

RELANZAMIENTO DE LA ACTIVIDAD ENERGÉTICA EN VENEZUELA PRIMERA ENTREGA MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN DEL SECTOR PRIVADO EN LAS ACTIVIDADES PRIMARIAS (HIDROCARBUROS LÍQUIDOS) JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS*

SUMARIO

I) Consideraciones preliminares. II) Alcance y efectos del Artículo 302 de la CRBV. A) Polémica suscitada. B) Noción de reserva. C) Condicionamiento de la reserva. C.1. Artículo 302. C.1.1. Alcance de la noción, "actividad Petrolera". C.1.2. Rango orgánico de la ley de instrumentación de la reserva. C.1.3. Promoción de la manufactura nacional. C.2. Ratificación y conservación de la estructura corporativa del Holding Petrolero encabezado por PDVSA (Art. 303 CRBV). C.3. Implicaciones derivadas del carácter de bienes del dominio público de los yacimientos de hidrocarburos. C.3.1. Yacimientos. C.3.2. Acto de disposición de la posibilidad de ejercer la actividad reservada. C.3.3. Titularidad del crudo extraído. C.4. Esencia de la reserva. III) Participación privada en la "actividad Petrolera". A) Regulación normativa en la vigente LOH. B) Alternativas de participación del sector privado en la industria Petrolera nacional a la luz de la CRBV. B.1. Consideraciones preliminares. B.2. Algunas modalidades de participación del sector privado en el ejercicio de actividades primarias. B.2.1. Convenios de Asociación. B.2.2. Convenios no asociativos. B.2.2.1. Modalidades de convenios no asociativos. B.2.2.1.1. Experiencias extranjeras. • Estados Unidos Mexicanos. • República Federativa de Brasil. B.2.2.1.2. Propuesta contenida en el ALOH. IV) Conclusiones. V) Bibliografía.

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello; LL.M in Common Law de Georgetown University; Especialista en Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello; Aspirante al título de Doctor en Ciencias Mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela -UCV - (Tesis en elaboración); Profesor de Postgrado de la UCV; Profesor de Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello; Profesor Invitado del IESA; Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Sillón N° 30).

I) CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Por muchos años se ha pregonado en el país la necesidad de alcanzar el tan anhelado propósito de diversificar la economía, de manera que Venezuela deje de ser dependiente de la renta Petrolera, al menos, en los preocupantes niveles que los últimos años registran.

Si bien esa meta ha de ser nuestro desiderátum como Nación, su logro debe partir del reconocimiento de la crisis multifactorial por la que atraviesa el país, escenario bajo el cual no sólo se requieren ingentes recursos para financiar la reactivación integral de la economía, sino un plan viable en el corto plazo para lograrlo.

Frente a esa cruda y difícil situación, una de las opciones más viables, inmediatas y efectivas para salir del marasmo en que se encuentra sumido el país, es la reactivación del sector energético, esto es, el que comprende a los hidrocarburos líquidos y gaseosos, así como a la generación de energía eléctrica.

La magnitud de reservas de hidrocarburos ubicadas en el territorio nacional; la infraestructura instalada con la que cuenta el país en el sector, independientemente de su grado de obsolescencia, estado de mantenimiento y conservación; la experiencia y conocimientos acumulados en el área por más de un siglo; la estratégica ubicación geográfica de nuestro país; las ventanas comerciales aun existentes respecto de esos *commodities* y; la necesidad de explotar la actividad antes de que decaiga en mayor medida la demanda del petróleo y del gas como fuentes energéticas mundiales, ofrecen el escenario natural en el que Venezuela debe actuar con carácter prioritario para alcanzar su reactivación económica y, con ella, la del resto de los ámbitos del acontecer nacional.

La potencialidad que continúa ofreciendo la industria de los hidrocarburos en el país impone pues la mayor de las atenciones por parte

de sus gobernantes, del liderazgo político, de los sectores empresarial y académico, así como de la ciudadanía en general.

A esos fines, debe, sin más retraso, concebirse un plan de acción respecto del campo energético, que pueda instrumentarse tan pronto la situación política y jurídica del país lo permitan, en el que las medidas de corte legal juegan papel fundamental.

En ese contexto, la aprobación de nuevos instrumentos normativos que sustituyan a la vigente Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH)¹ y a la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (LOHG)², entre otros, resulta urgente, como en efecto parecieran haberlo entendido la Asamblea Nacional (AN), Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) y los sectores político, empresarial y académico del país.

Los estudios efectuados sobre el tema a la fecha deben ser aprovechados en aquellos aspectos que se consideren positivos y pertinentes, sin perjuicio, claro está, de que otros especialistas en la materia hagan contribuciones adicionales en el futuro inmediato. De esas propuestas ha de generarse un producto a ser sometido a un amplio e inmediato proceso de consulta nacional dirigido a sentar las bases jurídicas para el inicio de una nueva etapa en el sector energético nacional, capaz de reposicionar a Venezuela en el sitio de excelencia y rentabilidad que ocupaba en el pasado y mucho más.

Entre los planteamientos que en ese sentido han circulado recientemente, se encuentra un anteproyecto de reforma de la LOH emanado de la Comisión Permanente de Energía y Petróleo de la AN fechado 20 de abril de 2020 (ARLOH) y un anteproyecto de Ley Orgánica de Hidrocarburos, igualmente propuesto por dicha Comisión en mayo de ese mismo año (ALOH). Adicionalmente, circuló una presentación elaborada por la Dirección Ejecutiva de Planificación de PDVSA, intitulada “Propuesta de Reestructuración de Petróleos de Venezuela, S.A.”, fechada marzo 2020.

En todos estos planteamientos se reconoce la necesidad de flexibilizar el régimen actualmente imperante en la LOH de 2006, en virtud

¹ Venezuela, *Ley Orgánica de Hidrocarburos*, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.493 del 4 de agosto de 2006.

