

# CAUCES DE INTERVENCIÓN DE LA INICIATIVA ECONÓMICA PÚBLICA Y PRIVADA EN LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE HIDROCARBUROS

*José Ignacio Hernández G.*

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

#### **1. Las actividades primarias.**

##### **1.1. Formas de gestión de las actividades primarias.**

1.1.1 Gestión directa por el Estado.

1.1.2 Gestión indirecta a través de empresas mixtas

##### **1.2. El régimen exorbitante de las actividades primarias.**

#### **2. Las actividades industriales y comerciales.**

##### **2.1. Régimen general de las formas de gestión de las actividades industriales.**

2.1.1 Gestión directa por la iniciativa pública.

2.1.2 Gestión directa por la iniciativa privada.

2.1.3 Gestión a través de empresas mixtas.

##### **2.2. Régimen general de las formas de gestión de la actividad de refino.**

2.2.1 La direccionalidad de la actividad de refino.

2.2.2 Disposiciones especiales referidas a la gestión privada de la actividad de refino.

##### **2.3. Régimen de las formas de gestión de las actividades comerciales.**

2.3.1 La reserva de ciertas actividades comerciales.

2.3.2 Régimen especial de la iniciativa privada en las actividades de comercio interior consideradas servicios públicos.

2.3.3 Ausencia de previsión del régimen del comercio exterior.

- 3. Regulación para promover la libre competencia.**
  - 3.1. El principio de acceso de terceros a las redes.**
  - 3.2. El principio de separación “jurídica contable”.**
  
- 4. Las obligaciones de servicio público.**
  - 4.1. Principio de continuidad y de prestación conforme a los parámetros definidos.**
  - 4.2. Principio de información debida y de separación de actividades.**
  
- 5. Algunas consideraciones sobre el desarrollo normativo de la LOH.**
  
- 6. Conclusiones generales.**
  - 6.1. El esquema general adoptado por la LOH.**
  - 6.2. La participación en las actividades primarias**
  - 6.3. La participación en las actividades industriales y comerciales.**

## INTRODUCCIÓN

Sobre la base del artículo 302 de la Constitución, la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos (*GO* número 37.323 de 13 de noviembre de 2001, en lo adelante, LOH), ha reordenado los cauces de intervención de la iniciativa pública y la iniciativa privada en el mercado de los hidrocarburos.

Las vías previstas en la LOH para la intervención de la iniciativa pública y la iniciativa privada encuentran punto de engarce en las normas de los artículos 112, 299, 300 y 302 de la Constitución de 1999. Así, determinadas actividades del mercado de hidrocarburos se encuentran reservadas al Estado y en ellas sólo cabe la gestión directa del Estado así como la gestión indirecta de los particulares, todo ello con fundamento en el artículo 302 constitucional. Por otro lado, hay actividades no reservadas, en las cuales los particulares podrán intervenir en ejercicio del derecho fundamental de libertad económica reconocido en el artículo 112 de la Constitución. También podrá intervenir en estas actividades privadas el Estado a través de empresas públicas, según lo pautado en los artículos 299 y 300 de la Constitución.

Sobre este esquema (actividades económicas reservadas–actividades económicas privadas) se basa toda la LOH, al consagrar los complejos mecanismos mediante los cuales podrán concurrir en ese mercado, como operadores económicos, el Estado y los particulares. La *summa divisio* de las actividades que integran ese mercado parte así de una distinción bipartita: las actividades primarias y las actividades industriales y comerciales.

El mejor entendimiento de lo que se expondrá a continuación (que abarca tan sólo un estudio parcial de la nueva Ley), aconseja efectuar cuatro consideraciones generales sobre el alcance y significado de la LOH.

En *primer lugar*, la LOH es una Ley general, con vocación de ordenar todos los hidrocarburos, con la sola excepción de los hidrocarburos gaseosos que quedan regulados por la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (*GO* número 36.793, de 23 de septiembre de 1999, Ley desarrollada por Reglamento General publicado en la *GO* número 5.471 extraordinario de 5 de junio de 2000. Se deja a salvo lo expuesto más adelante, en relación con la exploración y explotación de los hidrocarburos gaseosos asociados). Y como tal, la LOH deroga integralmente todo el régimen jurídico anterior.

En efecto, señala su disposición derogatoria única que “*se deroga la Ley de Hidrocarburos del 13 de marzo de 1943, reformada parcialmente por las Leyes de Reforma Parcial de la Ley de Hidrocarburos del 10 de agosto de 1955 y la del 29 de agosto de 1967; la Ley Sobre Bienes Afectos a Reversión en las Concesiones de Hidrocarburos del 6 de agosto de 1971; la Ley que Reserva al Estado la Explotación del Mercado Interno de los Productos Derivados de Hidrocarburos, del 22 de junio de 1973; la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, del 29 de agosto de 1975; la Ley Orgánica de Apertura del Mercado Interno de la Gasolina y Otros Combustibles Derivados de los Hidrocarburos para Uso en Vehículos Automotores, del 11 de septiembre de 1998; y cualesquiera otras disposiciones legales que colidan con las del presente Decreto Ley*”. Los reglamentos dictados al amparo de esa legislación derogada continuarán en vigencia, siempre y cuando no se opongan a la nueva Ley o no sean derogados expresamente (disposición transitoria primera).

En *segundo lugar*, la derogatoria de esa legislación abarca, también, a la reserva general que sobre el mercado de los hidrocarburos había sido declarada en la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (en lo sucesivo, la LOREICH). Por tanto, cualquier reserva sobre actividades relacionadas con hidrocarburos, ahora, deberá estar expresamente consagrada en la LOH.

En *tercer lugar*, la LOH, desarrollando la disposición del artículo 302 de la Constitución, reservó al Estado las llamadas actividades primarias, esto es, la exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos (artículo 9). Ese ámbito abarca también, como se verá, la exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos asociados, que no quedan sometidos a la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, tal y como se desprende del artículo 2 de esa Ley. Ninguna otra cláusula de reserva encontramos en la LOH, por lo que forzoso es concluir que únicamente las actividades de exploración y explotación se encuentran reservadas al Estado. En efecto, la reserva no puede ser interpretada extensivamente, ni abarcar aspectos más allá de los regulados por ella, tal y como afirmó la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 18 de junio de 1998, caso *AVENSA*. Habría que indicar, además, que en virtud del artículo 12 constitucional, los yacimientos de hidrocarburos se declaran bienes del dominio público por la

LOH (artículo 3). Por tanto, el uso de esos bienes ha quedado reservado al Estado en virtud del artículo 9 de la LOH.

Finalmente, y en *cuarto lugar*, las llamadas por la LOH “actividades industriales y comerciales” no se encuentran reservadas al Estado; en ellas el derecho fundamental de libertad económica no ha sido, por tanto, excluido. Tal es la principal novedad de la nueva Ley, que ha despublicado o privatizado materialmente las actividades de industrialización y comercio (interno y externo) de hidrocarburos. Se reduce, por tanto, la reserva establecido en la LOREICH, ampliándose consecuentemente el ámbito de acción de la libre iniciativa privada. Por ello, la reforma del sector, operada en la LOH, bien podría ser calificada de liberalización parcial.

Como indicamos, en cada uno de los dos grandes grupos de actividades comprendidos por la LOH se ha previsto especiales mecanismos de intervención de la iniciativa económica pública y privada. La principal diferencia será que en un supuesto estaremos ante actividades reservadas en las que queda eliminado el derecho de libertad económica (actividades primarias); en otro, estaremos ante actividades económicas privadas que podrán ser explotadas directamente por los particulares; asimismo, también podrán desarrollarse por el Estado (actividades industriales y comerciales).

### **1. Las actividades primarias**

Dispone el artículo 9 de la LOH que “...*las actividades relativas a la exploración en busca de yacimientos de los hidrocarburos comprendidos en este Decreto Ley, a la extracción de ellos en estado natural, a su recolección, transporte y almacenamiento iniciales, se denominan actividades primarias a los efectos de este Decreto Ley...*”. Son actividades primarias, por tanto, aquellas orientadas a la exploración y explotación de hidrocarburos comprendidos en la LOH. Ahora bien, aún cuando el artículo 2 de esa Ley establece que todo lo relativo a los hidrocarburos gaseosos se regulará de conformidad con la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, es lo cierto que ésta excluye de su ámbito a las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos asociados, es decir, el “gas natural que se encuentra en contacto con el petróleo o disuelto en él en un yacimiento” (cfr.: artículos 2 y 24 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos y artículos 2 y 27 de su Reglamento general). En consecuencia, la exploración y explotación de los hidrocarburos

ros gaseosos asociados debe ser considerada una actividad primaria, en tanto supone el aprovechamiento directo de esos yacimientos de petróleo, quedando en consecuencia reservada al Estado, en virtud de lo establecido en el artículo 9 antes comentado.

Son actividades primarias, entonces, las orientadas a la exploración y explotación de hidrocarburos, incluyendo los hidrocarburos gaseosos asociados. Su rasgo característico es que estas actividades, según dispone el artículo 9 de la LOH, “*quedan reservadas al Estado*”, reserva que se extiende a “las actividades relativas a las obras” anejas a la exploración y explotación de hidrocarburos. Esta conclusión se desprende ya del artículo 302 constitucional, el cual reservó al Estado “la actividad petrolera”, concepto genérico ahora concretado en el artículo 9 comentado.

La reserva produce dos consecuencias jurídicas: la exclusión del derecho de los particulares a intervenir en estas actividades, esto es, la extinción de la libertad económica, y la asunción al Estado de la titularidad de la actividad que es reservada, lo que supone su encaje en un régimen jurídico especial. En relación con el Estado, la reserva es título para el ejercicio de potestades administrativas; para los particulares, supone la prohibición de ejercer las actividades primarias, salvo concesión, por parte de la Administración, del derecho a realizar éstas. El artículo 9 de la LOH consagra, en definitiva, la *publicatio* sobre las actividades primarias: la titularidad de esas actividades será pública, como público será el régimen jurídico que informa, preponderantemente, su desarrollo<sup>1</sup>.

### 1.1. Formas de gestión de las actividades primarias

La reserva o *publicatio* admite dos grados: reserva intensa, cuando el Estado además de reservarse la titularidad de la actividad económica

---

<sup>1</sup> La *reserva de actividades económicas al Estado* supone siempre un efecto de *exclusión* sobre la libre iniciativa privada, que queda así impedida de actuar en las áreas que han sido reservadas, sin la previa concesión del derecho a participar en éstas. Tal es la principal consecuencia jurídica que se desprende del artículo 302 constitucional. Sobre ello, véase a BREWER-CARÍAS, ALLAN, “Introducción al régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela”, en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Volumen 3, 1972-1979, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981 pp. 39-40 y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN, *Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1991, p. 251.

se reserva también su gestión; reserva media, cuando la reserva no impide a los particulares intervenir en la gestión de la actividad. En ambos casos el Estado asume como tarea propia la gestión de la actividad reservada, solo que en el primer supuesto lo hace directamente, mientras que en el segundo lo hace de manera indirecta. Observamos en este sentido que la reserva sobre las actividades primarias es *media*, desde que se admite la participación de la iniciativa privada. Las formas de gestión de estas actividades son, de esta manera, dos: gestión directa por el Estado y gestión indirecta. Cabe acotar que las empresas que desarrollen estas actividades, con independencia de su naturaleza jurídica, son denominadas por la Ley “empresas operadoras” (artículo 22)<sup>2</sup>.

