en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (LOHPN)<sup>68</sup> y en la Ley sobre Conservación y Mantenimiento de Obras e Instalaciones Públicas.<sup>69</sup>

Por su parte, la LOAP admite en su artículo 122 que la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios “incorporen” determinados bienes a las empresas del Estado, sin que ello implique transferencia de la propiedad sobre los mismos. En tal caso, la LOAP aclara que el ente queda obligado a utilizar los bienes así incorporados exclusivamente para los fines que determinen los titulares de la propiedad, los cuales podrán conservar su calificación jurídica originaria.

Por su parte, la LOAFSP prohíbe en su artículo 93, la constitución de garantías o privilegios sobre bienes nacionales, para garantizar operaciones de crédito público. Esto significa que los bienes de las EEdo están sujetos a esta prohibición, por cuanto las mismas constituyen empresas del Estado.

Finalmente, cabe destacar que en virtud del artículo 74 de la LOHPN, las empresas del Estado no gozan, en cuanto a su patrimonio, de los privilegios que dicha ley confiere al Fisco Nacional

---

67 Véase *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.606, de fecha 9 de enero de 2003.

68 Véase *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° Ext. 1.660, de fecha 21 de junio de 1974.

69 Véase *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 33.257, de fecha 3 de julio de 1985.

(entre los cuales figura, por ejemplo, la inembargabilidad de su patrimonio). No obstante, excepcionalmente la Asamblea Nacional, al aprobar mediante norma de rango legal formal la creación de las empresas del Estado,<sup>70</sup> podría extenderles tales privilegios.

Toda esta normativa es aplicable a los bienes propiedad de las EEdo, así como a aquellos que le sean transferidos por “incorporación.” Se trata, pues, de bienes que no pueden ser gravados ni enajenados, y que en definitiva están sujetos a reversión a favor de la República.

### 3. *Régimen de los contratos*

#### A. *Régimen de contratación*

La facultad de las empresas del Estado para realizar contratos y contraer obligaciones deriva de su carácter de persona jurídica. Ahora bien, por lo que se refiere a su preparación y formas de adjudicación, las normas contempladas en la Ley de Licitación (LL) hacen referencia básicamente a los aspectos siguientes: (i) los requisitos que deben tener las persona para contratar; (ii) las personas sujetas al ámbito de aplicación de la LL con competencia para contratar; y (iii) el procedimiento de contratación, que incluye todo lo relacionado con la preparación de los contratos y las formas de adjudicación.

Como ha quedado expuesto más arriba, el artículo 25 de la LOAP faculta a las empresas operadoras para celebrar cualquier tipo de contrato que requiera la gestión de las actividades que se les hayan transferido. Esta amplia capacidad contractual está sujeta, sin embargo, a ciertos requisitos y condiciones establecidos en la propia LOHPN, en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGR),<sup>71</sup> en

---

70 Artículo 106, LOAP.

71 Véase *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.347, de fecha 17 de diciembre de 2001.

la LOAFSP, en la Ley de Licitaciones (LLic),<sup>72</sup> en la Ley de Arbitraje Comercial (LAC)<sup>73</sup> y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ).<sup>74</sup> Este régimen contractual consiste en las siguientes normas:

- Para la selección de sus contratistas, las EEdo deben proceder por licitación de conformidad con lo previsto en la LLic.<sup>75</sup>
- Las EEdo deben incorporar en sus procesos de contratación la participación de empresas de capital nacional en condiciones tales que se asegure el uso óptimo y efectivo de bienes, servicios, recursos humanos y capital de origen venezolano.<sup>76</sup>
- Antes de proceder a la adquisición de bienes o servicios, o a la elaboración de contratos que impliquen compromisos financieros, las EEdo deben asegurarse que: (i) el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto; (ii) existe disponibilidad presupuestaria; (iii) se han estipulado garantías suficientes para respaldar el incumplimiento de los contratistas; (iv) los precios estipulados son justos y razonables; (v) se ha dado cumplimiento a la Llic.<sup>77</sup>
- Está prohibido a las EEdo otorgar garantías para respaldar obligaciones de terceros.<sup>78</sup>
- Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la realización de actividades económicas de telecomunicaciones, incluidas aquellas que surjan a propósito de las relaciones contractuales de gestión que mantengan las EEdo, pueden ser sometidas a arbitraje comercial, previa aprobación del órgano estatutario competente de la empresa y la

---

72 Véase *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.556 Ext., de fecha 13 de noviembre de 2001.

73 Véase *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 36.430, de fecha 7 de abril de 1998.

74 Véase *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 1.893 Ext., de fecha 30 de julio de 1976.

75 Artículo 2(5), LLic.

76 Artículo 18, Ley Orgánica de Hidrocarburos. Véase *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.323, de fecha 13 de noviembre de 2001.