² Venezuela, *Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos*, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.793 del 23 de septiembre de 1999.

del cual, la intervención del sector privado en el ejercicio de actividades primarias únicamente es posible a través de las llamadas Empresas Mixtas, en las que el Estado de manera directa o indirecta ha de mantener una participación accionarial superior al 50%. En el caso de la propuesta parlamentaria de ARLOH, se propone la posibilidad de una participación estatal minoritaria en aquel tipo de entidades, pero reforzada a través de acciones privilegiadas que garanticen el control del Estado sobre determinados aspectos de su gestión (constitución y liquidación de empresas, venta de bienes, cambio de objeto social, etc.). Por su parte, las propuestas de la estatal Petrolera y de un ALOH planteado por la Comisión Permanente de Energía y Petróleo de la AN, contemplan el ejercicio de las actividades primarias a través de sociedades mercantiles de total propiedad privada.

Con el propósito de contribuir al debate e intentar aclarar desde el punto de vista estrictamente jurídico la viabilidad de tales planteamientos y opciones, procedemos en esta oportunidad a realizar una serie de reflexiones, advirtiendo que las conclusiones a las que aquí se arriba, no implican necesariamente que nos estemos pronunciando en cuanto a la conveniencia de su adopción, en tanto es a otros actores a quienes corresponde decidir las políticas concretas a implementar en el sector. Se trata simplemente de exponer nuestro punto de vista en cuanto al alcance e implicaciones de los artículos 302 y 303 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) y, muy específicamente, en cuanto a las posibles modalidades de participación privada en el ejercicio de la “actividad Petrolera”.

No es posible proseguir con el análisis anunciado, sin antes advertir categóricamente, que ningún esfuerzo dirigido a reactivar al sector energético podrá alcanzar el éxito, si no va acompañado de un ambiente signado por la seguridad jurídica. Quienes tienen a su cargo el ejercicio del Poder Público, deben ceñirse estrictamente al texto de la CRBV. El respeto a la democracia, las instituciones y el derecho en general, son piezas fundamentales para avanzar en la reconstrucción del país. Mientras esas condiciones no estén dadas y, por el contrario, impere la anarquía y el totalitarismo, el crudo que yace en las entrañas más profundas del territorio Nacional, no pasará de ser una estadística que, según se la mire, podría terminar por avergonzarnos por no haberla traducido en

bienestar para nuestra población, quien verá perdida la fortuna que la Divina Providencia tuvo a bien prodigar a esta tierra de gracia.

II) ALCANCE Y EFECTOS DEL ARTÍCULO 302 DE LA CRBV

A) Polémica suscitada

Al plantearse una reforma de la LOH o la sanción de una nueva ley que regule la materia, es indispensable determinar, ante todo, el alcance del Artículo 302 de la CRBV con miras a arribar a una conclusión en cuanto al margen de acción con el que cuenta el Legislador, especialmente en lo atinente a la participación privada en la actividad Petrolera que, valga señalar, ha sido un tema cuyo tratamiento ha estado signado históricamente por el dogmatismo ideológico y político, sin que estemos del todo convencidos de que se hayan explorado debidamente todas las opciones a las que da cabida el texto constitucional vigente.

El Artículo 302 de la CRBV dispone que:

“Artículo 302.-El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad Petrolera y de otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo.” (Negrillas nuestras).

La sola lectura de la primera parte de la precitada norma pone en evidencia la pobre labor cumplida por la Asamblea Nacional Constituyente (ANC99) en una materia tan relevante como la que nos ocupa. La redacción de esta disposición es totalmente confusa, generando por consiguiente altos niveles de inseguridad jurídica, lo que es inaceptable e imperdonable en un país con la tradición Petrolera del nuestro.

Sobre los efectos de la referida norma han surgido diversas posiciones, unas que consideran que simplemente faculta al Estado a instrumentar reservas vía leyes orgánicas, entre ellas, especialmente la que recaiga sobre la “actividad Petrolera” (José Ignacio Hernández y

Carlos Bellorín³ y Sheraldine Pinto⁴), otras, que sostienen que la referida disposición por sí misma supone una reserva sobre ese especial sector de la economía, así como la posibilidad de consagrar otras respecto de industrias, explotaciones, servicios y bienes que se estimen de interés público y carácter estratégico (Allan Brewer Carías⁵, María Amparo Grau⁶, Isabel Boscán de Ruesta⁷, Hildegard Rondón de Sansó⁸, César Mata García⁹, Rafael Badell¹⁰ y Juan Cristóbal Carmona Borjas¹¹). En cualquier caso, en lo que sí coincide buena parte de quienes han estudiado el tema, cualquiera sea la tesis por ellos adoptada, es en las evidentes fallas que al respecto registra el texto constitucional.

Ciertamente, la redacción del Artículo 302 es bastante confusa, lo cual justifica la falta de uniformidad de la doctrina patria en cuanto a su alcance y efectos. Es así como la norma comienza afirmando que, **“El Estado se reserva ... la actividad Petrolera”**, con lo que pareciera cobrar fuerza la segunda postura señalada, pero seguidamente remite a una ley orgánica y alude genéricamente a otras actividades económicas, con lo que pareciera respaldar a la primera posición mencionada.

³ José Ignacio Hernández and Carlos Bellorín, The Case of a new Venezuelan Hydrocarbons Law as the basis of a new hydrocarbons policy: unlocking the path for recovery, stabilization and growth. Oxford Journal of World Energy Law and Business, 2019.

⁴ Sheraldine Pinto Oliveros, “Contrato de Servicios Petroleros e Industria Petrolera”, en: *Régimen Legal de los Hidrocarburos (Coordinador José G. Salaverría)*, VIII Jornadas Aníbal Dominici/Homenaje al Dr. Carlos Eduardo Padrón Amaré, Ab ediciones, Colección Visión Venezuela, 2018, p. 69.

⁵ Allan Brewer Carías, *Crónica de una destrucción*. Colección Centro de Estudios de Regulación Económica. Universidad Monteavila N° 3. Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Monteavila, Caracas, 2018. p.227.