#### 1.1.1. Gestión directa por el Estado.

Podría decirse que el cauce ordinario por medio del cual se desarrollarán las actividades primarias es mediante la iniciativa pública directa, es decir, a través de su gestión directa por el Estado.

La LOH regula dos mecanismos de gestión directa de las actividades primarias: por la propia Administración y por entes descentralizados.

##### 1.1.1.1. Gestión directa por la Administración.

Conforme al artículo 22 de la LOH, las actividades primarias indicadas en el artículo 9 serán realizadas, en primer lugar, por el Estado “*directamente por el Ejecutivo Nacional*”. Dentro del esquema de división horizontal de Poderes Públicos que asume la Constitución de 1999 en

---

<sup>2</sup> La reserva o *publicatio* excluye a la iniciativa privada, mas no impide su participación en el sector concreto que ha sido reservado; antes por el contrario, tal participación será admisible si la Administración otorga o concede el derecho a emprender la actividad afectada por la reserva. De allí que pueda distinguirse entre la *publicatio intensa*, a través de la cual el Estado se reserva la actividad y, además, impide la participación de los particulares, de la *publicatio media*, en la cual la reserva sobre determinada actividad no empece a la intervención de los particulares, mediante la concesión u otro título similar. Así ocurría en Venezuela, por ejemplo, bajo la Ley de Telecomunicaciones de 1940 que, reservando al Estado tal mercado, admitió la gestión privada de los servicios de telecomunicaciones que fueron reservados, de suerte tal que alguno de ellos (i.e.: telefonía móvil) se prestaban en concurrencia. Cfr.: SOUVIRÓN MORENILLA, JOSÉ MARÍA, *La actividad de la administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, pp. 499.

su artículo 136, encontramos al Poder Ejecutivo, el cual queda integrado por distintas *Administraciones Públicas*. Tradicionalmente se ha distinguido entre la Administración Pública Central, que actúa a través de la personalidad jurídica de la República, y la Administración Pública Descentralizada, que tiene personalidad jurídica propia y distinta a la República.

El artículo 22 *eiusdem* alude así a la Administración Pública Central, como órgano mediante el cual el Estado podrá realizar las actividades primarias. Ahora bien, según el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública los Ministros son órganos superiores de la Administración Pública Central, correspondiendo al Ministerio de Energía y Minas, entre otros aspectos, la realización de las actividades del Ejecutivo Nacional en materia de hidrocarburos (artículo 11.1 del Decreto número 1475, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central. Tanto la Ley como el Decreto aparecen en la *GO* número 37.305 de 17 de octubre de 2001).

De lo anterior puede concluirse que el Ministerio de Energía y Minas podrá, directamente, desarrollar las actividades primarias. Sin embargo, entendemos que no será ésta la solución común, dado que la intervención económica pública directa suele desarrollarse a través de entes *flexibles* que puedan acudir al *Derecho Privado*, principios difícilmente conciliables con la rigidez que informa la actuación de la Administración Pública Central<sup>3</sup>.

#### *1.1.1.2. Gestión directa a través de entes descentralizados.*

Las actividades primarias también podrán realizarse por el Estado “mediante empresas de su exclusiva propiedad”. Ahora bien, en este punto cabe efectuar, a su vez, una doble distinción, pues la creación de estos entes puede obedecer a una descentralización de primer o segundo grado.

---

<sup>3</sup> La empresa pública actúa, *ad extra*, a través de un régimen principalmente informado por el Derecho civil, lo que impone su mayor flexibilidad frente a la Administración Pública *strictu sensu*, la cual, en ejercicio de sus potestades, actúa en un régimen restrictivo de Derecho Administrativo. Sobre ello puede verse, en general, a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 199 y ss.

*a. Gestión directa a través de entes descentralizados de primer grado.*

Dispone el artículo 27 de la LOH que “*el Ejecutivo Nacional podrá mediante decreto en Consejo de Ministros, crear empresas de la exclusiva propiedad del Estado para realizar las actividades establecidas en este Decreto Ley y adoptar para ellas las formas jurídicas que considere convenientes, incluida la de sociedad anónima con un solo socio*”. Nótese que la norma establece que las empresas creadas podrán adoptar cualquier forma jurídica, expresión que induce a confusiones, pues lo cierto es que el Ejecutivo Nacional directamente, sólo puede crear entes descentralizados *con forma de derecho privado*, es decir, cualquiera de las sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio. Además, y como ha sido tradición en la materia, se admite la figura de las sociedades comerciales unipersonales.

Lo peculiar es que debe tratarse de sociedades cuyo capital pertenezca, exclusivamente, a la República. Como veremos, las empresas creadas por el Estado, pero cuyo capital no pertenece en exclusiva a la República, encuentran regulación especial en la LOH.

*b. Gestión directa a través de entes descentralizados de segundo grado.*

La creación de empresas por la República supone una descentralización de primer grado. Cuando las empresas públicas crean a su vez otras empresas, o actúan como empresas *holdings*, estamos ante una descentralización de segundo grado, admisible como modo de gestión de las actividades primarias, al disponer el artículo 28 que “*sin desmejorar la reserva establecida*” en la LOH, las empresas reguladas en el artículo 27 “*podrán crear otras empresas para el desarrollo de sus actividades, previa aprobación de la respectiva Asamblea de Accionistas. Así mismo, deberá obtenerse esa aprobación para modificar el objeto de las empresas creadas, así como para fusionarlas, asociarlas, disolverlas, liquidarlas o para cualquier otra modificación estatutaria. Igual autorización será necesaria para las empresas a ser creadas por las empresas filiales*”.

La descentralización de segundo grado o la figura del *holding* o casa matriz no desvirtúa el sentido de la reserva, siempre y cuando las empresas creadas pertenezcan, exclusivamente, a las empresas inicialmente constituidas por la República<sup>4</sup>.

### 1.1.1.3. Régimen jurídico de la gestión directa

La gestión directa de las actividades primarias a través de empresas públicas se encuentra sometida a un régimen jurídico mixto: *ad intra*, es decir, las relaciones entre las empresas y la Administración se basan en normas de Derecho Administrativo; *ad extra*, es decir, las relaciones entre estas empresas y los demás sujetos que intervienen en el mercado de los hidrocarburos se encuentra sometido a la LOH, a sus normas reglamentarias y demás disposiciones dictadas por el Ministerio de Energía y Minas y por las normas “*del derecho común que les sean aplicables* (artículo 29)”. Estas empresas actúan en un ámbito reservado al Estado, en el cual rige, preponderantemente, el Derecho Administrativo, por lo que sólo supletoriamente estas empresas se regirán por las normas del derecho común, referibles principalmente a su organización como sociedades mercantiles.

En lo que respecta a las relaciones *ad intra* de las empresas públicas operadoras, el artículo 30 señala que “*el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, ejercerá las funciones de inspección y fiscalización de las empresas petroleras estatales y sus filiales, tanto en el ámbito nacional como en el Internacional y dictará los lineamientos y las políticas que deban cumplirse sobre las materias a que se refiere este Decreto Ley*”. De allí que las empresas públicas operadoras son entes instrumentales, primero, pues su actuación se somete al control de tutela reconocido en el artículo 30 a favor del Ministerio de Energía y Minas; segundo, por cuanto la actuación de estas empresas no dependerá de la decisión de sus órganos directivos, sino de los “lineamientos y políticas” dictados por el Ejecutivo.

---

<sup>4</sup> El *holding* es un instrumento tradicional de control sobre la empresa pública, y su aplicación ha sido notable, precisamente, en la industria petrolera. Sobre este mecanismo puede verse a BOSCÁN DE RUESTA, Isabel, *El holding en la organización del Sector Económico Público*, Caracas, 1975.

### 1.1.2. Gestión indirecta a través de empresas mixtas.

Antes se ha establecido que la principal consecuencia de la reserva declarada sobre las actividades primarias es la exclusión del derecho de los particulares a intervenir en éstas, por lo que su participación requerirá siempre, y en todos los casos, un acto jurídico de la Administración por medio del cual se les conceda el derecho a intervenir en las actividades primarias.

Pues bien, el cauce mediante el cual los operadores económicos privados pueden participar en estas actividades es a través de las llamadas *empresas mixtas*. El artículo 22 de la LOH señala en este sentido que la gestión de las actividades primarias podrá efectuarse mediante empresas en las que el Ejecutivo Nacional “tenga control de sus decisiones, por mantener una participación mayor del cincuenta por ciento (50%) del capital social”.

#### *1.1.2.1. Títulos de intervención de la iniciativa pública y la iniciativa privada en las empresas mixtas.*

No es novedad, en el Derecho Administrativo Económico, la existencia de empresas en las que participen, conjuntamente, la Administración y los particulares. Su origen se sitúa en el Derecho francés, distinguiéndose a tales efectos dos títulos por medio de los cuales puede instrumentarse esa intervención: participación patrimonial, si la intervención consiste únicamente en la aportación de recursos patrimoniales, o participación de gestión, si la participación permite controlar o inferir en la conducta de la empresa.

La motivación perseguida variará los títulos de participación. Si la intervención del sector privado persigue la obtención de medios alternos de financiación, será una participación patrimonial; si por el contrario, la intervención del sector privado persigue coadyuvar en la gestión técnica de la empresa, estaremos ante una participación de gestión. El esquema adoptado por la LOH, como se verá, margina la intervención de los particulares a la participación patrimonial <sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr.: RIVERO, Jean, *Derecho administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pp. 535 y ss. En Venezuela, se han conocido como *sociedades de economía mixta* (cfr.: GARRIDO ROVIRA, JUAN, *Temas de la Administración Descentralizada en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, pp.113-114).

a. Participación de gestión de la Administración.

De conformidad con el artículo 22 de la LOH, la intervención de la Administración en las actividades primarias podrá efectuarse mediante empresas mixtas, en las cuales (i) la Administración “tenga control de sus decisiones” y (ii), mantenga “una participación mayor del cincuenta por ciento (50%) del capital social”. Al tenor de estas disposiciones debe concluirse que la gestión de las empresas mixtas será siempre una gestión pública, pues la Administración deberá tener el control sobre las decisiones de la empresa y la titularidad de más del cincuenta por ciento (50%) de sus acciones.

Ello permite avanzar en otra conclusión: las llamadas empresas mixtas son, en realidad, empresas públicas. En efecto, dispone el artículo 100 de la Ley Orgánica de la Administración Pública 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*”. Si la Administración debe tener, al menos, más del cincuenta por ciento (50%) del capital social de las empresas mixtas, puede afirmarse que éstas son empresas del Estado.

b. Participación patrimonial del sector privado en las empresas mixtas.

La intervención del sector privado en las actividades de exploración y explotación ha quedado relegada, por tanto, a la mera participación patrimonial, es decir, a la aportación en el capital social de una empresa del Estado, participación que además deberá respetar el límite conforme al cual el Estado tendrá “una participación mayor del cincuenta por ciento (50%) del capital social”.