77 Artículo 38, LOCGR.

78 Artículo 92, LOAFSP.

autorización escrita del Ministro de adscripción,<sup>79</sup> a menos que se trate de controversias directamente concernientes a atribuciones o funciones de imperio.<sup>80</sup>

- Los contratos que celebren las EEdo se rigen por las leyes venezolanas y sus controversias deben someterse al fuero de los tribunales venezolano (salvo en caso de arbitraje).<sup>81</sup>

La competencia jurisdiccional para conocer de las controversias que se susciten con motivo de las acciones contra las EEdo corresponde a los tribunales de lo contencioso-administrativo, según la cuantía del pleito, así: (i) al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa, si la cuantía excede de setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.);<sup>82</sup> (ii) a las Cortes Primarias de lo Contencioso Administrativo, si la cuantía excede de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T.) hasta setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.);<sup>83</sup> y a los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo, si la cuantía no excede de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T.).<sup>84</sup>

#### B. *Contratos de interés público*

Es posible que las empresas del Estado no limiten sus actividades a las que puedan ejercer dentro de las fronteras del país, sino que salen al exterior para adquirir bienes, prestar o demandar servicios, realizar transacciones de todas clases en el sector que les

---

79 Artículos 34(3) (b), LOH y 4, LAC.

80 Artículo 3(b), LAC.

81 Artículo 34(3)(b), LOH.

82 Artículo 5, aparte 24, LOTSJ. El TSJ/SPA ha interpretado que la participación decisiva del Estado no es sólo cuando ostenta la titularidad de más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones, sino cuando ostenta una "participación decisiva calificada", mediante la titularidad de un grupo de acciones privilegiadas, preferenciales o *golden shares*, que permitan el control de la empresa de que se trate. Véase Sents. n° 65 y 427 del TSJ/SPA, de fechas 6 de febrero de 2001 y 18 de marzo de 2003, respectivamente.

83 Véase Sent. del TSJ/SPA, de fecha 23 de noviembre de 2004, Exp. n° 2004-1736.

84 Véase Sent. del TSJ/SPA, de fecha 26 de octubre de 2004, Exp. n° 2004-1462.

está encomendado. De esta forma entran en relaciones con otras empresas no domiciliadas no domiciliadas en el país y órganos de otros Estados dando origen a las más variadas relaciones jurídicas.

Es así como dentro de la tradición constitucional venezolana que se remonta al año 1864, se ha consagrado una categoría especial de contratos denominados “contratos de interés público” (género), los cuales pueden ser nacionales, estatales o municipales (especies),<sup>85</sup> dentro de las posibilidades de contratación a cargo del Estado, cuya formulación se mantiene y a la que por su importancia se le consagra una Sección Cuarta: “de los Contratos de Interés Público” en la Constitución vigente.<sup>86</sup>

Al respecto se mencionan los criterios que permiten establecer la categoría de contratos de interés público, así:

- “i) La aprobación por parte de la Asamblea General en los casos que determine la ley;
- (ii) La autorización con carácter preceptivo por parte de la Asamblea Nacional cuando se pretendan celebrar contratos de interés público con los Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela;
- (iii) La potestad de la Asamblea Nacional de exigir mediante norma legal determinadas condiciones especiales para la celebración de dichos contratos, por ejemplo, nacionalidad, domicilio, garantías especiales, etc.; y
- (iv) La obligatoriedad de incluir la cláusula de inmunidad de jurisdicción, esto es, la competencia exclusiva y excluyente de los tribunales venezolanos para conocer de las controversias relacionadas con la inteligencia y ejecución, sin que ello pueda dar lugar a reclamaciones extranjeras”.

Ahora bien, con relación a los sujetos cuya presencia es condición necesaria para la celebración de los contratos de interés nacional, se exige en primer lugar que sea un ente político-territorial,

---

85 Véase Sent. del TSJ/SC, de fecha 24 de septiembre de 2002.

86 Artículos 150 y 151, C.

esto es, la Repúblicas, los Estados y los Municipios. Sin embargo, un sector de la doctrina<sup>87</sup> ha considerado que esta categoría aplica también para aquellos contratos suscritos por la Administración Pública Nacional descentralizada, esto es, los institutos autónomos y las empresas del Estado, cuando afectan de manera directa a los intereses nacionales que corresponden a la República.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Alto Tribunal cuando señaló lo siguiente:

“Respecto a la figura jurídica celebrada, la cual se basa en los compromisos internacionales suscritos por el Ejecutivo Nacional, es de destacar que si bien es producto de los actos de gobierno antes mencionados, la misma resulta ser una estipulación de índole contractual, la cual constituye un contrato de interés público, toda vez que se ha comprometido un alto interés de la República en el margen de sus relaciones internacionales con la República Federativa del Brasil para el suministro de energía eléctrica.”<sup>88</sup>

En consecuencia, las empresas del Estado en sus relaciones y operaciones comerciales con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, que por su importancia y magnitud económico-financiera, pudieran comprometer gravemente el patrimonio económico de la República, pueden celebrar contratos que califiquen como contratos de interés público y, por ende, sometidos al régimen de control parlamentario que establece la Constitución.

#### 4. Régimen financiero

El régimen de administración financiera a que están sujetos las empresas del Estado se desdobra en normas que rigen: (i) la formulación y ejecución de su presupuesto, su capacidad y condiciones

---

87 Allan R. Brewer-Carías. *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I, EJV, Caracas, 2004, p. 293; y Rafael Badell Madrid. *Contratos de Interés Público Nacional*, Revista de Derecho Administrativo, n° 19, Julio/Diciembre 2004, Editorial Sherwood, Caracas, 2005, p. 56.

88 Véase Sent. del TSJ/SC, de fecha 29 de abril de 2003, Exp. n° 00-0836, caso C.V.G. *Electrificación del Carona (EDELCA)*

para realizar operaciones de crédito público y la manera como deben llevar su contabilidad.<sup>89</sup>

#### A. Régimen de presupuesto

Esta normativa está contenida, por lo esencial, en la LOAFSP y en las disposiciones generales de la Ley anual de Presupuesto (LPre). En principio, están sujetos a dicho régimen todos los “entes descentralizados con fines empresariales”,<sup>90</sup> entre los cuales figuran las sociedades mercantiles (de capital) en las cuales la República o los demás entes del sector público mantengan, individual o colectivamente, una participación mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social,<sup>91</sup> así como las empresas filiales en la que aquéllas tengan también participación mayoritaria.<sup>92</sup> Las demás EEdo están, por lo tanto, sujetas a esta normativa (con las salvedades que más adelante se explican).