⁶ María Amparo Grau, *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela*, Editorial Texto, C.A., Oxford, 2007 p. 12.

⁷ Isabel Boscán de Ruesta, *La actividad petrolera y la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos*, Funeda, Caracas, 2002, p. 149.

⁸ Hildegard Rondón de Sansó, *El Régimen Jurídico de los Hidrocarburos. El Impacto del Petróleo en Venezuela*, Epsilon Libros, Caracas, 2008, pp. 66 y ss.

⁹ Cesar Mata García, *Manual de Derecho de los Hidrocarburos en Venezuela*, Editorial Arte, Caracas, 2016, p. 91.

¹⁰ Rafael Badell Madrid, “La Constitución Económica” en *Revista BCV XIV I*, Caracas, Venezuela, 2000.

¹¹ Juan Cristóbal Carmona Borjas, *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera*, Volumen I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016, p. 55.

Frente a la referida polémica, pudiera pensarse revelador y útil para disiparla, lo señalado por la Exposición de Motivos de la CRBV, según la cual:

*“Por conveniencia nacional el Estado queda **facultado** para reservarse determinadas actividades económicas, **de manera particular en el sector minero y Petrolero** (...)” (Negrillas y subrayado nuestros).*

Sin embargo, esa misma Exposición de Motivos pareciera contradecir el párrafo antes transcrito, cuando seguidamente establece que:

*“Se le otorga rango constitucional a la nacionalización Petrolera, pero al mismo tiempo establece la posibilidad de continuar en convenios de asociación con el sector privado siempre y cuando sean de interés para el país, y **no desnaturalicen el espíritu, propósito y razón de la nacionalización Petrolera**”. (Negrillas nuestras).*

Es así como, mientras este segundo extracto de la Exposición de Motivos de la CRBV pareciera alinearse con la idea de que la reserva tiene consagración constitucional, el primer párrafo transcrito enfatiza que de lo que se trata es de una facultad conferida en la materia al Legislador.

Por su parte, la Exposición de Motivos de la LOH de 2001 en la que se instrumenta y desarrolla la reserva de la actividad Petrolera, pareciera alinearse con la idea de que la consagración de la reserva es constitucional, cuando dispone que:

*“El Decreto Ley debe ser investido con el carácter de orgánico por expreso mandato del **Artículo 302 de nuestra Constitución, que establece la reserva al Estado de las actividades Petroleras** por razones estratégicas y de conveniencia nacional (...).” (Negrillas nuestras).*

Al respecto vale finalmente traer a colación a la sentencia N° **1892 del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) - Sala Constitucional (SC) del 18 de octubre de 2007 - Recurso de interpretación de los artículos 12, 156 numerales 12, 13, 16 y 32; 179, numeral 2; 180; 183**

numeral 1 y 302 de la CRBV, que se alinea con la posición de que la CRBV simplemente faculta al Legislador, al señalar que:

“(...) al efecto, el artículo 302 del Texto Fundamental es la base que permite al Estado reservarse, mediante ley orgánica respectiva, “la actividad Petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico” (Negritillas nuestras).

A pesar de la evidente confusión que suscita la Carta Magna y que ha profundizado la legislación y jurisprudencia nacional, en nuestra opinión la tesis que más se acerca a la intención del constituyente y terminó plasmada en sus artículos 302 y 303, es la de que la reserva de la actividad Petrolera quedó efectivamente consagrada en el Texto Fundamental. La afirmación anterior puede sustentarse, entre otras muestras, en las siguientes: (i) la mención expresa a esa actividad económica en específico seguida de la mención general hecha respecto del resto de actividades, industrias, bienes y servicios que se estimen en un momento dado de interés general; (ii) el énfasis que hace la Exposición de Motivos en cuanto a la constitucionalización de la nacionalización, que no es otra cosa que una remisión al régimen de reserva implementado con la LOREICH y; (iii) la reafirmación en buena medida de la modalidad de ejercicio de la actividad por parte del Estado a través del Holding Petrolero conformado bajo aquella ley.

A pesar de ser esa nuestra opinión, así como la de la mayoría de la doctrina nacional, reconocemos la razonabilidad que también encierra la posición contraria, esta es, la que considera que el Artículo 302 sólo faculta al Legislador a consagrar una reserva respecto de la actividad Petrolera. En tal virtud, a lo largo del presente estudio no daremos por descartada a esta última postura, aun cuando daremos preeminencia a la primera en cuanto al análisis de sus implicaciones. En cualquier caso, lo que si queda claro es que la confusión que encierra el tratamiento conferido a la materia por la Carta Magna justifica su enmienda. Conscientes de que la materialización de un paso de este tipo encierra actualmente grandes dificultades para su concreción, nos plantearemos el estudio propuesto en el marco de la CRBV vigente.

B) Noción de reserva

A efectos de precisar las implicaciones que supone el controversial Artículo 302 constitucional, debe partirse, ante todo, de la llamada libertad de empresa o libertad económica, que es el derecho fundamental reconocido por la CRBV en su Artículo 112. De acuerdo con esta norma, toda persona puede dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.

La libertad económica se traduce así en el derecho subjetivo de rango constitucional que faculta a los particulares a acceder al mercado de su preferencia, explotar las empresas que han emprendido según su autonomía negocial y a cesar en su ejercicio, cuando así lo decidan.

Este derecho consagrado en el comentado Artículo 112 constitucional, no es absoluto, en tanto es susceptible de ser limitado por la propia Carta Magna o por la ley, por las razones en ella indicadas, que pueden englobarse en la noción de “*interés social*”.

Tal intervención puede llevarse a cabo en diversos grados y a través de técnicas muy distintas de policía administrativa, fomento y servicio público. En ese sentido, también ha sido reconocida una cuarta modalidad, la intervención industrial, esta es, el desarrollo directo de actividades económicas por parte del Estado (proveedor de bienes y servicios, consumidor-usuario o empresario), cuando ello así convenga al interés nacional.