El artículo 22 redujo, significativamente, los cauces de intervención del sector privado previstos en el parágrafo único del artículo 5 de LOREICH. Como se sabe, los convenios asociativos previstos en esa norma aludían a cualquier contrato de sociedad por medio del cual el sector privado, siempre bajo la tutela y control de la Administración, interviniese en las actividades entonces reservadas al Estado. El elenco de posibilidades

previstas en el régimen anterior queda reducido en la LOH a la figura de la empresa mixta que es, insistimos, una empresa del Estado<sup>6</sup>.

*1.1.2.2. Régimen jurídico de las empresas mixtas.*

La diferencia entre las empresas mixtas y las empresas públicas previstas en el artículo 22 de la LOH, estriba en que éstas son propiedad exclusiva del Estado, mientras que en aquéllas el sector privado puede ser titular de no más del cuarenta y nueve por ciento (49%) de sus acciones. Al ser las empresas mixtas empresas del Estado, conforme demostramos anteriormente, resultará aplicable a su actuación, como norma general, el artículo 29 antes comentado.

De allí que la particularidad del régimen jurídico de esta forma de gestión indirecta de las actividades primarias reside en dos elementos: los requisitos formales necesarios para la constitución de la empresa mixta y los procedimientos de selección del sector privado.

a. Requisitos formales necesarios para la creación de las empresas mixtas.

El artículo 33 de la LOH establece los requisitos formales que deberán cubrirse para crear empresas mixtas. Así, *“la constitución de empresas mixtas y las condiciones que regirán la realización de las actividades primarias, requerirán la aprobación previa de la Asamblea Nacional, a cuyo efecto el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, deberá informarla de todas las circunstancias pertinentes a dichas constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República. La Asamblea*

---

<sup>6</sup> El hoy derogado párrafo único del artículo 5 de LOREICH admitía la celebración de convenios de asociación con el sector privado, para realizar las actividades reservadas, exigiéndose en todo caso que el Estado ejerciera el control sobre la ejecución de esos acuerdos. Dentro de las distintas variables de los convenios de asociación exigibles cabía la figura de la empresa mixta que es, actualmente, el único mecanismo que admite la LOH como vía de participación de la iniciativa privada. Sobre tal carácter amplio vid. BOSCÁN DE RUESTA, ISABEL, “La Administración de la Industria Petrolera Nacionalizada y las formas de participación de personas privadas”, en *La apertura petrolera. I Jornadas de Derecho de Oriente*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 1997, pp. 37 y ss.

*Nacional podrá modificar las condiciones propuestas o establecer las que considere convenientes”.*

La iniciativa para la creación de las empresas mixtas parte del Ejecutivo Nacional, quien deberá justificar razonadamente su solicitud, indicando las “circunstancias pertinentes a dicha constitución”, así como las condiciones básicas que regirán la creación de la empresa mixta, condiciones que, como mínimo, deberán cubrir los extremos previstos en el artículo 35:

1. Duración máxima de veinticinco (25) años, prorrogable por un lapso a ser acordado por las partes, no mayor de quince (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 cinco (5) años de su vencimiento.

2. Indicación de la ubicación, orientación, extensión y forma del área donde haya de realizarse las actividades y las demás especificaciones que establezca el Reglamento.

3. En las condiciones deberán estar incluidas y cuando no aparezcan expresamente, se tendrán como incorporadas en las mismas las cláusulas siguientes:

a. 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.

b. 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.

Si bien la participación del sector privado no se sujeta a la existencia de especiales condiciones, como sucedía en el régimen derogado, entendemos que el Ejecutivo deberá justificar la creación de la empresa mixta como deberá justificar, en general, la creación de las empresas de su exclusiva propiedad que actuarán como empresas operadoras<sup>7</sup>.

El control del Poder Legislativo es aprobatorio, es decir, un control previo, que podrá alcanzar incluso a la modificación de las condiciones inicialmente propuestas por el Ejecutivo. En este supuesto el Poder Legislativo condicionará la aprobación a la modificación voluntaria de estas condiciones por el Poder Ejecutivo, quien siempre podrá desistir de la solicitud inicialmente formulada. En el ejercicio de este control, y como principio general, no podrá el Poder Legislativo usurpar funciones propias del Poder Ejecutivo, tal y como prevé el artículo 136 constitucional.

Las condiciones mínimas contempladas en el artículo 35 deberán concatenarse con dos previsiones adicionales: el principio de irresponsabilidad de la República, en el sentido que las actividades primarias se realizarán a cuenta y riesgo de la empresa mixta, en lo que se refiere a la existencia de yacimientos (artículo 35) y la posibilidad de conceder a la República ventajas económicas especiales “*tales como el aumento de la regalía, de las contribuciones u otras contraprestaciones previstas en este Decreto Ley; el empleo y cesión de nuevas y avanzadas tecnologías, así como el otorgamiento de becas, oportunidades de entrenamiento técnico u otras actividades de desarrollo del factor humano*” (artículo 36). El principal inconveniente de esta norma es que su operatividad es difícil de

---

<sup>7</sup> El párrafo único del artículo 5 de LOREICH supedita la celebración de los acuerdos de asociación a la existencia de *casos especiales*, siempre y cuando ello fuese conveniente al *interés público*, exigencias no previstas en la LOH para la creación de empresas mixtas. Ahora bien, la participación del Estado en la economía a través de empresas –como son las empresas mixtas de la LOH– debe orientarse siempre a alcanzar los fines de interés general a los que alude la Constitución, en sus artículos 299 y 300. Por ello, estimamos que la creación de las empresas mixtas deberá ser debidamente *justificada* por el Estado. En general, sobre la justificación necesaria para el ejercicio de la iniciativa pública directa, vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, cit., p. 63.

conciliar con la gestión pública de la empresa mixta: muchas de las “ventajas” enumeradas en la norma (i.e.: uso de nuevas tecnologías), se corresponden con decisiones empresariales que pueden ser adoptadas unilateralmente por la Administración como socio mayoritario de la empresa mixta.

#### b. Procedimientos de selección del sector privado

La selección del particular o particulares que actuarán como socios minoritarios de la empresa mixta se efectuará conforme a dos procedimientos pautados en el artículo 37 de la LOH.

El principio general es que la Administración deberá iniciar procedimientos licitatorios regidos por los principios de igualdad, concurrencia y publicidad. Así se desprende del artículo 37, el cual dispone que *“para la selección de las operadoras el organismo público competente promoverá la concurrencia de diversas ofertas. A estos efectos, el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Minas, creará los respectivos comités para fijar las condiciones necesarias y seleccionar a las empresas. El Ministerio de Energía y Minas podrá suspender el proceso de selección o declararlo desierto, sin que ello genere indemnización alguna por parte de la República”*<sup>8</sup>.

Excepcionalmente, cuando medien *“razones de interés público o por circunstancias especiales de las actividades”* la selección del particular o particulares beneficiarios se podrá realizar directamente. La discrecionalidad reconocida por la norma a la Administración queda sujeta al estricto cumplimiento de los supuestos de hecho mencionado, lo que evidencia el matiz excepcional de la adjudicación directa como procedimiento de selección del sector privado<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Son éstas, observamos, notas comunes a todo procedimiento licitatorio. Cfr.: BADELL MADRID, RAFAEL, *Régimen jurídico del contrato administrativo*, Caracas, 2001, pp. 69 y ss.

<sup>9</sup> No hay, en el Derecho venezolano, potestades *absolutamente discrecionales*, tal y como se desprende del artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Por ello, en el supuesto analizado la decisión sobre la adjudicación directa, si bien discrecional, deberá estar fundada en elementos reglados, como es la motivación necesaria para justificar, objetivamente, las razones que aconsejan tal adjudicación.

## 1.2. El régimen exorbitante de las actividades primarias

Es el artículo 302 de la Constitución la norma que fundamenta el régimen jurídico de las actividades primarias, las cuales al estar reservadas al Estado, quedan sometidas a un régimen exorbitante del Derecho Común. La reserva, ha entendido la jurisprudencia venezolana, justifica la expansión de potestades administrativas de control y supervisión, en las cuales el derecho de los particulares de libertad económica queda excluido, como excluida queda también la libre competencia (cfr.: sentencias de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 24 de abril de 1991, caso *Lagoven* y de 13 de febrero de 1997, caso *Venevisión*).

Pero hay otra característica que debe resaltarse. Las actividades primarias no sólo se encuentran reservadas al Estado, sino que además su gestión ha sido también asumida por el Estado, directamente, o indirectamente mediante la empresa mixta que es, realmente, una empresa del Estado. Por tanto, los particulares no pueden gestionar estas actividades a través de empresas privadas, ni tiene cabida la figura de la concesión. En estricto sentido, la admisión de la iniciativa privada en las actividades primarias se ha aceptado únicamente como modo de financiación de las empresas operadoras, y no como mecanismo para incorporar al sector privado a la gestión de las llamadas empresas mixtas. Es por tanto, una participación *mediata*.

No será posible entonces, según el esquema de la LOH, que los particulares concurren en las actividades primarias. Concurrencia y reserva no son, en modo alguno, principios antagónicos, desde que la Administración puede permitir que distintos operadores económicos privados concurren en actividades reservadas, otorgando diversos títulos concesionales (cfr.: sentencia de la Sala Político-Administrativa de 18 de junio de 1998, caso *AVENSA*). Mas esa posibilidad queda proscrita en relación con las actividades primarias, insistimos, pues los particulares no podrán gestionar directamente éstas<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Como aclaramos antes, que una actividad se encuentre reservada al Estado no impide que su gestión se encomiende a los particulares, incluso, en régimen de concurrencia, tal y como sucedía en el régimen de las telecomunicaciones, hoy derogado. Cfr.: BADELL MADRID, Rafael y HERNÁNDEZ G., José Ignacio, *Régimen jurídico de las telecomunicaciones en Venezuela*, Caracas, 2002, pp. 32 y ss.

Acotamos por último que la existencia de tal régimen exorbitante no impide exigir el cumplimiento del principio de legalidad administrativa en lo que atañe al control que la Administración podrá ejercer sobre las empresas mixtas. La presencia del sector privado en esas empresas operadoras exhorta al respeto de su derecho a participar patrimonialmente en éstas, por lo que la Administración deberá actuar siempre conforme al principio general de interdicción de la arbitrariedad, respetando también los derechos patrimoniales reconocidos a los particulares, cuya lesión podrá ser causa de responsabilidad patrimonial del Estado conforme lo pautado en el artículo 140 constitucional <sup>11</sup>.

## 2. Las actividades industriales y comerciales.

Junto a las actividades primarias, la LOH abarca también las actividades *industriales y comerciales*. Las actividades industriales o industrialización de hidrocarburos, según el artículo 49, “*comprende las actividades 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 especialidades de petróleo u otros derivados de hidrocarburos*”. Por su parte, el artículo 57 define las actividades comerciales. Según esa norma, “*las actividades de comercialización a que se refiere este Decreto Ley, comprenden el comercio interior y el comercio exterior, tanto de los hidrocarburos naturales, como de sus productos derivados*”.

El rasgo que caracteriza a las actividades industriales y comerciales es que éstas no se encuentran reservadas al Estado, es decir, que la LOH no declaró su *publicatio*. Dos consecuencias jurídicas se desprenden de esta afirmación. Primero, que la LOH derogó la reserva que regía sobre las actividades industriales y comerciales relacionadas con los hidrocarburos, y que provenía de la LOREICH. Se produce, así, la privatización material de estas actividades, pues su titularidad se traslada al sector privado.