El régimen presupuestario aplicable a las sociedades mercantiles (empresas) del Estado y otros entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales está establecido en los artículos 65 al 74 de la LOAFSP y 117 al 130 de su Reglamento N° 1, sobre el Sistema Presupuestario (R1SP).<sup>93</sup> Las empresas sujetas al régimen deberán contar con un presupuesto anual de ingresos y gastos, el cual debe ser formulado de acuerdo con los criterios contables y técnicas establecidos al efecto,<sup>94</sup> aprobado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros al término del procedimiento

---

89 Artículo 3, LOAFSP

90 Artículo 7(2), LOAFSP.

91 Artículo 6(8), LOAFSP.

92 Artículo 6(9), LOAFSP.

93 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.592 Ext., de fecha 27 de junio de 2002.

94 Artículos 66, 67, LOAFSP; 2 al 7, 118 al 121, R1SP.

pautado,<sup>95</sup> y ejecutarlo con arreglo a las limitaciones, trámites y formalidades previstos en la legislación vigente.<sup>96</sup>

#### B. *Régimen de contabilidad pública*

De la misma manera, el régimen relativo a la contabilidad previsto en la LOAFSP,<sup>97</sup> exige la adopción por parte de las empresas del Estado de un sistema de contabilidad acorde con los criterios uniformes del sector público, todo ello con el objeto de hacer posible que los “hechos económico financieros que afecten o pueden llegar a afectar el patrimonio de la República o de sus entes descentralizados” puedan ser valorados, procesados y expuestos.<sup>98</sup> El sistema de contabilidad, sus características y especificaciones están previstos en el Reglamento Parcial N° 4 de la LOAFSP, sobre el Sistema de Contabilidad Pública.<sup>99</sup>

#### C. *Régimen de crédito público*

Por su parte, el régimen de crédito público está establecido en los artículos 76 al 104 de la LOAFSP. Dicha Ley entiende por crédito público la capacidad que tienen los entes del sector público para endeudarse.<sup>100</sup> La LOAFSP enumera las operaciones de crédito público que tiene por objeto regular:<sup>101</sup> (i) la emisión y colocación de títulos, incluidas las letras del tesoro, constitutivos de empréstitos o de operaciones de tesorería; (ii) la apertura de créditos de cualquier naturaleza; (iii) la contratación de obras, servicios o adquisiciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de uno o más ejercicios posteriores a aquél en que se haya

---

95 Artículo 66, 68 al 71, LOAFSP.

96 Artículos 72 al 74, LOAFSP; 122 al 130, R1SP.

97 Artículos 121 al 130.

98 Artículos 121 y 122, LOAFSP.

99 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.623 Ext., de fecha 29 de diciembre de 2002.

100 Artículo 76, LOAFSP.

101 Artículo 77, LOAFSP.

causado el objeto del contrato, siempre que la operación comporte un financiamiento; (iv) el otorgamiento de garantías; y (v) La consolidación, conversión, unificación o cualquier forma de refinanciamiento o reestructuración de deuda pública existente.

La LOAFSP excluye de plano a algunos entes del sector público de toda la normativa que rige las operaciones de crédito público. Entre estos entes exceptuados de la regulación, figuran, entre otros, el Banco Central de Venezuela, las sociedades mercantiles dedicadas a la intermediación financiera, etc., dentro de las cuales no cabe subsumir a las demás EEdo. Por lo que deben entenderse no cubiertas por la excepción prevista en el artículo 89 de la LOAFSP.

Cabe observar, por último, que la excepción del artículo 89 de la LOAFSP está sujeta a una condición, a saber: que “se certifique la capacidad de pago” de las sociedades mercantiles exceptuadas.<sup>102</sup> No obstante, la LOAFSP no precisa qué debe entenderse por capacidad de pago, ni en qué consiste su certificación, ni cómo se obtendría ésta. La LOAFSP sólo exige que “a los fines de la certificación de la capacidad de pago, la respectiva sociedad publi[que] en un diario de circulación nacional y, por lo menos, en un diario de la zona donde tenga su sede principal dentro de los quince días hábiles siguientes a la terminación de su ejercicio económico, un balance con indicación expresa del monto del endeudamiento pendiente, debidamente suscrito por un contador público inscrito en el Registro de Contadores Públicos en Ejercicio Independiente de la Profesión que lleva la Comisión Nacional de Valores.”<sup>103</sup> Como puede observarse, dicha disposición no especifica los criterios en función de los cuales se valora la “capacidad de pago”, ni menciona al organismo competente para efectuar dicha valoración, si es que la certificación consistiera en un acto administrativo emanado de alguna autoridad. Por lo tanto, en nuestra opinión, la excepción debe considerarse efectiva siempre y cuando se cumpla con la publica-

---

102 Artículo 89, LOAFSP.

103 *Ibidem*.

ción y la misma refleje, según criterios económicos usuales y razonables, que la empresa tiene capacidad de pagar sus deudas.

#### 5. Régimen de control fiscal y contra la corrupción

El régimen de Derecho público relativo al sistema de contraloría y de lucha contra la corrupción, está concebido alrededor de un concepto amplio del patrimonio público. A diferencia de los regímenes anteriormente analizados, los regímenes de control fiscal y contra la corrupción no definen su ámbito de aplicación sólo en función de criterios orgánicos basados en categorías de órganos y entes públicos, sino más bien en función de cualquier factor que puedan afectar la integridad del patrimonio público entendido en su más amplio sentido.

