

# El Régimen Jurídico aplicable a las Empresas Mixtas a las que se refiere el artículo 22 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos<sup>1</sup>

*Luis Ernesto Andueza Galeno  
(Venezuela)<sup>2</sup>*

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

<sup>1</sup> El presente trabajo fue realizado con la colaboración del abogado Oscar Gherzi Rassi.

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



## I. BREVE DESARROLLO DEL “CONCEPTO” DE EMPRESA MIXTA

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

A su vez, el concepto de Empresa Mixta no puede entenderse sin entender y delimitar el concepto de Empresa del Estado<sup>3</sup> porque, en nuestro criterio, Empresa Mixta será toda aquella donde inversionistas privados comparten con el Estado una participación accionaria en una sociedad mercantil que no califique como Empresa del Estado. Por esa razón, parte del problema que el estudio del concepto de Empresa Mixta ha tenido es, precisamente, que tampoco existe un concepto unívoco de Empresa del Estado.

Igualmente, podemos decir que, independientemente del significado que se le dé a los términos: Empresa Mixta y Empresa del Estado, dichos términos no son unánimemente empleados por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación. En las distintas fuentes pueden hallarse términos análogos como Empresa Pública<sup>4</sup>, Sociedad del Estado, Empresa de Capital Mixto, Empresa de Economía Mixta<sup>5</sup> y otras variaciones similares.

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

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

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

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

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

Usando criterios cuantitativos podemos decir que se han considerado Empresas del Estado sólo aquéllas donde el Estado ha suscrito la totalidad del capital social y por ende, Empresas Mixtas serán aquéllas donde el Estado comparte la participación en el capital social con inversionistas privados<sup>6</sup> y también se han considerado Empresas del Estado aquéllas donde el Estado tiene la mayoría del capital social, siendo por ende Empresas Mixtas aquéllas donde el Estado no posee una participación mayoritaria<sup>7</sup>.

El criterio cualitativo por excelencia que se ha usado para definir una Empresa del Estado consiste en determinar, independientemente del porcentaje de participación que el Estado detente en el capital social en dicha empresa, si su participación es cualitativamente distinta a la que tendría un accionista ordinario. Así por ejemplo, si el Estado posee una participación minoritaria pero “*decisiva*” o si conserva el “*control*” sobre decisiones fundamentales, entonces esa empresa calificaría como del Estado, por lo que una Empresa Mixta desde el punto de vista cuantitativo podría calificar como Empresa del Estado desde el punto de vista cualitativo<sup>8</sup>.

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

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

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

Finalmente, otra fuente de discusión para alcanzar una definición de Empresa del Estado proviene de la participación directa o no de la República en dichas empresas. En una importante decisión de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, bajo la ponencia del Magistrado René de Sola, de fecha 20 de enero de 1983 (Caso Universidad Central de Venezuela vs. Banco Nacional de Descuento), la Sala tuvo la ocasión de interpretar el artículo 42 numeral 15 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia<sup>9</sup>, según la cual correspondía a esa Corte el conocimiento de las demandas incoadas en contra de las empresas en las que el Estado tuviera una “*participación decisiva*” y siempre que la cuantía fuera superior a los Bs. 5.000.000 y la competencia no estuviera atribuida a otra autoridad. Según esta sentencia, “*Estado*” debía equipararse a “*República*” y por lo tanto, solamente aquellas sociedades en las que ésta última tuviera una participación decisiva “*de manera permanente y no circunstancial*”, recibían el privilegio de contar con un fuero judicial especial *rationae personae*. Puesto que el Banco Nacional de Descuento era una sociedad mercantil cuyas acciones para el momento de la interposición de la demanda eran propiedad del Fondo de Inversiones de Venezuela, la Sala concluyó que no merecía los beneficios asociados a ese foro especial<sup>10</sup>.