La intervención de la Administración Pública sobre la libertad de empresa, restringiendo el ejercicio de ese derecho, puede ser enfocada a partir de la actividad de ordenación y limitación. En ambos casos, el Estado debe ser facultado constitucional o legalmente a esos fines.

Una clara expresión de la intervención del Estado en la economía la constituye la ordenación y, dentro de ella, la concretada a través de la técnica de la reserva. La reserva es entendida como la técnica más drástica de intervención del Estado, a través de la cual éste asume para sí, la titularidad de determinada actividad económica, excluyendo a los particulares, total o parcialmente, según lo haya decidido la Constitución o precisado la ley.

En las actividades reservadas, señala el jurista José Ignacio Hernández, los particulares no tienen derecho alguno a desplegar su iniciativa: ese derecho debe ser concedido por la Administración, cuando ello haya sido así admitido en el marco de la ley concreta de reserva.

Según Hernández,

“La reserva o publicatio admite dos variantes: cuando el Estado además de reservarse la titularidad de la actividad económica se reserva también su gestión; y cuando la reserva no impide a los particulares intervenir en la gestión de la actividad. En ambos casos el Estado asume como tarea propia la gestión de la actividad reservada, sólo que en el primer supuesto lo hace directamente, mientras que en el segundo lo hace de manera indirecta.

La reserva, (...) no impide en realidad la gestión privada de las actividades afectadas a la publicatio, en tanto esa gestión podrá ser tolerada, principalmente, mediante la técnica concesional. La reserva opera siempre sobre el título habilitante que permite emprender determinada actividad económica, aniquilando la libertad de empresa y con ella la libre competencia. Empero, el derecho de acceso al mercado reservado puede ser tolerado por la Administración a través de la concesión que otorgue a terceras personas tal derecho”¹².

La reserva de actividades implica así, que el objeto de tal medida pasa a ser de **titularidad pública**, por lo cual, la posibilidad para los particulares de intervenir en ella depende del carácter total o parcial de la exclusión consagrada en cuanto a su gestión.

La consecuencia de la reserva, según algunos, es simplemente la prohibición a los particulares de realizar actividades en el área reservada, constituyéndose un monopolio del derecho a su ejercicio a favor del Estado¹³. Sin embargo, insistimos, no toda reserva ha de suponer la gestión de la actividad en términos excluyentes y absolutos en lo que respecta al sector privado.

¹² José Ignacio Hernández, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Colección Estudios Jurídicos N° 83. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006, p. 483.

¹³ Benito Sansó, *Aspectos jurídicos de la nacionalización de la industria del hierro en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana (Colección Monografías Jurídicas N° 8), Caracas, 1977, p. 18.

En ese sentido, la jurista venezolana María Amparo Grau, reconoce dos grandes tipos de reservas, absolutas y relativas, según su gestión sea exclusiva o no por parte del Estado.

*“Como **reserva absoluta** entenderemos aquella en la que la actividad sólo puede ser desarrollada por entes estatales o de la exclusiva propiedad estatal, es decir, que se trata de áreas (...) que sólo podrá[n] ser desarrollada[s] por el propio Estado, a través de su Administración Pública Nacional, o por entes descentralizados empresariales de su exclusiva propiedad o a través de empresas creadas por éstos y de propiedad exclusiva del sector público. En este caso no existe inversión privada en el ente que desarrolla la actividad, por lo cual está fuera totalmente del ámbito de la iniciativa privada”¹⁴ (Negrillas nuestras).*

Por el contrario, señala Grau,

*“La **reserva relativa** se produce cuando la actividad está igualmente fuera del ámbito de la iniciativa privada y libertad económica, pero se admite una participación privada con carácter minoritario (empresa mixta); o la **intervención de entes privados, sujetos a licencia o permiso que les confiere el derecho a realizarla, en un régimen de servicio público o en todo caso de precariedad**”¹⁵ (Negrillas nuestras).*

Dependiendo, claro está, de los términos específicos en que la reserva haya sido consagrada, constitucional o legalmente, la tesis más aceptada es que la reserva relativa admite la gestión indirecta o conjunta del Estado con entes privados, siempre y cuando **no desnaturalice ni altere la publicalización de la actividad reservada** en el sentido de que a través de la gestión indirecta pueda **crearse una nueva propiedad particular**.

Es así como el Legislador más allá de las condiciones que le haya impuesto la Constitución respecto de la regulación de la reserva (Arts. 302 y 303), se encuentra sujeto a las limitaciones que derivan de

¹⁴ María Amparo Grau, *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela. Análisis Normativo*. Editorial Texto, C.A. Oxford, 2007, p. 16.

¹⁵ María Amparo Grau. *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela. Análisis Normativo*, Editorial Texto, C.A. Oxford, 2007, p. 16.

esa institución en si misma considerada. Resulta entonces obvio que de mediar una reserva no puede conferirse a la actividad que constituye su objeto, el mismo tratamiento que reciben aquellas que están amparadas por la garantía de la libertad de empresa.

“La reserva por definición, deriva siempre y en todos los casos en la exclusión del derecho de libertad económica, de manera tal que los particulares no tienen derecho a emprender las actividades que han sido objeto de tales reservas. Asunto del todo distinto es que el Legislador siempre puede permitir que particulares participen en actividades reservadas, pero no en ejercicio del derecho de libertad económica – puesto que, se insiste, tal derecho ha sido eliminado, - sino por el contrario, en el ejercicio del derecho que ha conferido la Administración a través de la concesión”¹⁶.

Queda claro que la reserva no impide *per se* la concurrencia del Estado y los particulares en el ejercicio de la actividad que constituye su objeto. Muestra clara de lo anterior lo representa la concesión como figura a través de la cual el sector privado tradicionalmente participa en el ejercicio de actividades reservadas sin necesidad de asociarse con el Estado, sujeta, claro está, a las reglas establecidas por el Estado con miras a preservar el interés general que justificó la mencionada medida de intervención.