##### A. Régimen de control fiscal

En este sentido, la LOCGR establece que quedan sujetos a sus disposiciones, así como al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República, *inter alia*: (i) “las sociedades de cualquier naturaleza” en las cuales cualquier ente del sector público tenga “participación en su capital social, así como las que se constituyan con la participación de aquéllas”;<sup>104</sup> y “las personas naturales o jurídicas [...] 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.”<sup>105</sup>

---

104 Artículo 9(10), LOCGR.

105 Artículo 9(12), LOCGR.. Es de observar que el artículo 9 de la LOCGR incluye en su último numeral (no. 12) una categoría amplísima de sujetos, descritos en los siguientes términos: “Las persona 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 cualquiera de los organismos o entidades mencionadas en los numerales anteriores o que reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales, o que en

Como puede observarse, esta amplia definición no sólo incluye a las empresas del Estado, entendidas como aquellas sociedades en cuyo capital social algún ente del sector público tenga participación mayoritaria, así como a aquellas sociedades en las que dicha participación sea minoritaria -sociedades de economía mixta-. También alude a cualquier persona que de alguna manera contrate con entes del sector público, reciba subsidios o aportes de los mismos o administre, maneje o custodie recursos públicos.

La parte fundamental del régimen de contraloría, a los efectos de esta opinión, es la que regula los mecanismos de “control interno” y de “control externo”. Estos controles sólo conciernen en principio a los entes del sector público (incluidas las empresas en que la participación del Estado es minoritaria),<sup>106</sup> aunque la LOCGR extiende excepcionalmente el régimen a todas aquellas personas que administren, manejen o custodien recursos de cualquier tipo que provengan de los referidos entes.<sup>107</sup> Siguiendo el esquema estructural expuesto en la primera parte de esta opinión, las EEdo estarían sujetas, en principio, al régimen de control interno y externo.

a. *Control interno*

El control interno está regulado por los artículos 35 al 41 de la LOCGR, conjuntamente con los artículos 131 al 145 de la LOAFSP. El control fiscal interno se ejerce dentro del ente u organismo de que se trate, según lo disponga y organice la “máxima autoridad jerárquica” del mismo<sup>108</sup> y bajo la supervisión y orientación de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna,<sup>109</sup> con el objeto de “salvaguardar sus recursos, verificar la exactitud y veracidad de su información financiera y administrativa, promover la eficiencia,

---

*cualquier forma intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos públicos”.*

106 Artículos 38 y 42, LOCGR.

107 Artículo 52, LOCGR.

108 Artículo 134, LOAFSP.

109 Artículos 135 al 145, LOAFSP.

economía y calidad en sus operaciones, estimular la observancia de las políticas prescritas y lograr el cumplimiento de su misión, objetivos y metas.”<sup>110</sup> Corresponde a cada entidad diseñar su propio sistema de control interno, “en el marco de las normas básicas dictadas por la Contraloría General de la República”<sup>111</sup> y en coordinación con el “control externo a cargo de la Contraloría General de la República”<sup>112</sup>. Concretamente, el sistema de control interno debe garantizar que antes de realizarse pagos o procederse a la adquisición de bienes o servicios, o a la elaboración de otros contratos que impliquen compromisos financieros, se cumplan a cabalidad requisitos tales como: (i) la correcta imputación del gasto al presupuesto; (ii) la existencia de disponibilidad presupuestaria; (iii) el otorgamiento por parte del contratista de las garantías suficientes para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones; (iv) que los precios pactados sean justos y razonables; y (v) la observancia de los de Ley de Licitaciones y demás leyes aplicables.<sup>113</sup>

#### b. *Control externo*

Por su parte, el control externo comprende la vigilancia, inspección y fiscalización sobre las operaciones del ente respectivo, y corresponde ejercerlo sobre los órganos y entidades de la administración central a la Contraloría General de la República. Entre las finalidades de este control, la LOCGR enumera las siguientes: (i) fiscalizar el cumplimiento de la legislación vigente en general; (ii) determinar el grado de observancia de políticas establecidas para la protección del patrimonio y salvaguarda de los recursos del ente; (iii) evaluar la exactitud de la información financiera, administrativa y de gestión, así como la eficiencia, eficacia, economía, calidad de sus operaciones<sup>114</sup>. En ejercicio de sus funciones, la Contraloría

---

110 Artículo 35, LOCGR. El artículo 131, LOAFSP reformula este objeto.

111 Artículo 37, LOCGR.

112 Artículo 133, LOAFSP.

113 Artículo 38, LOCGR.

114 Artículo 42, LOCGR.

General de la República cuenta con la potestad de realizar “auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza”,<sup>115</sup> y sus funcionarios “tendrán libre ingreso a las sedes y dependencias de los entes y organismos sujetos a su actuación, acceso a cualquier fuente o sistema de información, registros, instrumentos, documentos e información”<sup>116</sup>. Asimismo, todas las personas que “administren, manejen o custodien recursos” de los entes sujetas a control externo, están obligados “a informar y rendir cuenta de las operaciones y resultados de su gestión, en la forma, oportunidad y ante el órgano de control fiscal que determine la Contraloría General de la República”, con el objeto de “demostrar formal y materialmente la corrección de la administración, manejo o custodia de los recursos”<sup>117</sup>.