---

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

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

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

Ahora bien, el panorama relativamente confuso y someramente aquí esbozado, en principio, ha sido aclarado en gran medida con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>11</sup> (“LOAP”) en octubre de 2001, la cual ha venido a llenar el vacío que por muchos años se pensó llenaría una ley específica que regularía la administración descentralizada funcionalmente. La LOAP ahora ha aclarado en su artículo 100 que las Empresas del Estado son sociedades mercantiles en las que “*la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere es[a] Ley, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social.*” Es decir, que si bien la LOAP no define a las Empresas Mixtas<sup>12</sup>, podemos indicar que de acuerdo a esta Ley califican como Empresas Mixtas aquéllas donde la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere esa Ley, solos o conjuntamente, tengan una participación igual o menor al cincuenta por ciento del capital social.

No obstante, la entrada en vigencia de la LOAP no parece que clausure del todo la discusión sobre la dicotomía Empresas del Estado-Empresas Mixtas, y mucho menos la discusión sobre el régimen legal al cual están sometidas ambas categorías. Solo un mes después de la publicación en la Gaceta Oficial de la LOAP, fue publicada la Ley Orgánica de Hidrocarburos<sup>13</sup> (“LOH”) que en su Sección Segunda del Capítulo III definió a las Empresas del Estado como las empresas de la exclusiva propiedad del Estado y como veremos posteriormente, estableció dos tipos de Empresas Mixtas: (i) en las que se requiere para su constitución funcionamiento mayoría accionaria del Estado en el capital social y (ii) en las que para su constitución y funcionamiento

<sup>11</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.

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

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

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

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

### 2.1. Introducción

Tal y como ya expusimos, la noción de Empresa Mixta estaba de cierta manera supeditada y opacada por la noción de Empresa del Estado. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la LOH, la cual regula las actividades de exploración y explotación de los hidrocarburos<sup>14</sup>, así como otras actividades asociadas a la refinación, industrialización, transporte, almacenamiento y comercialización de esos hidrocarburos y de sus productos derivados<sup>15</sup>, ha cambiado un poco este panorama, toda vez que el empleo de la noción de “*Empresa Mixta*” que contiene esa Ley es sumamente importante, por lo menos desde el punto de vista de la participación de los particulares en la industria mas importante del país.

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

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

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

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

hidrocarburos a los que se refiere dicha Ley. En este sentido, ha sustituido el esquema de “*convenios operativos*” y de “*asociaciones estratégicas*” contemplados en el artículo 5 de la derogada Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos<sup>17</sup> (la “Ley de Nacionalización de 1975”) por un esquema de asociación entre el Estado venezolano y los particulares que ha recibido el nombre de Empresa Mixta.

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

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

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

*Artículo 50*

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

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

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

*Artículo 58*

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

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

De modo que la propia LOH emplea el vocablo Empresa Mixta para referirse a entidades en las que el Estado puede o puede no tener el control accionario de la misma y por lo tanto, la tajante determinación del artículo 22 debe ser matizado considerablemente<sup>18</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

A continuación se presenta una breve descripción de los pasos que de acuerdo a la LOH, son necesarios para el nacimiento de una Empresa Mixta del artículo 22 y el desarrollo de un proyecto bajo dicha figura jurídica<sup>20</sup>:

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

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

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

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

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

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

### III. EL PROBLEMA DE LOS “GRADOS” DE LAS EMPRESAS EN QUE EL ESTADO TIENE PARTICIPACIÓN

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

a un esquema de Empresas Mixtas en asociación con el Estado venezolano. Este proceso de migración se ha llevado a cabo, principalmente en virtud de lo establecido en la Ley de Regularización de la Participación Privada en las Actividades Primarias Previstas en el Decreto N° 1.510 con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos<sup>21</sup> y el Decreto Ley No. 5.200 de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco; así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas.<sup>22</sup>

Todas estas Empresas Mixtas se han creado para llevar a cabo actividades primarias, y por lo tanto, están enmarcadas en el supuesto previsto en el artículo 22 de la LOH<sup>23</sup>. Por lo tanto, ha nacido un grupo de nuevas em-

<sup>21</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 38.419 del 18 de abril de 2006.

<sup>22</sup> Publicado en la Gaceta Oficial N° 38.632 del 26 de febrero de 2007.