Prevista la reserva de la actividad Petrolera a favor del Estado, sea que se le considere constitucional o legalmente consagrada, surgen varios temas a aclarar, entre ellos, si ésta puede admitir la participación del sector privado y en qué condiciones, temas todos estos que abordaremos a continuación.

C) Condicionamiento de la reserva

Como hemos venido sosteniendo, sea que la reserva tenga consagración constitucional o legal, el Legislador al desarrollar su implementación debe operar respetando, por una parte, las pautas impuestas por la Constitución y, por la otra, las que derivan de la institución misma de la reserva.

¹⁶ José Ignacio Hernández. *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Colección Estudios Jurídicos N° 83. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 264.

Para quienes asumen la posición, según la cual, el Artículo 302 CRBV, únicamente faculta al Legislador a crear y regular la reserva, es decir, que ésta no fue consagrada constitucionalmente, el Legislador podría abstenerse de actuar, dejando que la actividad se desarrolle bajo la premisa de la libertad económica, quedando sujeto su ejercicio al régimen que dicte para regularla (no equiparable al de una reserva). En el marco de esa tesis, también sería posible para el Legislador reservar la actividad Petrolera al Estado, así como otras que considere a ella conexas, complementaria o relacionada. En todo caso, cualquiera sea la actuación que aquél decida adoptar, la segunda parte del Artículo 302 y lo dispuesto en los Artículos 12 y 303 de la CRBV tendrían que ser tenidos en cuenta e insertados en la normativa reguladora de la actividad o que consagre la reserva.

Para quienes consideran que la reserva fue establecida constitucionalmente, a los efectos de concebir una reforma de la LOH o la sanción de una nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos, tocaría descifrar igualmente el impacto que puedan tener los artículos 12, 302 y 303 del Texto Fundamental, así como las implicaciones que la reserva en sí misma supone. Sólo tras esa indagatoria, podrán conocerse las verdaderas posibilidades jurídicas a disposición del Legislador y enfrentar los lastres ideológicos que, en nuestra opinión, sin fundamento aún persisten en la materia.

En concreto, la diferencia que en la práctica termina teniendo la adopción de alguna de las dos tesis aquí planteadas, radica en que, de considerarse la reserva de origen constitucional, el alcance de la noción “actividad Petrolera” cobra especial relevancia como ámbito material mínimo a ser respetado por el Legislador, en tanto que de asumirse el Artículo 302 simplemente lo faculta a consagrar una reserva, aquella noción sería una mera referencia, pudiendo ser reducida a total discreción. En el primer caso, la actividad Petrolera no podría ejercerse bajo las premisas de la libertad económica, en tanto que, bajo el segundo, de no ejercer el Legislador la facultad que le confiere el Artículo 302 -de reservarse la actividad- esta sí podría ejercerse en el marco del referido derecho constitucional.

Dicho lo anterior, de seguidas procederemos a analizar el efecto delimitador de la reserva que deriva de la CRBV.

C.1. Artículo 302

Como fue señalado, en lo que aquí interesa, el Artículo 302 de la Carta Magna al regular a la actividad Petrolera fue bastante parco en cuanto a las condiciones a las que quedaba sujeta la reserva que el mismo consagraba o que facultaba al Legislador adoptar. Al respecto destacan las siguientes consideraciones, límites o fines:

- Relativa a la “actividad Petrolera”;
- Corresponde al Legislador, mediante ley orgánica su instrumentación o consagración, según la posición que se acoja; y
- Debe promoverse la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales.

C.1.1. Alcance de la noción, “actividad Petrolera”

Como hemos señalado, el Artículo 302 de la CRBV se refiere expresamente a la “**actividad Petrolera**”, aun cuando alude también a la posibilidad de consagrar reservas respecto del resto de actividades, explotaciones, industrias, bienes y servicios que el Legislador considere susceptibles de ser reservados, por razones de conveniencia nacional.

El Legislador al establecer el alcance de la noción “actividad Petrolera” en la LOH, pareciera haber adoptado la posición según la cual aquélla ha de entenderse, únicamente, como la referida a los hidrocarburos líquidos en su estado natural, de ahí que, por una parte, a pesar de haber utilizado la palabra “hidrocarburos” en el título que identifica a la ley, haya excluido de su ámbito de aplicación a los hidrocarburos gaseosos, salvo los asociados a la extracción de petróleo y, por la otra, haya incluido en la categoría de “actividades primarias” y respecto de ellas aludido expresamente a su reserva, únicamente a las de exploración de yacimientos, extracción de hidrocarburos en estado natural y su recolección, transporte y almacenamiento inicial, es decir, las que tienen igualmente por objeto al crudo en estado natural (Art. 9). Es de observar que también queda reservado, aunque sin ingresar a la categoría de actividades primarias, el comercio internacional de los hidrocarburos líquidos en estado natural y de los productos derivados que se reserve el Ejecutivo Nacional mediante decreto (Arts. 57 y 58).

Más allá de la reserva de las llamadas actividades primarias, el Legislador procedió también a incluir en la LOH a las actividades dirigidas a la transformación de hidrocarburos líquidos en estado natural (refinación), industrialización de productos refinados, comercio interno de productos derivados (salvo la de los reservados mediante decreto del Ejecutivo Nacional) y a las dirigidas a su almacenamiento, transporte, distribución y expendio. El Legislador no alude respecto de estas actividades a una reserva, por cuanto se limita a supeditar su ejercicio al régimen previsto en la LOH, lo que refuerza la tesis de que al estar dirigidas a la transformación del crudo (refinación) o tener como insumo productos refinados (industrialización) o derivados, se consideran al margen de la reserva constitucionalmente consagrada en materia de “actividad Petrolera”.

Dado el carácter excepcional de la reserva, la norma que la prevé (Art. 302) debe interpretarse literal y restrictivamente, de ahí que cobre fuerza la tesis de que la noción “actividad Petrolera” comprende exclusivamente a los hidrocarburos líquidos en su estado natural (“actividades primarias”). Bajo esta lógica, sin embargo, la refinación pudiera considerarse en un área ambigua, por cuanto tiene por objeto al crudo, solo que va dirigida a su transformación.