Como se observó más arriba, la obligación de establecer sistemas de control interno y de someterse al control externo recae en principio sobre los entes del sector público. Sin embargo, los artículos 52, 66 y 67 de la LOCGR extienden en cierta medida dichas obligaciones a las personas privadas. Las referidas normas permiten distinguir dos (2) supuestos: (i) el caso de empresas que administren, manejen o custodien recursos de cualquier tipo provenientes de entes y organismos del sector público (entre los que hay que incluir a las empresas con participación minoritaria del Estado); y (ii) el caso de las empresas que en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con dichos entes del sector públicos.

Las empresas que administren, manejen o custodien recursos públicos, están obligadas a establecer un sistema de control interno y a rendir cuenta de las operaciones y resultados de su gestión<sup>118</sup>. Asimismo, deben someterse a la vigilancia que los órganos de control competentes requieran efectuar sobre el destino de los recursos

---

115 Artículo 46, LOCGR.

116 Artículo 47, LOCGR.

117 Artículo 51, LOCGR.

118 Artículo 52, LOCGR.

públicos, para lo cual deben permitirles el acceso a sus instalaciones, propiedades, libros o documentos<sup>119</sup>.

Por lo que respecta a las empresas que en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con entes del sector públicos, las mismas deben someterse a las fiscalizaciones de los órganos del control fiscal externo, permitiéndoles el acceso a sus lugares, establecimientos, vehículos, libros y documentos,<sup>120</sup> pero no están obligadas a establecer mecanismos de control interno. Esta normativa sería aplicable a los contratistas privados que puedan intervenir en la gestión de las actividades económicas de telecomunicaciones.

c. *Régimen de responsabilidad*

Por último, cabe destacar que los funcionarios, empleados y obreros que presten servicios en entes del sector público, así como los particulares que administren, manejen o custodien recursos de cualquier tipo provenientes de dichos entes, son responsables a título personal “penal, civil y administrativamente de los actos, hechos u omisiones contrarios a norma expresa en que incurran con ocasión del desempeño de sus funciones”<sup>121</sup>. Las responsabilidades penales y civiles se hacen efectivas de conformidad con las leyes de la materia, con algunas excepciones procedimentales<sup>122</sup>. La responsabilidad administrativa, procedente por cualquiera de los hechos que se señalan en el artículo 91 de la LOCGR, corresponde declararla a los órganos de control competentes, los cuales están además facultados para imponer multas hasta por la cantidad equivalente a un mil unidades tributarias (1.000 U.T.), en los supuestos de infracción que se enumeran en el artículo 94 eiusdem<sup>123</sup>

---

119 Artículos 66 y 67, LOCGR.

120 Artículo 66, LOCGR.

121 Artículo 82, LOCGR.

122 Artículo 83 y 84, LOCGR.

123 Artículo 93, LOCGR.

y al término del procedimiento previsto en los artículos 95 al 111 del mismo texto.

Finalmente, se observa que de conformidad con el artículo 145 de la Constitución, se consagra el principio de la proscripción del conflicto de intereses, al disponer que quien esté al servicio de las personas de Derecho privado estatales, entre otras, las empresas del Estado, “no podrá celebrar contrato alguno con ellas, ni por si ni por interpuesta persona, ni en representación de otro u otra, salvo las excepciones que establezca la ley”.

#### B. Régimen contra la corrupción

La Ley contra la Corrupción (LCor)<sup>124</sup> tiene por efecto regir la conducta de funcionarios y demás personas que por su condición o funciones tengan por responsabilidad el manejo de recursos públicos, así como tipificar los delitos contra la cosa pública y las sanciones aplicables a quienes infrinjan las disposiciones y cuyos actos, hechos u omisiones causen un daño al patrimonio público<sup>125</sup>. La LCor especifica su propio ámbito de aplicación en función de dos (2) conceptos fundamentales, a saber: (i) el de patrimonio público, y (ii) el de empleados o funcionarios públicos.

##### a. Patrimonio público

De conformidad con la LCor, se considera patrimonio público aquel que corresponde por cualquier título a los siguientes entes y órganos del sector público, inter alia: (i) aquellos a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional; (ii) los institutos autónomos; (iii) el Banco Central de Venezuela; (iv) las personas de Derecho público; y (v) las sociedades de cualquier naturaleza en cuyo capital social participen las anteriores personas, en cualquier proporción,<sup>126</sup> así como sus filiales. Asimismo, se consideran igual-

---

124 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.637 Ext., de fecha 7 de abril de 2003.

125 Artículo 1, LC.

126 Artículo 5, LC.

mente parte del patrimonio público “los recursos entregados a particulares por los entes del sector público [...] 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”<sup>127</sup>.

b. *Funcionario público a los efectos de la LCor*

Por otra parte, y sin perjuicio de lo que establezcan otras leyes, la LCor considera empleados o funcionarios públicos a las siguientes personas, *inter alia*: (i) los que estén investidos de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, originadas por elección, por nombramiento o contrato otorgado por la autoridad competente, al servicio de la República o de cualesquiera de los demás órganos o entes que ejercen el Poder Público; (ii) los directores y administradores de sociedades civiles y mercantiles, fundaciones asociaciones civiles y demás instituciones constituidos con recursos públicos, cuando éstos representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su capital o patrimonio social; (iii) los directores y administradores de sociedades mercantiles y demás instituciones cuya dirección decisiva sea ejercida por órganos y entes titulares de algún patrimonio público; y (iv) los directores y administradores de sociedades mercantiles y demás instituciones constituidas minoritariamente con recursos públicos,<sup>128</sup> que participen en la dirección de las mismas en representación de órganos o entes titulares de algún patrimonio público<sup>129</sup>.