---

<sup>11</sup> En las actividades primarias el principio de legalidad se encuentra ciertamente relajado, en virtud de la reserva declarada. Sin embargo, ello no obsta que la intervención de la Administración en esas actividades se desarrolle siempre con sujeción plena a la Ley y al Derecho, tal y como dispone el artículo 141 de la Constitución, quedando proscrita también su actuación arbitraria. Con carácter general sobre el tema, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, tercera edición, Madrid, 1997, pp. 153 y ss.

Segundo, que a diferencia de las actividades primarias, los particulares tienen el derecho fundamental a dedicarse a la actividad industrial y comercial de su preferencia, sin más limitaciones que las derivadas de la LOH y demás Leyes aplicables. Ello no impide que el Estado, mediante empresas públicas o formas afines, intervenga también como operador económico explotando tales actividades. Esta participación, aclaramos, tendrá como fundamento los artículos 299 y 300 de la Constitución, sin que resulte aplicable la norma del artículo 302<sup>12</sup>.

Tanto la iniciativa pública como la iniciativa privada pueden participar, por tanto, en igualdad de condiciones en las actividades industriales y comerciales, teniendo plena vigencia el artículo 113 constitucional, que confirma a la libre competencia como atributo de todas las actividades económicas privadas. El respeto a esa norma exige, en consecuencia, que las empresas públicas que intervengan en este ámbito lo hagan en igualdad de condiciones que las empresas privadas, sin ningún tipo de ventaja competitiva injustificada<sup>13</sup>.

El estudio de los cauces formales de intervención de esta iniciativa recomienda efectuar un análisis individual según el distinto régimen jurídico aplicable a las actividades industriales y comerciales.

## **2.1. Régimen general de las formas de gestión de las actividades industriales.**

La LOH define un régimen general para la gestión de todas las actividades industriales, que será de supletoria aplicación para la actividad de refino, sometida a especiales reglas jurídicas. A tales efectos, podemos identificar tres cauces mediante los cuales se instrumentará tal gestión: pública, privada y mixta.

---

<sup>12</sup> Nos hemos pronunciado sobre esta *privatización material*, ampliamente, en nuestra Tesis Doctoral *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho Español y Venezolano*, Universidad Complutense de Madrid, Junio de 2002, pp. 104 y ss.

<sup>13</sup> Sobre el principio de paridad de trato entre la empresa pública y la empresa privada, vid. HUERGO LORA, Alejandro, "La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas" en *Revista de Administración Pública número 154*, Madrid, 2001, pp. 152-153

La norma que reconoce la concurrencia de la iniciativa pública y privada es el artículo 10, cuyo tenor es el que sigue:

*“Las actividades relativas a la destilación, purificación y transformación de los hidrocarburos naturales comprendidos en este Decreto Ley, realizadas con el propósito de añadir valor a dichas sustancias y la comercialización de los productos obtenidos, configuran actividades de refinación y comercialización y pueden ser realizadas por el Estado y los particulares, conjunta o separadamente, conforme a lo dispuesto en el Capítulo VIII de este Decreto Ley”.*

Como antes afirmáramos, la LOH no reserva ninguna de estas actividades al Estado; por el contrario, reconoce que los particulares podrán participar directamente en éstas, lo que constituye una de las principales novedades del nuevo régimen, que amplía considerablemente los cauces por los que tradicionalmente la iniciativa privada podía participar en la industria y comercio de los hidrocarburos.

El segundo párrafo de la norma indica 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 este Decreto Ley”*. El sentido del artículo no queda claro. Entendemos, en todo caso, que éste declara que las instalaciones y obras existentes a la entrada en vigencia de la Ley, que sean propiedad del Estado o de entes de su exclusiva propiedad, y que estén afectadas a las actividades ahí enumeradas, *se consideran obras públicas y bienes del dominio público* excluidos del tráfico jurídico. De conformidad con lo pautado en el artículo 302 de la Constitución, la LOH ha declarado la *reserva demanial* sobre estos bienes, lo que impone su uso en exclusiva por la Administración y consecuentemente, la imposibilidad de su futura privatización o traspaso al sector privado.

### 2.1.1. Gestión directa por la iniciativa pública.

La iniciativa pública para emprender actividades industriales deriva, además de lo dispuesto en el artículo 10, del artículo 50, conforme al cual las actividades industriales con hidrocarburos refinados podrán ser realizadas directamente por el Estado –Administración Pública Central– o por empresas de su exclusiva propiedad.

Resultan aplicables a este supuesto las consideraciones arriba formuladas. Así, las actividades industriales podrán explotarse directamente por el Ministerio de Energía y Minas o a través de empresas creadas a tales efectos. La principal diferencia será que esta gestión operará en un ámbito privado, regido por el Derecho Común y en especial, por el principio de libre competencia. De allí que, y a diferencia de la gestión de las actividades primarias, las relaciones *ad extra* de las empresas públicas encargadas de la gestión de actividades industriales quedarán reguladas por un régimen jurídico privado, propio de las relaciones mercantiles entre empresas.

### 2.1.2. Gestión directa por la iniciativa privada.

Las empresas privadas pueden atender, directamente, las actividades industriales, tal y como se deriva del artículo 10 antes comentado. Al no ser ésta una actividad reservada al Estado, tal derecho dimana directamente de lo establecido en el artículo 112 de la Constitución, que al consagrar la libertad económica, reconoce a todos los particulares el derecho a iniciar y desarrollar la actividad de su preferencia, en condiciones de libre competencia y conforme a su libre autonomía privada<sup>14</sup>.

Pero el ejercicio de esa libertad puede ser sometida a diversas limitaciones que en relación con las actividades industriales alcanzan tres supuestos: la técnica autorizatoria; las obligaciones “de servicio público” y el registro previo.

---

<sup>14</sup> En relación con el sentido e importancia de tal derecho fundamental en Venezuela, nos remitimos a lo que hemos expuesto en *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho Español y Venezolano*, cit., pp. 157 y ss.

### *2.1.2.1. La técnica autorizatoria.*

Todos los particulares que deseen emprender las actividades industriales deberán cumplir con lo preceptuado en el artículo 53 de la LOH, según el cual *“las empresas privadas que se dediquen en el país a las actividades de industrialización de hidrocarburos refinados, deben obtener un permiso que será otorgado por el Ministerio de Energía y Minas”*.

Si antes hemos indicado que las actividades industriales pueden ser desarrolladas en virtud de un derecho fundamental propio de los particulares –la libertad económica– debemos concluir que el permiso limita o regula el ejercicio de un derecho preexistente, lo que permite afirmar que estamos frente a una autorización, técnica usual a la que acude la Administración económica para ordenar y limitar el ejercicio de la libre iniciativa privada.

La autorización supone una prohibición previa para ejercer la actividad de industrialización, prohibición que es levantada por la Administración al conciliar el interés general tutelado con el interés del particular de acceder al ejercicio de esa actividad. Para efectuar esa conciliación, el artículo 53 indica que las empresas privadas deberán “cumplir” con los siguientes requisitos:

- 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.

En nuestra opinión la norma incurre en una imprecisión terminológica, pues esta enumeración no contiene los requisitos necesarios para el otorgamiento de la autorización, sino los extremos que deberán indicar los particulares al solicitar a la Administración el otorgamiento del correspondiente permiso. La LOH no enumera, en consecuencia, los requisitos objetivos y

subjetivos necesarios para otorgar el permiso, lo que afecta sensiblemente el derecho de los particulares a acceder al ejercicio de esas actividades<sup>15</sup>.

*2.1.2.2. Las obligaciones de servicio público impuestas a los titulares de los permisos.*

Que la actividad de industrialización sea privada no obsta a que la Administración intervenga para ordenar y limitar su ejercicio. Tampoco se opone a ello la privatización material que ha efectuado la LOH; antes por el contrario, lo común es que cuando el Legislador deroga la reserva existente sobre determinada actividad económica, adopte un conjunto de medidas regulatorias orientadas a asegurar que esas actividades, ahora privadas, sean atendidas por la libre iniciativa privada conforme a los parámetros de calidad exigidos. Este fin se alcanza imponiendo a las empresas privadas un conjunto de obligaciones positivas, convencionalmente denominadas obligaciones de servicio público<sup>16</sup>.

Tal es la orientación del artículo 51 de la LOH, según el cual “*el Ejecutivo Nacional adoptará las medidas necesarias para la industrialización en el país de los hidrocarburos refinados*”. Entre otras medidas, corresponde al Estado atender a los siguientes objetivos:

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.

---

<sup>15</sup> Señala el artículo 112 de la Constitución que toda limitación al ejercicio de la libertad económica esté establecida en la Ley. Por tanto, el respeto a la reserva legal exige que la autorización, como técnica de intervención sobre ese derecho, esté consagrada en la Ley, la cual ha de abarcar también, al menos en sus condiciones esenciales, los requisitos necesarios para el otorgamiento de ese título, materia que ha sido silenciada en la LOH. En relación con este punto, véase lo expuesto en *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho Español y Venezolano*, cit., pp. 344 y ss.

<sup>16</sup> Respecto esta técnica de intervención, en mercados liberalizados, véase por todos a ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, et al, *Principios de Derecho Público Económico*, Editorial Comares, Granada, 1999, pp. 568 y ss.

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.

Con la excepción de lo previsto en el numeral 3, aplicable sólo a empresas públicas, los demás numerales emplazan al Estado a cumplir con una serie de objetivos que pueden derivar en limitaciones a la libre iniciativa privada. En especial, el numeral 4 puede traducirse en la obligación de las empresas privadas de “desarrollar parques industriales alrededor de las refinerías”; a igual conclusión se arriba de la lectura del numeral 6.

Estas obligaciones aplicables a las empresas que realicen la actividad de industrialización deben complementarse con las demás obligaciones de servicio público de general aplicación, previstas en los artículos 19 y 20 de la Ley, que serán comentados más adelante.

#### *2.1.2.3. Registro previo.*

Quienes se dediquen en el país a las actividades de industrialización de los hidrocarburos refinados –dispone el artículo 54 de la LOH– “*deberán inscribirse en el registro que al efecto llevará el Ministerio de Energía y Minas*”. Entendemos que esta obligación de registro previo es

inherente al otorgamiento del permiso regulado en el artículo 53, por lo que las empresas que soliciten éste deberán, simultáneamente, solicitar su inscripción en el registro que a tales efectos lleve la Administración.

### 2.1.3. Gestión a través de empresas mixtas

Según el artículo 10 de la LOH, las actividades de industrialización también podrán ser ejercidas “por el Estado y los particulares” de manera “conjunta”, es decir, a través de la empresa mixta. Sin embargo, ninguna disposición de la Ley regula este mecanismo de gestión, por lo que resultará aplicable supletoriamente, y con las debidas matizaciones, lo dispuesto en la sección tercera del Capítulo tercero de la Ley, que ordena las empresas mixtas como forma de gestión de las actividades primarias.

Claro está, la rigurosidad de esa regulación, y el claro matiz restrictivo con el que tal gestión ha sido regulada, resultan a nuestro entender inaplicables a las empresas mixtas que operen en las actividades industriales, dado que no se trata del ámbito reservado al Estado. Tal es la matización que deberá efectuarse mientras persista la laguna legal a la que hacemos mención.