Si, por el contrario, se acogiera la postura con acuerdo a la cual la noción “actividad Petrolera” va más allá de las primarias, por lo cual la refinación, industrialización, comercio de derivados y su distribución, almacenamiento y transporte se encuentran sujetas a reserva por efecto del Artículo 302, entonces tendría que admitirse que el Legislador desarrolló la reserva respecto de ellas, de manera más flexible que la adoptada con relación a las actividades primarias, lo que también sería una opción factible. Esta tesis, aunque minoritaria, pareciera haber sido la acogida por algunos, entre ellos, la jurista María Amparo Grau.

Vemos pues, cómo más allá del tema de lo que ha de entenderse por “actividad Petrolera” en lo que respecta a su objeto (crudo en estado natural vs. productos derivados) y a la determinación del origen de las reservas contempladas en la LOH, constitucional o legal, también es importante se precise su alcance material, en tanto sólo así podría darse pleno cumplimiento a la intención del Constituyente al referirse de manera especial a la “actividad Petrolera”.

Como señalamos, el Legislador tiene la facultad de definir el alcance de la reserva, pero de asumirse la posición de que ella fue consagrada constitucionalmente respecto de la “actividad Petrolera”, todas las que encuadren en esa categoría tendrían que someterse al régimen impuesto por el texto constitucional, en tanto que las demás, pudieran ser legalmente equiparadas a las que comprenden aquella noción (reserva) o ser objeto de tratamiento totalmente diferente (regulación). Bajo esa premisa, sería claramente contrario al Texto Fundamental, por ejemplo, no incluir en la ley orgánica de reserva de la “actividad Petrolera” a la explotación de yacimientos de hidrocarburos líquidos, pero sería completamente válido excluir, como en efecto se hizo en la LOH, a las actividades relativas a los hidrocarburos gaseosos no asociados que, obviamente, no pueden considerarse incluidos en la noción de “actividad Petrolera”.

A la luz de aquel criterio, no estaría del todo claro el tratamiento que debe recibir la refinación, por cuanto como hemos señalado y más adelante profundizaremos, si bien ella tiene por objeto crudo en estado natural, su intención es transformarlo en un producto, pudiendo llegar a hacerlo un tercero distinto a quien lo extrajo.

Sería también contrario a la CRBV, que el Legislador al sancionar la ley que regule la reserva de la “actividad Petrolera” contemplara la posibilidad para los particulares, de ejercer “actividades primarias” tramitando únicamente la licencia de ejercicio de actividades económicas expedida por la Alcaldía correspondiente. Por el contrario, sería perfectamente válido que respecto de las actividades industriales se supeditara su ejercicio a la sola obtención de la referida licencia.

Antes de pasar a otro tema, aunque sin entrar en detalles, resulta conveniente alertar adicionalmente acerca de los conflictos que muchas veces suscita el uso indiscriminado por parte del Legislador de nociones como: actividad de hidrocarburos, actividad Petrolera, actividades primarias, actividad de refinación, actividad de industrialización, hidrocarburos, hidrocarburos líquidos, hidrocarburos en estado natural, crudo, crudo mejorado, petróleo y productos derivados, actividades aguas arriba (*upstream*) o aguas abajo (*downstream*), entre otras. Al respecto, advertimos simplemente, la conveniencia de aclarar el significado de estos términos y su adecuada utilización en el texto a ser reformado o el nuevo a ser sancionado por la AN.

Un claro ejemplo de aquel tipo de controversia es la que tradicionalmente se suscita sobre el carácter o naturaleza del crudo mejorado, en cuanto a si continúa calificando como hidrocarburo en estado natural y, las consecuencias que de ello deviene.

Hechas las anteriores consideraciones, en nuestra opinión, la posición que luce más razonable es que la reserva de origen constitucional, circunscrita a la actividad Petrolera, abarca a las que tienen por objeto hidrocarburos líquidos en estado natural (incluido el gas asociado) respecto de las cuales no existe intención de convertirlos en productos o de haberla, ésta se registra respecto del mismo sujeto que extrajo el crudo. En tal virtud, la refinación, la industrialización, el comercio de derivados y su distribución, almacenamiento y transporte que no formen parte de un proyecto verticalmente integrado no están sujetos a reserva de origen constitucional, pudiendo ser objeto de tratamiento distinto a las actividades primarias, entre ellos, el de quedar sujetos a medidas de policía administrativa de menor intensidad que las propias de la reserva (licencias y permisos).

He aquí, sin embargo, un campo para la toma de decisiones por parte del Legislador, el alcance de la noción “actividad Petrolera”, su clasificación y tipo de reserva aplicable a cada una de ellas, así como la delimitación del resto de las actividades que forman parte del sector hidrocarburos que también pueden sujetarse a reserva o simplemente a un régimen regulatorio más flexible y como en ello impacta el que formen parte de proyectos verticalmente integrados.

C.1.2. Rango orgánico de la ley de instrumentación de la reserva

Como hemos venido señalando, el Constituyente encargó al Legislador la implementación de la reserva por él adoptada respecto de la “actividad Petrolera” y las que decida adoptar sobre otras materias. Tal delegación fue condicionada a ser instrumentada a través de “leyes orgánicas”.

En cuanto al rango orgánico de la ley que ha de dictarse para instrumentar la reserva de la “actividad Petrolera”, es un tema que no amerita mayores explicaciones, por cuanto ello resultaba evidente teniendo

en cuenta que para el año 1999 se encontraba vigente la LOREICH que, únicamente podía ser derogada por otra ley de su mismo rango.

En todo caso, esta condición pareciera ser común a cualquier reserva que pretenda implementarse, no sólo porque así se desprende del comentado Artículo 302, sino también, del 203 *eiusdem*, dada la incidencia que tales leyes tendrán en el ejercicio del derecho constitucional de la libertad económica (Art. 112).