<sup>23</sup> *Vid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **IV. LEYES APLICABLES A LAS EMPRESAS MIXTAS DEL ARTÍCULO 22**

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

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

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

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

#### *4.1. Ley Orgánica de la Administración Pública*

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

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

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

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

Empresas del Estado dentro del Capítulo II referido a la Descentralización Funcional<sup>24</sup>, de modo que dependerá de lo que defina esa misma ley por Empresas del Estado, si las Empresas Mixtas del Artículo 22 forman parte de la Administración Pública Descentralizada Funcionalmente.

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

*Artículo 100. Son empresas del Estado las sociedades mercantiles en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere esta Ley, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Otro artículo que es muy relevante es el 106<sup>25</sup> según el cual las Empresas Mixtas del artículo 22 se regirán por la legislación ordinaria, con lo cual este artículo viene a complementar el artículo 33 de la LOH anteriormente comentado.

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

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

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

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

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

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

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

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

Este privilegio fue interpretado por la Sala Constitucional<sup>27</sup> de la siguiente manera:

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

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

<sup>27</sup> Sentencia del 26 de febrero de 2007, caso PDVSA Petróleo S.A.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pensamos que una de las primeras preguntas que se deben hacer los empleados y administradores de las nuevas Empresas Mixtas del artículo 22 es si están sometidos a la vigilancia y control de la Contraloría General de la República, con todas las implicaciones que esto conlleva. De modo que resulta de vital importancia para las Empresas Mixtas del artículo 22 tener una absoluta claridad sobre su sujeción o no a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>28</sup> (“LOCGR”).

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

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

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

<sup>28</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.347 del 17 de Diciembre de 2001.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

4.4. *Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público*  
La Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (“LOAFSP”)<sup>30</sup> posee una redacción más cuidadosa que la contenida, por

<sup>30</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 38.661 del 11 de abril de 2007.

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

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

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

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

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

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

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

A su vez, debemos señalar que la LOAFSP contiene normas que ayudan a construir la competencia de ciertos organismos como la Contraloría General de la República por lo que resulta un tanto extraño que las Empresas del Estado de tercer grado hayan sido excluidas del ámbito de aplicación de la LOCGR pero no de la LOAFSP. Por otro lado, son normas que constituyen restricciones a la libertad y por lo tanto, solamente cuando la restricción es clara y expresamente dirigida a una clase de sujetos puede ser exigida. En ambos casos, las normas de este tipo deben recibir una interpretación restrictiva y la interpretación extensiva o flexible está prohibida<sup>31</sup>.

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

#### *4.5. Ley de Licitaciones*

La Ley de Licitaciones<sup>32</sup>, regula los procedimientos de selección de contratistas que los entes pertenecientes al sector público deben seguir. Establece, por lo tanto, una importante limitación a la capacidad de contratación de los entes regulados por esa ley. Por lo tanto, resulta sumamente importante determinar si esa ley regula a las Empresas Mixtas, toda vez que la conclusión afirmativa implicaría que estas empresas perderían (o más precisamente, no contarían) con la libertad de contratación que poseen las sociedades de derecho privado.

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

#### *Artículo 2*

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

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

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

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

4. *Las Universidades Públicas.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 4.6. *Ley contra la Corrupción*

La Ley contra la Corrupción<sup>33</sup> (“LCC”) es en nuestro criterio una de las leyes más confusas e imprecisas de nuestro ordenamiento lo cual genera muchísimas inquietudes y muy poca seguridad jurídica. En primer término, adelantemos desde ya que resulta sumamente difícil opinar sobre su aplicabilidad a las empresas de tercer grado (y por lo tanto a las Empresas Mixtas del artículo 22), porque la ley carece de una norma que defina su ámbito de aplicación. Ciertamente el artículo 2 establece que “*Están sujetos a esta Ley los particulares, personas naturales o jurídicas y los funcionarios públicos en los términos que en es[a] Ley se establecen*”, pero esta norma no nos responde cual es ese ámbito pues simplemente se limita a referirse en términos genéricos a toda la ley.