## **2.2. Régimen general de las formas de gestión de la actividad de refino.**

La actividad de refino queda comprendida dentro del artículo 10 de la LOH, por lo que la iniciativa pública y la iniciativa privada podrán concurrir, en igualdad de condiciones, desarrollando tal actividad industrial, conforme a los principios generales antes expuestos. En todo caso, la LOH estableció ciertas reglas de especial aplicación a esta actividad.

### 2.2.1. La direccionalidad de la actividad de refino

La iniciativa económica (pública o privada) que participe en esta actividad, deberá estar orientada a cumplir los objetivos trazados en el artículo 11 de la LOH, según el cual *“las refinerías a ser construidas deberán responder a un plan nacional para su instalación y operación y deberán estar vinculadas a proyectos determinados aprobados por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Minas. Estas refinerías deberán estar dirigidas principalmente, a la moderniza-*

*ción de los procesos a ser utilizados y a la obtención de combustibles limpios*". Como veremos, esta direccionalidad se traduce en obligaciones y limitaciones contenidas en el título que habilita el ejercicio de la actividad de refinación.

### 2.2.2. Disposiciones especiales referidas a la gestión de la actividad de refino.

Queda dicho ya que esta actividad puede ser desarrollada por el Estado a través de los mecanismos previstos en el artículo 10 de la LOH, que han sido reiterados en el artículo 50, conforme al cual "*las actividades industriales con hidrocarburos refinados podrán ser realizadas directamente por el Estado, por empresas de su exclusiva propiedad, por empresas mixtas con participación de capital estatal y privado, en cualquier proporción y por empresas privadas*". La gestión directa por la Administración Central o por entes descentralización se regirá por las mismas reglas antes señaladas. Lo propio cabe afirmar respecto a la gestión mixta.

Sin embargo, la intervención del sector privado en la explotación de la actividad de refino sí queda sometida a especiales principios, relacionados con la *licencia* como título habilitante necesario para iniciar y desarrollar esta actividad económica.

#### 2.2.2.1. La licencia. Características generales.

Dispone el artículo 12 de la LOH que "*las empresas para ejercer las actividades de refinación de los hidrocarburos naturales, deberán obtener licencia del Ministerio de Energía y Minas, quien podrá otorgarla previa definición del correspondiente proyecto y conforme a lo establecido por este Decreto Ley y su Reglamento*". La actividad de refino no se encuentra reservada al Estado por la LOH; es por tanto una actividad económica privada que puede ser realizada por cualquier particular, en virtud del derecho fundamental de libertad económica. De allí que la licencia ordena el ejercicio de un derecho previo, lo que denota su naturaleza autorizatoria<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> La autorización, como técnica de intervención de la Administración económica, se caracteriza *por la naturaleza del derecho ejercido*. Cuando la Administración incide sobre el

Pero además, esta autorización ordena positivamente el ejercicio de la iniciativa privada, la cual, como antes indicamos, deberá orientarse a los fines establecidos en el artículo 11 *eiusdem*. Tal es la finalidad del proyecto que deberán definir los interesados al solicitar este título habilitante.

El control de la Administración se extiende también a los actos de disposición o gravamen sobre las licencias, desde que su cesión, traspaso o gravamen “*deberá contar con la previa aprobación del Ministerio de Energía y Minas, sin la cual no surtirán efectos. En caso de traspasos forzosos por ejecución, el Estado podrá sustituir al ejecutante previo pago del monto de la ejecución*” (artículo 12 *in fine*). En lo que puede ser considerado un error de técnica legislativa, esta disposición aparece reiterada en el artículo 16, conforme al cual “*la cesión, gravamen y ejecución de los derechos que otorgan las licencias para las actividades relacionadas con la refinación de hidrocarburos naturales, requerirán la autorización previa del Ministerio de Energía y Minas*”.

#### 2.2.2.2. *Requisitos para el otorgamiento de la licencia. Registro previo.*

El ejercicio de la actividad de refino por los particulares se supedita a la obtención de la licencia, lo que supone por parte de la Administración un juicio de ponderación de intereses, que dependerá de los requisitos legalmente exigidos para otorgar este título. El artículo 13 contempla, precisamente, estos “requisitos”:

1. Identificación de las empresas y sus representantes.
2. Descripción del proyecto, con indicación de la tecnología aplicable y del destino de los productos, así como de los recursos económicos aplicables al proyecto.

---

ejercicio del derecho de libertad económica, estaremos frente a la autorización, que es un acto declarativo; en contra, si la Administración interviene en actividades reservadas al Estado, en las que se ha extinguido la libertad de empresa, estaremos frente a la concesión, que tiene carácter constitutivo. En el caso analizado, la técnica de intervención incide sobre el ejercicio de actividades que, al no estar reservadas al Estado, pueden ser emprendidas por los particulares en virtud de su derecho fundamental de libertad económica. Es, por tanto, una autorización. Respecto tales cuestiones, vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, cit., pp. 193.

3. 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.

4. Indicación de las ventajas especiales que se ofrezcan a favor de la República.

Nuevamente debemos criticar la técnica empleada en la LOH, pues en realidad no se está enumerando los requisitos necesarios para obtener la licencia, sino los requisitos de la petición por medio de la cual se solicita la obtención de ese título. De allí que al igual que la regulación de los permisos, la LOH no ha definido qué parámetros deberá considerar la Administración para otorgar las licencias.

Finalmente, dispone el artículo 14 que *“quienes se dediquen en el país a las actividades de refinación de los hidrocarburos naturales, deberán inscribirse en el registro que al efecto llevará el Ministerio de Energía y Minas. Igualmente deberán asentarse en dicho registro, las cesiones, traspasos, gravámenes o ejecuciones de las licencias”*.

#### 2.2.2.3. Reversión.

En las licencias *“que se otorguen para las actividades relacionadas con la refinación de hidrocarburos naturales, deberán indicarse expresamente las disposiciones contenidas en el artículo 34, numeral.3, literales a y b del presente Decreto Ley, y de no aparecer expresamente, se tendrán como insertas en el texto de la licencia”* (artículo 15). Tal y como fue expuesto, el artículo 34 regula las condiciones que deberán cumplirse para la creación de empresas mixtas. El tenor de los literales a y b del numeral 3 de esa norma es el siguiente:

a. 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 con-

tinuar las actividades, si fuere el caso, o su cesación con el menor daño económico y ambiental.

b. 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.

La aplicación, a la actividad de refino, del literal b, que consagra una reserva de jurisdicción, no presenta ningún inconveniente. Si objetamos, por el contrario, el contenido del literal a, conforme al cual las obras ajenas a la actividad de refino, una vez extinguido el plazo de la licencia –plazo no defino en la LOH– serán entregadas en propiedad a la República sin indemnización alguna.

La norma regula la reversión de los bienes anejos a la actividad de refino. Ha sido ésta figura tradicional del Derecho Administrativo en la ordenación de la concesión de servicio público: el vencimiento del plazo de la concesión produce, *ope lege*, la traslación del derecho de propiedad sobre los bienes afectos al servicio público, del concesionario a la Administración. Tres son los fundamentos de esa institución: primero, la naturaleza *pública* del servicio se proyecta sobre los bienes afectos a éste; segundo, que es ésta una condición que debe tener en consideración el concesionario al formular sus pretensiones económicas en el contrato de concesión. Se entiende así que finalizada la concesión, el concesionario habrá amortizado el valor de estos bienes; de lo contrario, se produciría una alteración en el equilibrio económico financiero del contrato, con el consecuente deber de la Administración de indemnización los daños causados. Finalmente, la reversión tiende a asegurar la continuidad del servicio público, una vez extinguida la concesión<sup>18</sup>.

Ninguna de estas razones son, sin embargo, aplicables a la actividad de refino, desde que no es ésta una actividad de servicio público reservada al Estado ni su prestación queda amparada por un contrato administrativo

---

<sup>18</sup> Ello puede verse en MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-B*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 634.

de concesión. El artículo 15 supone por tanto una importante afectación al derecho de propiedad privada, que la Constitución reconoce en su artículo 115. A ello debemos agregar las críticas usualmente asociadas a la figura de la reversión, que constituye un desincentivo para el fomento de la inversión en las infraestructuras asociadas, en este caso, al refino.

#### 2.2.2.4 *Revocación.*

Las licencias “*otorgadas conforme a este Decreto Ley, serán revocables por el Ministerio de Energía y Minas, por la ocurrencia de causas de revocatoria establecidas en la propia licencia o por realizarse su cesión, gravamen o ejecución sin la autorización de dicho Ministerio*” (artículo 14). La revocación es un acto de gravamen para el particular afectado, lo que impone (i) la exégesis restrictiva de este precepto y (ii) la tramitación de un procedimiento previo, en aras a garantizar su derecho a la defensa.

### **2.3. Régimen de las formas de gestión de las actividades comerciales**

Las actividades de comercio de los hidrocarburos –que no se encuentran, insistimos, reservadas al Estado– pueden ser divididas en dos grandes grupos: comercio interno y comercio externo (artículo 56 de la LOH). El principio general, refrendado en el artículo 10, es la *libertad de comercio*, entendida como derivación de la libertad económica que reconoce el artículo 112 constitucional. Todos los particulares, en consecuencia, podrán dedicarse a la actividad comercial de su preferencia, lo que no obsta a la intervención directa del Estado, en régimen de libre competencia.

La gestión de las actividades comerciales se rige, en definitiva, por el esquema general adoptado por la LOH. Primero, pueden ser explotadas por la Administración, directamente o mediante entes descentralizados “de su exclusiva propiedad”. Segundo, por las empresas mixtas y, por último, por la libre iniciativa privada. Es éste el principio que deriva del artículo 10, arriba transcrito. La regulación de la Ley, sin embargo, induce a confusiones, tal y como veremos de seguidas.

### 2.3.1 La reserva de ciertas actividades comerciales.

El principio general del artículo 10 de la LOH, conforme al cual la comercialización de hidrocarburos puede “*ser realizadas por el Estado y los particulares, conjunta o separadamente*”, aparece desvirtuado por el artículo 57, cuyo tenor es el que sigue:

“Las actividades de comercialización de los hidrocarburos naturales, así como la de los productos derivados que mediante Decreto señale el Ejecutivo Nacional sólo podrán ser ejercidas por las empresas a que se refiere el artículo 27 del presente Decreto Ley”.

El artículo abarca dos actividades: la comercialización de los “hidrocarburos naturales”, y la comercialización de los “productos derivados” de hidrocarburo, esto es, los productos derivados de procesos de industrialización. Ha de tratarse, además, de hidrocarburos o productos “señalados” por el Ejecutivo mediante Decreto. Pues bien, la comercialización éstos hidrocarburos y productos solamente podrá ser ejercida por las empresas a que se contrae el artículo 27, esto es, por empresas públicas, de “exclusiva propiedad del Estado”. La intención del artículo 57 parece ser, por tanto, excluir a la empresa privada de las actividades “señaladas”, contrariando el sentido del artículo 10 *eiusdem*. La confusión es mayor, si nos atenemos al texto del artículo siguiente, el 58:

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

La norma se refiere a la comercialización de productos “señalados” por el Ejecutivo Nacional, esto es, de productos excluidos. Conforme al artículo 57, éstos solamente podrán ser comercializados por empresas públicas; según la norma comentada, éstos podrán ser comercializados “por el Estado directamente, o por empresas de su exclusiva propiedad, o por empresas mixtas con participación del capital estatal y privado en cualquier

proporción y por empresas privadas”. El artículo 58 contradice la letra del artículo 57, que a su vez resulta contrario al artículo 10.