C.1.3. Promoción de la manufactura nacional

El segundo párrafo del Artículo 302 de la CRBV dispone que:

“Artículo 302.- (...)

El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo”.

En lo que respecta a dicho párrafo del Artículo 302 surgen dudas en cuanto a la pertinencia de su ubicación, en tanto podría discutirse si se trata de un postulado general o de un mandato referido únicamente a las reservas que tengan por objeto recursos naturales. Partiendo de que es parte integrante del Artículo 302, todo parece indicar que es una meta a cuya consecución el Legislador de la reserva debe contribuir. A ello probablemente obedezcan medidas como las contenidas en los artículos 51 y 52 de la LOH.

C.2. Ratificación y conservación de la estructura corporativa del Holding Petrolero encabezado por PDVSA (Art. 303 CRBV)

De la confusión y dudas que registra el tratamiento conferido constitucionalmente a la actividad Petrolera no escapa el Artículo 303 de la CRBV, así como tampoco la referencia que consideramos a él hace la Exposición de Motivos del Texto Fundamental a los que también ha de tener presentes el Legislador al desarrollar la reserva de la actividad Petrolera.

Establece el Artículo 303 de la CRBV, que:

“Artículo 303.- Por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria Petrolera, exceptuando las de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que haya sido constituida o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A.”.

Por su parte, la Exposición de Motivos, aun cuando sin valor normativo, pero si referencial, dispone adicionalmente que:

*“Se le **otorga rango constitucional a la nacionalización Petrolera**, pero al mismo tiempo establece la posibilidad de continuar en convenios de asociación con el sector privado siempre y cuando sean de interés para el país, y **no desnaturalicen el espíritu, propósito y razón de la nacionalización Petrolera**” (Negrillas nuestras).*

La Exposición de Motivos pareciera referirse fundamentalmente al contenido del Artículo 303 de la Carta Magna, en el que se establece que el Estado ha de continuar ejerciendo la actividad Petrolera a través de un ente de su total propiedad, sea éste PDVSA u otro que la reemplace. Deja, sin embargo, abierta la posibilidad de que continúen constituyéndose filiales, celebrándose asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo del negocio del Holding Petrolero, en las cuales pueda haber participación privada.

La referencia a la “nacionalización” contenida en la Exposición de Motivos, la entendemos hecha al proceso que se concretó con la LO-REICH en 1975 y de la que surgió PDVSA.

Señala Isabel Boscán de Ruesta con relación a lo establecido en la Exposición de Motivos que:

“... lo que adquirió rango constitucional fueron las bases o principios que estableció la Ley de Nacionalización para el ejercicio y administración de la actividad reservada: De una parte, el alcance de la reserva que no fue concebida como un monopolio estatal absoluto y excluyente del sector privado, sino relativo, ya que previó

en su artículo 5° la posibilidad de la participación privada previo cumplimiento de los requisitos establecidos. El propio texto constitucional menciona a las asociaciones estratégicas y otras formas de asociación, que fueron creadas por la aplicación que históricamente se hizo de esa posibilidad, autorizando su utilización para el futuro.

Por otra parte, se le dio rango constitucional al sistema piramidal estructurado por la Ley de Nacionalización para la administración de la actividad reservada (MEM-PDVSA-Filiales), lo cual se evidencia fundamentalmente, cuando consagra la titularidad pública obligatoria de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A... ”¹⁷.

Respecto de lo establecido en la Exposición de Motivos, lo primero que ha decirse es el erróneo uso del término “nacionalización”, en tanto ésta es distinta de la “reserva”. Tal proceder pudo obedecer, sin embargo, a que informalmente ambas nociones siempre fueron utilizadas incorrectamente como sinónimos. Es así como, en el esfuerzo por darle un sentido al texto analizado, por “nacionalización” ha de entenderse “reserva”.

De la Exposición de Motivos puede entonces sostenerse que en el desarrollo de la reserva, debe el Legislador: (i) contemplar la participación indirecta del Estado a través de un ente de su total propiedad, sea éste, PDVSA u otro que la sustituya; (ii) admitir una reserva relativa en tanto se permiten las asociaciones estratégicas, siempre y cuando no la desnaturalicen y; (iii) el ejercicio de la actividad a través de empresas y cualquier otro ente que se constituya como consecuencia de los negocios de PDVSA, dentro de los cuales quedan incluidas las sociedades mercantiles con participación conjunta, pública y privada.

Habrán quienes consideren que la intención del Constituyente al sancionar el Artículo 303 fue la de adoptar el modelo contenido en la LOREICH, no obstante así afirmarlo la Exposición de Motivos de la CRBV, ello no es lo que se depende necesariamente de la norma, ni fue lo que ocurrió con la LOH (2001-2006). Más allá de las imprecisiones técnicas en las que incurre al respecto la Exposición de Motivos

¹⁷ Isabel Boscán de Ruesta, *La Actividad Petrolera y la Nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos*, FUNEDA, Caracas, 2002, p. 149.

(nacionalización) y a lo confuso de su mensaje, aunado a su carácter orientador que no normativo, su interpretación no debe conducir a la posición extrema de que la modalidad de ejercicio de la actividad Petrolera prevista en el Artículo 303 de la CRBV es la misma prevista en la LOREICH y que no puede verse complementada con otras opciones que estime pertinente adoptar el Legislador. Asumir una posición contraria a la señalada rigidizaría de tal forma el ejercicio de la actividad Petrolera, que atentaría contra la razón de ser de la reserva, la conveniencia nacional.

Una actividad como la Petrolera que, es de largo aliento y amerita enormes inversiones, que opera en un mercado caracterizado por la volatilidad y demanda de una considerable participación de la inversión privada extranjera, no puede operar bajo un régimen jurídico carente de flexibilidad, que le impida ajustarse cuando las circunstancias lo demanden. Resulta un contrasentido asumir que el constituyente intervino de forma tal respecto de la actividad reservada, que generó un nivel de rigidez tal que atenta contra la actividad misma y el fin de la institución de la reserva, la conveniencia nacional.