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

<sup>33</sup> Gaceta Oficial N° 5.637 Extraordinario del 7 de abril de 2003.

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

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

...

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

#### **Artículo 4**

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

...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

cargo y 30 días luego de su retiro del mismo (Artículos: 23 y 24).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

#### 4.8. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

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

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

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

<sup>36</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.942 del 19 de mayo de 2004.

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

En aquella oportunidad expusimos que la Sala Político Administrativa modificó su criterio inicial según el cual solamente las empresas en las cuales la República tenía una participación directa podían ser demandadas por ante esa Sala<sup>37</sup>. Más adelante, en cambio, la Sala modificó su criterio para extender el concepto de empresas con participación decisiva del Estado, a empresas de segundo grado.<sup>38</sup>

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

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

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

<sup>37</sup> Ver nota al pie N° 10.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 4.9. *Ley de Arbitraje Comercial*

Otro tema de suma importancia lo constituye la aplicabilidad de la Ley de Arbitraje Comercial<sup>39</sup> a los contratos que suscriban las Empresas Mixtas del artículo 22. En muchos casos, los contratistas de Empresas del Estado desean incluir en sus contratos una cláusula de arbitraje, especialmente en aquellos contratos de envergadura y de ejecución prolongada en el tiempo. En este sentido, las Empresas Mixtas del artículo 22 necesitarán contar con una base legal segura para garantizar que las cláusulas de arbitraje que incluyan en sus contratos no serán declaradas nulas o inejecutables en el futuro.

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

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

<sup>39</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 36.430 del 7 de abril de 1998.

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

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

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

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

Las normas de control de cambios incluyen una gran cantidad de disposiciones que constituyen el régimen de control de cambios ordinario aplicable a la generalidad de los entes del sector privado. Igualmente, dichas normas de control de cambios incluyen algunas disposiciones particulares aplicables a los entes del sector público<sup>40</sup> que constituyen el régimen de control de cambios ordinario aplicable a la generalidad de dichos entes, salvo que por vía excepcional estén sujetos a un tratamiento especial en materia cambiaria. Dentro de los entes del sector público que están sujetos a un tratamiento especial en materia de control de cambios se encuentran PDVSA y sus empresas filiales<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Para fines del régimen del control de cambios, los entes del sector público son aquéllos incluidos en el artículo 6 de la LOAFSP.

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

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

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

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

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

<sup>42</sup> Publicado en la Gaceta Oficial N° 38.318 del 21 de noviembre de 2005.

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

Finalmente, las Empresas Mixtas del artículo 22 ya creadas, en virtud de lo establecido en el artículo 33 y siguientes de la LOH, tienen un régimen de cambios especialísimo previsto en el Acuerdo de la Asamblea Nacional que autorizó su creación<sup>44</sup>. Régimen que pudiera cambiar en futuras Empresas Mixtas de así decidirlo la Asamblea Nacional.

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

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

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

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

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

El Acuerdo de la Asamblea Nacional es un acto del poder legislativo nacional que, aun cuando técnicamente no es una ley, tiene el rango y jerarquía de una ley por ser de aplicación directa de la Constitución<sup>45</sup>. Esta interpretación sobre el rango y jerarquía de los acuerdos dictados por el poder legislativo nacional está fundamentada en sentencias de la Corte Suprema de Justicia (y del actual Tribunal Supremo de Justicia)<sup>46</sup>, las cuales han indicado que los acuerdos del Congreso (que era el órgano legislativo nacional de conformidad con la derogada Constitución de 1961) se dictan fundamentándose en los poderes que la Constitución expresa y directamente le confiere a dicho órgano legislativo nacional y que, por ende, poseen el rango y jerarquía de una ley.

Por su parte, los convenios cambiarios, resoluciones del BCV y providencias administrativas de CADIVI son actos administrativos de rango sub-legal. Esta interpretación sobre el rango y jerarquía de los convenios cambiarios ha sido confirmada en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>47</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De conformidad con el término y condición 4<sup>48</sup> del Acuerdo de la Asamblea Nacional:

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

## VI. CONCLUSIÓN

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