Atendiendo a la necesidad de interpretar armónicamente estos preceptos; recordando que la actividad de comercialización no fue reservada al Estado de conformidad con el artículo 302 constitucional, y finalmente, en aplicación del principio *in dubio pro libertate*, estimamos que los artículos 10, 57 y 58 de la LOH deben ser interpretados conforme a tres principios rectores:

En primer lugar, de conformidad con el artículo 10 de la LOH, todos los particulares tienen el derecho de libertad económica para explotar la actividad de comercio interno o externo de hidrocarburos.

En segundo lugar, el Ejecutivo Nacional, a través de Decreto, puede excluir la comercialización de determinados hidrocarburos del tráfico jurídico-privado. La consecuencia de ese Decreto es que los hidrocarburos y productos excluidos únicamente podrán ser comercializados por empresas públicas. Al ser la excepción a la regla general del artículo 10, y al representar una limitación a la libertad económica, este supuesto de exclusión debe interpretarse restrictivamente.

Por último, y en tercer lugar, queda claro que los hidrocarburos no excluidos podrán ser atendidos por la libre iniciativa privada o por el Estado, siempre en concurrencia con las empresas privadas. En nuestra opinión, el artículo 58 incurrió en un error material, pues en vez de referirse a “las actividades de comercialización de los productos derivados que estuvieren excluidos conforme a lo previsto en el artículo anterior”, ha debido referirse a “*las actividades de comercialización de los productos derivados que no estuvieren excluidos conforme a lo previsto en el artículo anterior*”. En efecto, las actividades no excluidas según la norma del artículo 57, podrán ser atendidas tanto por la iniciativa privada como por la iniciativa pública.

### 2.3.2 Régimen especial de la iniciativa privada en las actividades de comercio interior consideradas servicios públicos

Lo expuesto anteriormente conforma el régimen general del comercio de hidrocarburos. Con la sola excepción de los hidrocarburos excluidos *ex artículo 57*, la LOH ha reconocido el principio general de libertad comercial.

Ahora bien, tal libertad es restringida, notablemente, en las actividades de comercio interior que pueden ser declaradas *servicios públicos*. En éstas, acotamos, no se excluye la iniciativa empresarial privada. Sin embargo, los operadores económicos que deseen emprender y desarrollar las actividades declaradas *servicios públicos* por el Ejecutivo quedarán sometidos a un régimen especial conformado por las siguientes notas: (i) el acto de afectación de determinados hidrocarburos; (ii) su sujeción a un régimen de servicio público y (iii) la regulación del permiso de comercialización.

#### 2.3.2.1 *El acto de afectación.*

Serán objeto de las regulaciones sobre comercio interior establecidas en la LOH “*aquellos productos derivados de los hidrocarburos que mediante Resolución señale el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas*” (artículo 59). El Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, y mediante Resolución, podrá afectar a determinados productos derivados de hidrocarburos a un régimen jurídico especial, con la finalidad de asegurar su adecuada atención por parte de la iniciativa privada. Sólo podrán afectarse, en consecuencia, los productos cuyo comercio interno satisfaga directamente necesidades colectivas de relevante interés social.

#### 2.3.2.2 *Régimen de servicio público.*

Los productos afectados de conformidad con el artículo 59, quedarán sometidos al régimen de “servicio público” definido en el artículo 60, y cuyas notas son las siguientes:

a. Actividades afectadas.

Constituyen un servicio público “*las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos, señalados por el Ejecutivo Nacional conforme al artículo anterior, destinados al consumo colectivo interno*”. La afectación podrá recaer, por tanto, sobre actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio, conceptos técnicos cuya precisión debería ser abordada por el Reglamento.

b. Regulación de precios. Garantía de suministro.

El Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, “*fixará los precios de los productos derivados de los hidrocarburos*”. Constituye ello una limitación a la libertad de precios que informa a la libertad de comercio. La regulación admite cierta flexibilidad en aplicación, pues los precios “*podrán fijarse mediante bandas o cualquier otro sistema que resulte adecuado a los fines previstos en el presente Decreto Ley, tomando en cuenta las inversiones y la rentabilidad de las mismas*”.

Asimismo, estas actividades se someterán a una especial regulación cuya finalidad será asegurar “*el suministro, la eficiencia del servicio y evitar su interrupción*”. El artículo 60 permite así a la Administración dictar medidas para asegurar que la prestación de las actividades declaradas *servicios públicos* se rija por los principios de continuidad, regularidad, igualdad de prestación y universalidad.

2.3.2.3 *El permiso de comercialización.*

Aún sometiéndose a una especial regulación, la actividad de comercialización de estos hidrocarburos podrá ser efectuada por la libre iniciativa privada, siempre y cuando obtenga el *permiso de comercialización*, que al ordenar el ejercicio del derecho previo de libertad económica es una verdadera autorización. Las notas de este permiso son las siguientes.

a. Régimen general.

Dispone el artículo 61 que *“las personas naturales o jurídicas que deseen ejercer las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de hidrocarburos, deberán obtener previamente permiso del Ministerio de Energía y Minas. Estos permisos estarán sujetos a las normas establecidas en este Decreto Ley, su Reglamento y las Resoluciones respectivas. Las personas naturales o jurídicas que ejerzan las actividades antes señaladas, podrán realizar más de una actividad, siempre que exista la separación jurídica y contable entre ellas”*. Nótese que la LOH tampoco definió los requisitos necesarios para obtener esa autorización, lo que dificulta la aplicación práctica del artículo.

b. Actos de disposición y gravamen.

La parte *in fine* del artículo comentado señala que *“la cesión o traspaso de dichos permisos requerirán la autorización previa del Ministerio de Energía y Minas”*.

c. Permiso especial de instalaciones.

Las actividades de comercio interno quedan afectadas, además, por otra técnica de limitación, cuya finalidad es regular las instalaciones anejas al comercio. Así, conforme al artículo 62, la *“construcción, modificación, ampliación, destrucción o desmantelamiento de establecimientos, instalaciones o equipos, destinados al comercio interior de los productos derivados de hidrocarburos, deberán ser previamente autorizados por el Ministerio de Energía y Minas”*. Es posible diferenciar el permiso para ejercer actividades de comercio y el permiso para construir, modificar o desmantelar obras o infraestructuras necesarias para explotar el comercio interno. Nada impide que estos títulos se otorguen conjuntamente, esto es, que el permiso para desplegar la actividad de comercio abarque también la autorización para construir infraestructuras.

d. Revocación.

El Ministerio de Energía y Minas *“podrá revocar los permisos cuando el incumplimiento de las disposiciones establecidas en este*

*Decreto 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). La intención de la norma es salvaguardar el respeto de las notas de *servicio público* que deberán informar la prestación de esta actividad.*

e. Prohibición de enajenar y gravar.

Como limitación al derecho de propiedad privada sobre las obras anejas al comercio interno, el artículo 64 establece que *“las oficinas subalternas de registro y notaría se abstendrán de dar curso a documentos relacionados con actos que requieran autorización del Ministerio de Energía y Minas, si no están acompañados de dicha autorización. Los documentos que se otorguen en contravención de lo aquí previsto no tendrán valor alguno a los efectos del presente Decreto Ley”*. Se deduce, por tanto, que actos de gravamen o disposición de las obras anejas al comercio interno requerirán previa autorización de la Administración, siempre y cuando, agregamos, tales actos afecten o amenacen con afectar la continuidad y regularidad en la prestación de este servicio.

f. Régimen transitorio.

El artículo 65, con vocación transitoria, dispone lo siguiente:

*“Las personas naturales o jurídicas que actualmente ejercen las actividades de comercialización interna de los productos derivados de hidrocarburos objeto de este Decreto Ley, en igualdad de condiciones, tendrán derecho preferente ante terceras personas para continuar ejerciéndolas. En caso de que la industria petrolera nacional o cualquiera otra persona decida ofrecer en venta, los bienes inmuebles destinados al ejercicio de dichas actividades, las personas que actualmente las ejercen, en igualdad de condiciones, tendrán derecho preferente para adquirirlas”*.

Como en otras disposiciones de la LOH, el sentido de la norma comentada no queda claro. A nuestro entender, tal norma se refiere a los operadores económicos que, para el momento de entrada en vigencia de la Ley, ya ejercían actividades de comercio interno de los hidrocarburos. Pues bien, el régimen jurídico anterior a la LOH estaba conformado por una Ley de reserva general y de preferente aplicación –la LOREICH– tal y como

señaló la Corte Suprema de Justicia en Pleno en sentencia de 23 de abril de 1991, caso *Lagoven*. El ámbito de esa reserva o *publicatio* general fue sin embargo alterado por la Ley Orgánica de apertura del mercado interno de la gasolina y otros combustibles derivados de los hidrocarburos para uso en vehículos automotores (*GO* número 36.537 de 11 de septiembre de 1998, en lo adelante *LOAMIG*), la cual derogó la reserva existente entonces en ese mercado en concreto. Y de allí que, salvo los mecanismos de participación previstos en el artículo 5 de la *LOREICH*, la intervención directa de la iniciativa privada sólo era posible en el “mercado interno de la gasolina y otros combustibles derivados de los hidrocarburos para uso en vehículos automotores”, conforme la *LOAMIG*, la cual, observamos, fue expresamente derogada por la disposición derogatoria única de la *LOH*. Es de destacar, asimismo, que el artículo 65 de la *LOH* es la transcripción del artículo 5 de la *LOAMIG*.

Por ello, el artículo 65 de la *LOH* regula el régimen transitorio de los operadores económicos que, participando en el mercado interno conforme a los cauces previstos en la *LOAMIG*, pasan a ser regulados, ahora, por la nueva Ley. No hay, destacamos, aplicación retroactiva de ésta: la *LOH* no se aplicará a las consecuencias jurídicas *pasadas* de las actividades desplegadas al amparo de la *LOAMIG*; sí se aplicará, por el contrario, a las consecuencias jurídicas *futuras* de esas actividades, consecuencias que se regirán por lo dispuesto en la *LOH*. Y en tal sentido, el artículo 65 consagra el principio de continuidad, en virtud del cual los servicios explotados conforme al régimen derogado continuarán desarrollándose según la nueva normativa.

Finalmente, ante procesos de privatización de las empresas públicas que desarrollen la actividad de comercio interno, los operadores que a la entrada en vigencia atiendan también esa actividad, tendrán un derecho preferente, lo que supone una excepción legal al principio de igualdad que rige a la enajenación de empresas públicas, conforme el marco delineado por la Ley de Privatización<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> El derecho preferente que la *LOH* consagra debe concordarse con los derechos preferentes establecidos en los artículos 13 y siguientes de la Ley de Privatización. Al respecto, vid. los comentarios que efectuamos en *Régimen jurídico de la privatización*, Cuadernos Bادهل & Grau número 3, Caracas, 1997, pp. 135 y ss.

g. Posible aplicación de este régimen al comercio de hidrocarburos no afectados por el Ejecutivo.