Por su parte, se consideran directores y administradores a los efectos de la LC todas aquellas personas que desempeñen funciones tales como: (i) directivas, gerenciales, supervisoras, contraloras y auditoras; (ii) participar con voz y voto en comités de: compras, licitaciones, contratos, negocios, donaciones o de cualquier otra naturaleza, cuya actuación pueda comprometer el patrimonio pú-

---

127 Artículo 4, LC.

128 Artículo 5, LC.

129 Artículo 3, numerales 1 y 2, LC.

blico; (iii) Manejar o custodiar almacenes, talleres, depósitos y, en general, decidir sobre la recepción, suministro y entrega de bienes muebles de los entes u organismos para su consumo; (iv) movilizar fondos depositados en cuentas bancarias; (v) representar al ente u organismo con autoridad para comprometer a la entidad; (vi) adquirir compromisos en nombre del ente u organismo o autorizar los pagos correspondientes; y, en general, (vii) dictar actos que incidan en la esfera de los derechos u obligaciones de los particulares o en las atribuciones y deberes del Estado<sup>130</sup>.

c. *Declaración jurada de patrimonio*

Concretamente, además de observar las reglas y principios de conducta en el manejo y administración del patrimonio público, la LCor impone a los empleados y funcionarios públicos a los efectos de la Lcor, la obligación de presentar a la Contraloría General de la República<sup>131</sup> declaración jurada de su patrimonio. Dicha declaración, la cual debe reflejar la real situación patrimonial del declarante para el momento de la declaración, debe ser presentada dentro de los treinta (30) días siguientes a la toma de posesión de su cargo y dentro de los treinta (30) días posteriores a la fecha en la cual cesen en el ejercicio de empleos o funciones públicas<sup>132</sup>.

Por otra parte, las personas obligadas a formular declaración jurada de patrimonio deben prestarse a la verificación de la sinceridad de ellas. A tal efecto, deben permitir a los funcionarios competentes la inspección de libros, cuentas bancarias, documentos, facturas, conocimientos y otros elementos que tiendan a comprobar el contenido de la declaración<sup>133</sup>. El incumplimiento de la obligación de presentar declaración jurada de patrimonio, su presentación extemporánea o la falsedad de sus datos, así como la negativa de suministrar las informaciones que fueren solicitadas para la ve-

---

130 Artículo 3, segunda parte, LC.

131 Artículo 41, LC.

132 Artículo 23, LC.

133 Artículo 27, LC.

rificación de su veracidad, constituyen infracciones sancionadas con multa de hasta quinientas (500) Unidades Tributarias<sup>134</sup>.

Es indudable que en Venezuela, por su peculiar estructura económica, no sólo el Estado tiene una participación directa y creciente en los asuntos económicos, sino que dentro de la estructura organizativa estatal, las empresas públicas tienen una importancia fundamental. Es más, es a través de las empresas del Estado que este desarrolla de manera directa sus actividades más importantes en el campo económico.

Ahora bien, las empresas del Estado no deben ser consideradas como un fin en sí mismas, sino como unos instrumentos para la realización de unos fines de interés público ligados al proceso de desarrollo económico y social del país, por lo que la creación ex novo o la adquisición de empresas privadas establecidas, deberá responder a las exigencias del interés público en el marco del sistema de economía social de mercado consagrado constitucionalmente, con respeto al principio de la libertad de empresa y de iniciativa privada.

---

134 Artículo 33, LCor.



## ÍNDICE GENERAL

A MODO DE PRÓLOGO .....	7
-------------------------	---

### LA NACIONALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES, LOS SERVICIOS Y LAS EMPRESAS EN VENEZUELA

Víctor Rafael Hernández-Mendible

I. INTRODUCCIÓN .....	11
II. LA NACIONALIZACIÓN Y SUS IMPLICACIONES JURÍDICAS ..	12
1. <i>La nacionalización respecto a otros Poderes Públicos</i> .....	13
2. <i>La nacionalización respecto a los particulares</i> .....	14
3. <i>Las implicaciones jurídicas de la nacionalización con respecto a los particulares</i> .....	15
A. <i>La nacionalización entendida como reserva mínima</i> .....	15
B. <i>La nacionalización entendida como reserva media</i> .....	17
C. <i>La nacionalización entendida como reserva máxima</i> .....	18
4. <i>La diferenciación entre la estatización y la intervención de empresas</i> .....	20
A. <i>La estatización de empresas privadas</i> .....	20
B. <i>La intervención administrativa de empresas privadas</i> .....	23
C. <i>La intervención judicial de empresas privadas</i> .....	28
III. LA PROYECTADA REGULACIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS .....	33
1. <i>El anteproyecto de Ley orgánica de servicios públicos domiciliarios</i> .....	34
2. <i>El anteproyecto de Ley Orgánica de Servicios Públicos</i> .....	36
3. <i>El proyecto de Ley Orgánica de Servicios Públicos</i> .....	42

IV. LAS REFLEXIONES SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE SERVICIOS PÚBLICOS .....	46
1. <i>La orientación de la política económica</i> .....	47
2. <i>Las consecuencias jurídicas de la política económica</i> .....	49
3. <i>La experiencia de la gestión de la empresa pública de servicios públicos</i> .....	51
4. <i>La expansión de las empresas públicas</i> .....	54
V. LA VUELTA AL ESTADO PRESTACIONAL .....	60
VI. CONSIDERACIONES FINALES .....	63

### NACIONALIZACIÓN Y LIBERTAD DE EMPRESA

José Ignacio Hernández G.