Dentro de las actividades de comercio interior habrá que distinguir aquéllas declaradas servicio público de las que no resulten afectadas por tal declaración, tal y como se derivan de los artículos 59 y 60 de la LOH. La principal consecuencia de ello es que las actividades afectadas se someterán al especial régimen de servicio público, antes delineado.

Ocurre sin embargo que la Ley silencia la regulación de las actividades de comercio interno no declaradas servicio público. Ante tal silencio, debemos recordar que estas actividades pueden ser emprendidas por los particulares en ejercicio del derecho fundamental de libertad económica, que la Constitución de 1999 consagra en su artículo 112. Por tanto, la Administración no podrá entorpecer el ejercicio de las actividades de comercio interior si no cuenta con específica cobertura legal <sup>20</sup>.

2.3.3. Ausencia de previsión del régimen del comercio exterior.

Además de la posible laguna legal existente por la falta de previsión legal del régimen del comercio interno de hidrocarburos “no afectados”, observamos que la LOH tampoco ha regulado el régimen del comercio externo de hidrocarburos, más allá de las disposiciones generales que resulten aplicables (i.e.: artículo 10). Como veremos, la existencia de diversas lagunas legales en la LOH afecta la seguridad jurídica –presupuesto para el estímulo de la iniciativa privada en el sector– lo que justifica la corrección de esas omisiones a través del recurso previsto en el artículo 7 *eiusdem*, que comentamos *infra*.

### 3. Regulación para promover la libre competencia.

El régimen jurídico de la industria y comercio de los hidrocarburos ha sufrido un importante cambio en la LOH, pues ésta abandonó la reserva

---

<sup>20</sup> Lo que afirmamos, en el texto principal, es que toda limitación administrativa a la libertad de empresa, y por tanto, a la libertad de los operadores de emprender actividades de comercio interior, debe estar establecida en actos con rango y fuerza de Ley. Así lo ha señalado en reiteradas oportunidades la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Recientemente, vid. la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 30 de mayo de 2000, caso *Banco Venezolano de Crédito S.A.C.A.*

o *publicatio* sobre la que asentaba la derogada LOREICH. Con la sola excepción de las actividades primarias, el resto de las actividades reguladas por la LOH no se encuentran reservadas al Estado, por lo que pueden ser explotadas directamente por la iniciativa privada, según las limitaciones legalmente establecidas.

Que no se trate de actividades reservadas, y que la LOH suponga su privatización material, no impide concebir al comercio e industria de los hidrocarburos como un mercado de interés general sometido a una intensa regulación. Tal y como ha ocurrido entre nosotros con la reestructuración de la electricidad, los hidrocarburos gaseosos y las telecomunicaciones, la promoción e incentivo de la iniciativa privada, especialmente mediante la derogatoria de la reserva previamente declarada (proceso conocido como despublicación, y que aquí hemos denominado privatización material conforme a la doctrina alemana), demuestra que en muchos casos es necesario adoptar novedosas técnicas regulatorias cuyo fin será asegurar que los operadores económicos actúen en un marco de competencia efectiva, conforme lo exige el artículo 113 de la Constitución, que encomienda a los Poderes Públicos adoptar las medidas que aseguren la existencia de condiciones efectivas de competencia en la economía<sup>21</sup>.

La LOH ha abordado esta misión adoptando dos técnicas regulatorias que, aún limitando la iniciativa privada, tienen por finalidad tutelar la libre competencia. Nos referimos al principio de acceso de terceros a las redes y al principio de separación de actividades.

### **3.1.El principio de acceso de terceros a las redes**

Ciertas actividades, dentro del mercado de la industria y el comercio de los hidrocarburos, requieren para su explotación el uso de infraestructuras en red: en concreto, nos referimos al transporte, almacenamiento y distribución. Estas redes, conocidas como *oleoductos*, suponen un *fallo de mercado* que atenúa la libre competencia, desde que las actividades de ese mercado serán desarrolladas más eficientemente por un solo operador,

---

<sup>21</sup> El Derecho Comparado enseña que la modificación del marco regulatorio de actividades ajenas al interés general, suele ir acompañada de técnicas especiales de control, cuyo fin es la tutela de la libre competencia. Puede verse al respecto, en general, a GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, SANTIAGO, *Los mercados de interés general*, Comares, Granada, 2001.

dado los costes fijos asociados a la construcción de nuevas redes. Es, pues, un supuesto de *economía de escala*.

Este *fallo de mercado* justifica la adopción de un nuevo marco regulatorio, cuya base es la distinción de las actividades asociadas a las redes, de las actividades no vinculadas a éstas, asegurando, en aquéllas, la gestión independiente de la infraestructura en red, la cual se considera un recurso esencial (*essential facilities*), no sustituible, cuyo uso debe otorgarse en igualdad de condiciones a todos los operadores que deseen acceder al mercado. Según hemos señalado en otro lugar, con ello, se establece una carga sobre el derecho de propiedad de la red, puesto que su titular no tendrá ya el derecho de uso exclusivo sobre ese bien. El principio clave es el acceso de terceros a la red (basado en la doctrina del THIRD PARTY ACCESS, TPA): considerándose a la red como un bien esencial no sustituible, y estimando que la duplicación de redes atentaría contra la eficiencia económica, se establece como derecho de todos los operadores el acceso en igualdad de condiciones a la red, en nuestro caso, de canalización de hidrocarburos gaseosos<sup>22</sup>. Es éste el principio que subyace tras el artículo 21 de la LOH:

“Las personas que realicen las actividades de almacenamiento, transporte y distribución previstas en este Decreto Ley, están obligadas a permitir el uso de sus instalaciones a otros almacenadores, transportistas o distribuidores, cuando dichas instalaciones tengan capacidad disponible para ello y así lo exija el interés público o social. Tal uso se realizará en las condiciones que las partes convengan. A falta de acuerdo, el Ministerio de Energía y Minas fijará las condiciones para la prestación del servicio”.

Se consagra el acceso regulado a las redes, desde que, además de los convenios suscritos por las partes interesadas, será aplicable la norma-

---

<sup>22</sup> Sobre este principio nos hemos pronunciado ya, respecto del mercado de los hidrocarburos gaseosos, en “Aspectos Jurídicos de la Liberalización de los Hidrocarburos Gaseosos en Venezuela”, *Petróleo YV número IX*, Caracas, 2001. Sobre el principio de acceso a las redes, y su relación con la libre competencia, vid. DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, “Sobre infraestructura en red y competencia entre redes”, en *Nuevo Derecho de las Infraestructuras*, Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 197 y ss.

tiva que a tales efectos dicte la Administración. Además, ésta podrá dictar, en sustitución de la voluntad de las partes, la *orden de acceso a las redes*. Lo peculiar de este régimen es que el titular de las redes tiene una posición especial en el mercado, dado que tales infraestructuras son recursos esenciales. Por tanto, toda negativa injustificada a permitir el acceso de terceros supondrá una decisión que, al lesionar –en principio– la libre competencia, quedará sometida al control y supervisión de la Administración<sup>23</sup>.

### 3.2.El principio de separación “jurídica contable”.

Otro de los fallos presentes en actividades basadas en infraestructuras en redes es la integración vertical de actividades, integración usualmente criticada con base a tres argumentos: (i) se crean empresas con *poder de mercado* suficientemente para controlar unilateralmente el mercado; (ii) se dificulta la gestión independiente de las redes y (iii) se promueve la existencia de subsidios cruzados. La solución ante este fallo, en la reciente liberalización de mercados de interés general, ha sido sancionar el principio de separación de actividades, que el artículo 61 de la LOH recoge al señalar que las personas naturales o jurídicas que ejerzan las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de hidrocarburos, “*podrán realizar más de una actividad, siempre que exista la separación jurídica y contable entre ellas.*”

Nótese que la Ley requiere, simultáneamente, la separación jurídica y contable, cuando lo cierto es que se trata de dos principios distintos: la separación jurídica exige que el objeto social de la empresa sólo se refiera a una actividad; la separación contable, por el contrario, permite la acumu-

---

<sup>23</sup> Pudiera afirmarse, desde la perspectiva del Derecho de Competencia, que el propietario o gestor de las redes tiene un *poder de mercado significativo*, que no necesariamente le otorga una *posición dominante* dentro del mercado relevante. En cualquier caso, tal poder de mercado es objeto de una específica regulación en la cual corresponde a la Administración ordenar positivamente el uso de las redes. Cfr.: BREYER, Stephen y STEWART, Richard, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text and Cases*, Little, Brown and Company, Boston, 1992, pp. 6-11. Así también, vid. DOHERTY, BARRY, “Just what are essential facilities?”, en *Common Market Review volumen 38 número 2*, Leiden (The Netherlands), 2001, pp. 397 y ss.

lación de más de una actividad en el objeto social de la empresa, siempre y cuando en su desarrollado se efectúe una contabilidad separada. Más allá de la confusa redacción de la norma, este principio promueve por la transparencia y la libre competencia, favoreciendo el ejercicio de la libre iniciativa privada<sup>24</sup>.

El artículo 20 extiende el principio de separación contable a las empresas que exploten conjuntamente actividades primarias e industriales y comerciales, como veremos después.

#### **4. Las obligaciones de servicio público.**

Todas las actividades reguladas por la LOH quedan afectadas por el principio de direccionalidad, cuya norma básica es el artículo 5:

“Las actividades reguladas por este Decreto Ley estarán dirigidas a fomentar el desarrollo integral, orgánico y sostenido del país, atendiendo al uso racional del recurso y a la preservación del ambiente. A tal fin se promoverá el fortalecimiento del sector productivo nacional y la transformación en el país de materias primas provenientes de los hidrocarburos, así como la incorporación de tecnologías avanzadas.”

Conservación de los hidrocarburos; promoción del desarrollo económico del país; tutela del medio ambiente; promoción de las nuevas tecnologías (reminiscencia de la tradicional *cláusula de progreso* en las concesiones), son los fines a los que deben estar orientadas todas las actividades del sector, lo que encaja con los principios del orden socio-económico definidos en el artículo 299 constitucional. Este principio es concretado, respecto la actividad de refino, en el artículo 11, y en relación con la actividad de industrialización, con el artículo 51. Ambas normas han sido comentadas anteriormente.

Ahora bien, al igual que la reestructuración del mercado de los hidrocarburos no se opone a la adopción de mecanismos regulatorios orien-

---

<sup>24</sup> Sobre la distinción entre la separación jurídica y la contable, vid. DE LA CRUZ FERRER, Juan, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 124 y ss.

tados a tutelar la libre competencia, tampoco es contrario a tal reestructuración la adopción de mecanismos cuyo fin es asegurar que la prestación de las actividades relacionadas con los hidrocarburos respeten los principios generales derivados del artículo 5, principios que entroncan con los cometidos asumidos por la cláusula del Estado social consagrada en el artículo 2 de la Constitución, cuyo respeto es indeclinable para los Poderes Públicos.

Esta finalidad adquiere mayor peso en relación con las actividades industriales y comerciales desarrolladas por la libre iniciativa privada. En efecto, en las actividades primarias el control de las actividades será ejercido directamente por la Administración, pues sólo ésta –por sus propios órganos o a través de entes descentralizados, incluyendo las llamadas empresas mixtas– podrá explotar tales actividades. Así también, la supervisión de las empresas públicas que operen en las actividades industriales y comerciales se logrará a través del control que la Administración ejerce sobre este tipo de sociedades.