I. INTRODUCCIÓN .....	69
II. EL CONCEPTO DE NACIONALIZACIÓN. SU RELACIÓN CON LAS TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA Y CON LA INICIATIVA ECONÓMICA PRIVADA .....	71
1. <i>Hacia un concepto jurídico de nacionalización</i> .....	71
A. <i>Nacionalización, socialización y socialificación: la posición de García-Pelayo</i> .....	72
B. <i>La nacionalización desde la doctrina francesa</i> .....	75
C. <i>La nacionalización desde la doctrina italiana</i> .....	76
D. <i>La nacionalización desde la doctrina española</i> .....	78
E. <i>La nacionalización desde la doctrina mexicana</i> .....	82
F. <i>La nacionalización en la doctrina venezolana</i> .....	83
G. <i>Nuestra posición en torno al concepto de nacionalización</i> .....	87
2. <i>La nacionalización como técnica de intervención pública en el marco de la Constitución económica</i> .....	90
A. <i>La nacionalización dentro de las técnicas de intervención pública en la economía</i> .....	90
B. <i>La nacionalización y la iniciativa privada en la Constitución de 1999</i> .....	94
a. <i>Límites subjetivos: el necesario respeto a la libertad económica y propiedad privada. Especial referencia a la garantía de la menor intervención y la garantía indemnizatoria</i> .....	95

b.	<i>Límites teleológicos: el fin de interés general que justifica la iniciativa pública directa</i> .....	98
c.	<i>Límites institucionales: la libertad económica y propiedad privada como instituciones</i> .....	100
III.	LA EXPERIENCIA DE LA NACIONALIZACIÓN EN VENEZUELA Y SU INCIDENCIA EN LA INICIATIVA PRIVADA .....	100
1.	<i>Algunos antecedentes relevantes</i> .....	101
2.	<i>La nacionalización del gas natural</i> .....	102
3.	<i>La nacionalización de la industria y comercio de los hidrocarburos</i> .....	103
A.	<i>El antecedente inmediato: la reversión de las concesiones de hidrocarburos</i> .....	103
B.	<i>La Ley de 1975 y el alcance de la “nacionalización”</i> .....	106
4.	<i>La nacionalización del hierro</i> .....	110
5.	<i>Las políticas de nacionalización recientemente anunciadas</i> .....	111
A.	<i>La nacionalización de CANTV y la Electricidad de Caracas, C.A. (ELECAR)</i> .....	111
B.	<i>La nacionalización en el sector de los hidrocarburos</i> .....	114
IV.	A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NACIONALIZACIÓN Y LA INICIATIVA PRIVADA ECONÓMICA .....	117

**UNA “ESTATIZACION” PETROLERA EN 2006-2007  
MEDIANTE LA TERMINACIÓN UNILATERAL Y  
ANTICIPADA DE LOS CONTRATOS OPERATIVOS  
Y DE ASOCIACIÓN RESPECTO DE LAS  
ACTIVIDADES PRIMARIAS DE HIDROCARBUROS**

Allan R. Brewer-Carías

I.	EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA INDUSTRIA PETROLERA .....	125
II.	LA NACIONALIZACIÓN DE LA INDUSTRIA PETROLERA EN 1975 Y LA POSIBILIDAD DE PARTICIPACIÓN DEL CAPITAL PRIVADO EN LA MISMA MEDIANTE CONVENIOS OPERATIVOS Y DE ASOCIACIÓN.....	133
1.	<i>La apertura petrolera en 1994 y los Convenios de asociación</i> .....	135
2.	<i>La naturaleza “administrativa” de los Convenios de asociación</i> ....	139
3.	<i>El control del Estado en la ejecución de los Contratos de asociación</i> .....	141

III. LAS BASES PARA LA DESNACIONALIZACIÓN DE LA INDUSTRIA PETROLERA EN 1999 .....	142
1. <i>El fundamento de la desnacionalización en la Constitución de 1999</i> .....	142
2. <i>La reducción del ámbito de las actividades de la industria petrolera reservadas al Estado</i> .....	145
A. <i>La reserva respecto de las actividades primarias y la participación del capital privado en las mismas a través de empresas mixtas</i> .....	146
a. <i>El ámbito de la reserva</i> .....	146
b. <i>La posibilidad de participación del capital privado en las actividades primarias a través de las Empresas Operadoras mixtas</i> .....	147
c. <i>La aprobación parlamentaria</i> .....	148
d. <i>La selección de la Empresa Operadora</i> .....	148
e. <i>Las condiciones mínimas</i> .....	149
f. <i>La situación de la participación del capital privado en la realización de actividades primarias mediante Convenios de asociación suscritos antes de la Ley Orgánica de 2001</i> .....	150
B. <i>La reserva al Estado de las instalaciones de las refinerías existentes de propiedad pública</i> .....	151
C. <i>La reserva de las actividades de comercialización de hidrocarburos naturales, y de comercialización de productos derivados que hayan sido reservadas mediante Decreto</i> .....	152
3. <i>La posibilidad de participación del capital privado en las actividades de la industria petrolera de carácter concurrente (que no están reservadas) y sus modalidades (licencias y permisos)</i> .....	153
A. <i>La participación del capital privado en las actividades de refinación de hidrocarburos naturales mediante licencia</i> .....	153
a. <i>La licencia del Ministerio de Energía y Minas</i> .....	153
b. <i>El registro en el Ministerio de Energía y Minas</i> .....	154
c. <i>Las instalaciones para la refinación</i> .....	155
B. <i>Las actividades de industrialización de hidrocarburos refinados mediante permisos</i> .....	155
a. <i>El régimen general</i> .....	155
b. <i>Los permisos</i> .....	157
c. <i>El registro en el MEM</i> .....	157

C.	<i>Las actividades de comercialización de productos derivados de los hidrocarburos mediante permisos</i>	157
a.	<i>Régimen general</i>	157
b.	<i>Las actividades de servicios públicos en relación con los productos derivados y su prestación por los particulares</i>	158
c.	<i>Los permisos para realizar la actividad</i>	158
d.	<i>Las autorizaciones para la construcción, modificación o destrucción de obras:</i>	159
e.	<i>La revocatoria del permiso</i>	159
D.	<i>Las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos no asociados mediante licencia</i>	160
a.	<i>Régimen general relativo a los hidrocarburos no gaseosos</i>	160
b.	<i>La licencia para la realización de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos no asociados:</i>	161
c.	<i>Los requisitos para la obtención de las licencias</i>	161
d.	<i>La revocación de la licencia</i>	162
D.	<i>Las actividades relativas a hidrocarburos gaseosos distintas a la exploración y explotación, mediante permisos</i>	163
a.	<i>Las diversas actividades relativas a hidrocarburos gaseosos producidos por otros</i>	163
b.	<i>Las actividades consideradas como servicio público</i>	164
c.	<i>Las actividades de industrialización</i>	165
d.	<i>Los permisos</i>	166
e.	<i>La revocación del permiso</i>	167
4.	<i>La rechazada propuesta de re-nacionalización de la industria petrolera con la fallida reforma constitucional de 2007</i>	167
IV.	<b>LA “ESTATIZACIÓN” O LA TERMINACIÓN ANTICIPADA UNILATERAL DE LOS CONVENIOS OPERATIVOS Y DE ASOCIACIÓN QUE PERMITÍAN LA PARTICIPACIÓN DEL CAPITAL PRIVADO EN LAS ACTIVIDADES PRIMARIAS SUSCRITOS ANTES DE 2002</b>	169
1.	<i>La extinción de los Convenios Operativos</i>	171
2.	<i>La terminación anticipada y unilateral de los convenios de asociación y de los convenios de exploración a riesgo y ganancias compartidas y la posibilidad de su transformación en empresas mixtas</i>	173

A.	<i>La terminación anticipada de los convenios de asociación y la búsqueda de su migración a empresas mixtas</i>	174
B.	<i>La asunción inmediata de la operación por el Estado</i>	176
C.	<i>El plazo para que las empresas privadas decidieran su incorporación a las empresas mixtas</i>	178
D.	<i>Los derechos de las nuevas empresas mixtas</i>	179
E.	<i>El régimen jurídico aplicable y la jurisdicción</i>	180
3	<i>La “confiscación” de los intereses, acciones, participaciones y derechos de las empresas que no llegaron a un acuerdo con el Estado de migrar hacia empresas mixtas</i>	181
A.	<i>La extinción definitiva de los antiguos Convenios y Asociaciones</i>	181
B.	<i>La confiscación de derechos de las empresa privadas que habían participado en los Convenios y Asociaciones apelando al principio de la “reversión”</i>	183
C.	<i>El régimen jurídico aplicable y la jurisdicción</i>	187

## **RÉGIMEN GENERAL DE DERECHO PÚBLICO RELATIVO A LAS EMPRESAS DEL ESTADO**

José Araujo-Juárez

I.	<b>INTRODUCCIÓN</b>	191
II.	<b>PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES</b>	193
1.	<i>Principio de co-iniciativa económica</i>	195
A.	<i>Principio de la iniciativa económica privada</i>	195
B.	<i>Principio de la iniciativa económica pública</i>	196
a.	<i>Consagración constitucional</i>	196
b.	<i>Actividad administrativa de gestión económica</i>	199
2.	<i>Principio de compatibilidad</i>	202
3.	<i>Principio de libre competencia</i>	204
A.	<i>Consagración constitucional</i>	204
a.	<i>Directa</i>	205
b.	<i>Indirecta</i>	205
B.	<i>Carácter de “orden público”</i>	205

III. LÍMITES CONSTITUCIONALES .....	206
1. <i>Interés público</i> .....	208
2. <i>Principio de especialidad</i> .....	208
3. <i>Respeto a los derechos económicos, de igualdad y no discriminación</i> .....	209
IV. EMPRESA PÚBLICA .....	210
1. <i>Concepto</i> .....	210
2. <i>Empresa pública y forma jurídica personificada de Derecho privado</i> .....	212
V. RÉGIMEN GENERAL DE DERECHO PÚBLICO DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO .....	215
1. <i>Régimen y control organizativo</i> .....	215
A. <i>Empresa del Estado</i> .....	215
a. <i>Control de tutela administrativa</i> .....	220
b. <i>Control accionarial</i> .....	222
c. <i>Holdings públicos</i> .....	222
d. <i>Accionariado estatal</i> .....	223
2. <i>Régimen patrimonial</i> .....	224
3. <i>Régimen de los contratos</i> .....	225
A. <i>Régimen de contratación</i> .....	225
B. <i>Contratos de interés público</i> .....	227
4. <i>Régimen financiero</i> .....	229
A. <i>Régimen de presupuesto</i> .....	230
B. <i>Régimen de contabilidad pública</i> .....	231
C. <i>Régimen de crédito público</i> .....	231
5. <i>Régimen de control fiscal y contra la corrupción</i> .....	233
A. <i>Régimen de control fiscal</i> .....	233
a. <i>Control interno</i> .....	234
b. <i>Control externo</i> .....	235
c. <i>Régimen de responsabilidad</i> .....	237
B. <i>Régimen contra la corrupción</i> .....	238
a. <i>Patrimonio público</i> .....	238
b. <i>Funcionario público a los efectos de la LCor</i> .....	239
c. <i>Declaración jurada de patrimonio</i> .....	240