Por tanto, es en relación con las empresas privadas que la tutela del interés general adquiere mayor importancia, conforme a las pautas desarrolladas en el artículo 5. Este control –como ha sucedido entre nosotros con la nueva ordenación de la electricidad, gas y telecomunicaciones– se ejercerá a través de las llamadas obligaciones de servicio público, es decir, a través de obligaciones positivas que limitan la libre iniciativa privada y que usualmente están contenidas en el título habilitante que permite el ejercicio de la libertad económica<sup>25</sup>.

#### **4.1. Principio de continuidad y de prestación conforme a los parámetros definidos**

La primera obligación de servicio público está contenida en el artículo 19 de la LOH, conforme al cual “*las personas que realicen las actividades*

---

<sup>25</sup> Para el concepto y significado de las llamadas *obligaciones de servicio público* véase a GARCÍA DE COCA, José Antonio, *Sector Petrolero español: análisis jurídico de la despublicatio de un servicio público*, Tecnos, Madrid, 1996, cit., pp. 427 y ss. De cara al Derecho venezolano, nos hemos pronunciado sobre la regulación de estas obligaciones en los mercados de la electricidad, gas y telecomunicaciones en “Intervención administrativa y liberalización de servicios esenciales en Venezuela”, *Revista de Derecho Administrativo número 9*, Caracas, 2000.

*a las cuales se refiere este Decreto Ley, deberán hacerlo en forma continua y eficiente, conforme a las normas aplicables y a las mejores prácticas científicas y técnicas disponibles sobre seguridad e higiene, protección ambiental y aprovechamiento y uso racional de los hidrocarburos, la conservación de la energía de los mismos y el máximo recobro final de los yacimientos*". Los objetivos perseguidos por la norma (la prestación continua de las actividades conforme a los parámetros de calidad definidos en ella) justifican que la Administración imponga obligaciones positivas, que limiten la libre iniciativa privada.

#### **4.2. Principio de información debida y de separación de actividades.**

Así también, el artículo 20 de la LOH impone como obligación de todos los operadores, el deber *"de suministrar al Ejecutivo Nacional toda la Información que éste requiera, relacionada con el ejercicio de dichas actividades. A tal fin aquellas que realicen actividades primarias conjuntamente con actividades industriales y comerciales, deberán llevar y presentar por separado las cuentas relativas a tales actividades. El Ejecutivo Nacional guardará la confidencialidad de la información suministrada, cuando el interesado así lo solicite y sea procedente"*. Si bien la norma se aplica a todas las empresas, entendemos que su operatividad será mayor en las empresas privadas, dado que la información de las actividades desplegadas por las empresas públicas o del Estado (incluyendo las llamadas empresas mixtas) se alcanzará a través del control que la Administración ejerce sobre estos entes.

Observamos, además, que el artículo establece el principio de separación contable para las empresas que, conjuntamente, desarrollan actividades primarias y actividades comerciales e industriales, ello sin perjuicio del principio de separación "jurídica y contable" exigido respecto a estas últimas, conforme al artículo 61.

#### **5. Algunas consideraciones sobre el desarrollo normativo de la LOH.**

Antes hemos denunciado la escasa densidad normativa de la LOH, pues ésta, en ocasiones, se limita a establecer principios generales; en muchos casos, además, silencia por completo la regulación aplicable, tal y

como ocurre con el comercio exterior de hidrocarburos. La existencia de Leyes-marco, de Leyes generales, es muy común en materia económica, pues la especificidad y dinamismo de la materia a regular recomienda la existencia de leyes especiales, con un ámbito concreto de aplicación e, incluso, justifica que el Legislador delegue en el Reglamento el desarrollo de aspectos por él no tratados<sup>26</sup>. Dos límites generales derivamos de esta especial categoría de Leyes.

En primer lugar, que la generalidad no puede derivar en ambigüedad, en lagunas legales que omitan abordar aspectos cuya regulación debe ser efectuada por el Legislador. Uno de los principios del sistema económico venezolano, conforme al artículo 299 constitucional, es la seguridad jurídica, lo que exige (i) claridad y certeza en las normas jurídicas que ordenen actividades económicas y (ii) la estabilidad del marco jurídico aplicable, estabilidad que se vería menoscaba si la fuente fundamental de ese marco son los Reglamentos llamados a suplir las continuas omisiones del Legislador<sup>27</sup>.

Así ocurre, en concreto, con los requisitos objetivos y subjetivos necesarios para que los particulares obtengan las autorizaciones reguladas en la LOH: el Legislador no reguló tal materia, lo que merma la seguridad jurídica de los operadores económicos y desestimula la inversión privada en esos sectores, contrariando el emplazamiento del artículo 112 constitucional, que encomienda a los Poderes Públicos promover el ejercicio de la libre iniciativa privada. No negamos que la regulación de estos aspectos ataña a materias técnicas, de difícil regulación por el Legislador. Lo recomendable hubiese sido, sin embargo, que la Ley regulase los objetivos esenciales que

---

<sup>26</sup> Las leyes de intervención económica suelen distinguirse por su escasa densidad normativa y por remitir al Reglamento el desarrollo de las materias por ella abordadas. Tal flexibilidad se justifica por el *dinamismo* de la economía, que recomienda que el ordenamiento jurídico se *adapte* con facilidad a los cambios propios del sistema económico. Empero, es indispensable que el Legislador contemple las concretas restricciones que la Administración podrá imponer al ejercicio de la libertad económica, pues éstas son materia de reserva legal, tal y como precisa el artículo 112 constitucional. Puede verse al respecto a CIRIANO VELA, César, *Principio de legalidad e intervención económica*, Atelier administrativo, Barcelona, 2000, pp. 112 y ss.

<sup>27</sup> La Sala Constitucional se ha pronunciado sobre la importancia de la seguridad jurídica en la ordenación pública de la economía, en la sentencia de 14 de febrero de 2001, caso *La Ley de Promoción y Protección de Inversiones*.

deberían salvaguardarse a través de estos títulos habilitantes, delegando en el Reglamento su desarrollo normativo<sup>28</sup>.

En segundo lugar, y en relación con las actividades industriales y comerciales, debemos recordar que el ejercicio de ésta sólo podrá implementarse a través de las limitaciones *establecidas* en la Ley, esto es, que debe tratarse de restricciones expresamente contenidas en la LOH, tal y como exige el artículo 112 de la Constitución. La ausencia de previsión legal ni la escasa densidad normativa de la Ley pueden habilitar entonces a la Administración para adoptar restricciones más allá de las expresamente reguladas por Ley.

Que la LOH es una Ley-marco, llamada a regular tan sólo aspectos básicos y esenciales del sector de hidrocarburos, es premisa que se constata del artículo 7, según el cual:

“Las actividades señaladas en el presente Decreto Ley están sujetas tanto a las disposiciones de la misma, como a las contenidas en otras leyes, decretos o resoluciones, dictadas o que se dictaren, en todo cuanto les fuere aplicable”.

La interpretación de la norma debe matizarse, pues la ordenación jurídico-administrativa del sector de los hidrocarburos, especialmente de las actividades industriales y comerciales, no puede estar contenidas en “decretos o resoluciones” ya que, insistimos, toda limitación a la libertad económica debe estar consagrada en actos con rango y fuerza de Ley. Los llamados reglamentos independientes, esto es, los reglamentos que ordenan determinado sector sin ejecutar las previsiones de la Ley, quedan proscritos en materias que, como las limitaciones de la libertad económica, son de reserva legal<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup>. En materias de la reserva legal, como son las limitaciones administrativas al ejercicio de la libertad económica, puede el Legislador remitir al Reglamento el desarrollo normativo de éstas, *siempre y cuando establezca, con precisión, los parámetros básicos o esenciales que deberá seguir el Reglamento*. La jurisprudencia venezolana se ha pronunciado sobre estas exigencias en la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 17 de junio de 1999, caso *Universidad Simón Bolívar*.

<sup>29</sup> Cfr.: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, cit., pp. 12.

Pareciera entonces que las lagunas legales de la LOH serán suplidas por Leyes especiales que ordenarían aspectos concretos del mercado de hidrocarburos: las actividades primarias; las actividades de comercio interior, estén o no formalmente afectadas o las actividades de comercio exterior. El resultado será, por tanto, que el sector de los hidrocarburos estará regulado, en primer lugar, por la LOH, Ley de cabecera, y luego por diversas Leyes especiales y sus respectivas normas de desarrollo.

## **6. Conclusiones generales**

Los cauces de intervención de la iniciativa pública y de la iniciativa privada en el mercado de hidrocarburos, según la LOH, se encuentra regido por tres principios generales.

### **6.1. El esquema general adoptado por la LOH.**

Tanto la iniciativa pública como la iniciativa privada pueden concurrir en ese mercado conforme al siguiente esquema general. La iniciativa pública intervendrá a través de tres causas: primero, directamente por la Administración Pública Central, en concreto, a través del Ministerio de Energía y Minas; segundo, por empresas de exclusiva propiedad del Estado, obedeciendo ello a una descentralización de primer o segundo grado; y por último, mediante las empresas mixtas. Si bien en éstas concurren el sector público y el sector privado, por lo que son un cauce indirecto de participación de éste, las empresas mixtas son en realidad empresas del Estado, en las que la Administración debe tener más del cincuenta por ciento (50%) del capital social y, por tanto, el control sobre su gestión. La iniciativa privada podrá, por su parte, intervenir directamente sólo en las actividades industriales y comerciales, previa obtención del correspondiente título autorizador, denominado en la Ley conforme a diversa terminología (permisos o licencias).

### **6.2. La participación en las actividades primarias**

Lo que caracteriza a las actividades primarias es que se encuentran reservadas al Estado, quedando excluido el derecho de libertad económica. Por tanto, estas actividades únicamente podrán ser gestionadas directamente por la Administración; por empresas de su exclusiva

propiedad o por empresas mixtas. El fundamento de tal régimen es el artículo 302 constitucional.

La LOH redujo el ámbito de intervención del sector privado en las actividades de exploración y explotación, pues de las distintas posibilidades admisibles bajo la LOREICH, ahora sólo resulta aplicable el mecanismo de gestión a través de la empresa mixta que es, insistimos, una empresa del Estado en la que la intervención de los operadores económicos privados queda marginada a la simple participación patrimonial.

### **6.3. La participación en las actividades industriales y comerciales**

La principal novedad de la LOH es que amplió el ámbito de participación del sector privado en actividades industriales y comerciales, las cuales han sido privatizadas materialmente (o despublicadas). La derogación de la reserva existente supone la admisión, en ese ámbito, del derecho fundamental de libertad económica, cuyo ejercicio por parte de los particulares se condiciona a la obtención de la correspondiente autorización.

Dado que la Constitución económica de Venezuela parte del principio de coindicativa, el carácter privado de las actividades económicas conformadas por la industria y comercio de los hidrocarburos no excluye la intervención directa del Estado, no ya en virtud del artículo 302 de la Constitución, sino según lo pautado en los artículos 299 y 300 del Texto Fundamental. Si bien el esquema de participación del Estado no varía (gestión directa por la propia Administración o entes descentralizados; gestión a través de las empresas mixtas), el carácter privado de estas actividades exigirá que la intervención del Estado como operador económico se efectúe en respeto a las normas sobre libre competencia, tal y como dispone el artículo 113 constitucional.