En todo caso, el Legislador al implementar la reserva de la actividad Petrolera debe tener en cuenta lo previsto en el Artículo 303 y lo respecto a él señalado en la Exposición de Motivos de la CRBV, dándoles el peso y valor que corresponde, procurando siempre una interpretación lógica y orientada al fin que se persigue con la reserva.

En nuestra opinión, el Artículo 303 de la CRBV resulta del reconocimiento de un hecho consumado, de una realidad, de una decisión adoptada en el marco de la LOREICH (1975) de llevar a cabo la actividad Petrolera reservada a través de una de las varias opciones en ella previstas, *“indirectamente a través de empresas de total propiedad del Estado”*, capaz de celebrar convenios de asociación estratégica o de otro tipo con entes privados, a lo que el Constituyente (1999) no podía ignorar, pero a lo que además decidió reafirmar.

Esta norma no tiene, sin embargo, por qué asumirse, como una “camisa de fuerza” en cuanto a la modalidad de organización y desarrollo de la actividad Petrolera, sino, únicamente como una condición que debe ser respetada por el Legislador, en el sentido de siempre reconocer, en el marco de la reserva, la intervención indirecta del Estado a través

de una instrumentalidad de su total propiedad. Sería así inconstitucional una ley orgánica de reserva de la “actividad Petrolera” en la que no se contemple el ejercicio de actividades primarias a través de PDVSA o de la instrumentalidad que la sustituya. Sería por su parte, totalmente válido, que aquella modalidad de ejercicio de la actividad concurriera con otras que, como más adelante sostenemos, involucren a los particulares, incluso, sin necesidad de asociarse con el Estado.

Respecto de este tema vale observar que, si a la luz de la LOH, actividades como la refinación, la industrialización y el comercio de derivados, propias del objeto social de las entidades que conforman al Holding Petrolero, aunque no reservadas, han sido ejercidas directamente por entes privados, el Artículo 303 no tiene por qué conducir a la conclusión de que respecto de actividades primarias no pueda ocurrir lo mismo. Lo anterior lo reafirma el caso de la refinación, que bajo la LOREICH se encontraba reservada y pasó a no estarlo bajo la LOH de 2001, medida esta que nunca fue considerada violatoria del Artículo 303 de la CRBV.

Otro cambio notable que al respecto puede reseñarse, es que bajo la LOREICH no estaba planteada la participación privada en las filiales de PDVSA (operadoras 100% de su propiedad), lo que sí está previsto en el comentado Artículo 303 constitucional. Con ello, simplemente queremos poner en evidencia, como en la práctica aquella norma no ha sido instrumentada como un calco de lo previsto en la LOREICH.

C.3. Implicaciones derivadas del carácter de bienes del dominio público de los yacimientos de hidrocarburos

Ya hemos hecho referencia a los dos primeros extremos que han de ser respetados por el Legislador al desarrollar la reserva (noción de actividad Petrolera y la actuación del Estado a través de PDVSA), corresponde en esta oportunidad analizar el impacto que puede tener en su labor legislativa, específicamente, en la adopción de determinadas modalidades de participación privada en el ejercicio de las actividades primarias, el carácter de bienes del dominio público de los yacimientos. Al respecto es necesario precisar: (i) a quién pertenecen los yacimientos; (ii) si es factible realizar actos de disposición respecto a la posibilidad

de ejercer la actividad reservada que tiene por objeto la exploración y explotación de los yacimientos y; (iii) a quién corresponde la titularidad del petróleo extraído de los yacimientos.

C.3.1. Yacimientos

Uno de los grandes temores que tradicionalmente ha existido respecto del otorgamiento de concesiones para la explotación de recursos naturales, lo constituye el eventual reconocimiento de derechos reales inmobiliarios respecto de los concesionarios. Tal inquietud debe evaluarse a la luz del Artículo 12 de la CRBV, según el cual, los yacimientos pertenecen a la República y califican de bienes del dominio público, resultando, por tanto, inalienables, inembargables e imprescriptibles, es decir, ajenos al tráfico jurídico. No es posible, sin violentar al Artículo 12, celebrar actos jurídicos que supongan la disposición o afectación de los yacimientos. Cualquier paso en ese sentido estaría viciado de nulidad absoluta. En ese contexto, la pregunta a formular es si la concesión contraviene o no a dicha norma.

De conformidad con el artículo 12 constitucional, todos los yacimientos son bienes del dominio público. Esto implica que son bienes propiedad de la República que no pueden ser enajenados o gravados. Con lo cual, el uso que de ellos se haga por parte de terceros requiere de un acto que traslade ese derecho, lo que puede concretarse a través de un contrato¹⁸.

Según José Ignacio Hernández, la concesión en el ámbito de las actividades económicas solo puede ser empleada, válidamente, como título jurídico que confiere el derecho a explotar actividades reservadas por Ley al Estado, precisamente porque respecto de estas actividades los particulares no son titulares de derecho alguno, no pudiendo ser destinatarios de permisos o licencias.

“... desde el Derecho Administrativo, existe una teoría unitaria de la concesión, que la concibe como el título jurídico a través de la cual la Administración transfiere a un sujeto el derecho a realizar

¹⁸ Cfr.: Héctor Turuhpial, *Teoría general y régimen jurídico del dominio público en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2008, pp. 134 y ss.

determinada actividad. Es ese carácter traslativo el que caracteriza la concesión, y el que la diferencia de otros títulos como la autorización...

“Bajo estos postulados los derechos que son trasladados por la concesión pueden tener como destinatario tanto a las Administraciones Públicas distintas de aquella ‘titular’ de la actividad como a los particulares. En el primer caso estaremos ante una concesión intradministrativa, en el segundo, ante una concesión administrativa. La principal diferencia es que, en el primer supuesto, la concesión se caracteriza por carecer de las potestades usualmente asociadas a la concesión administrativa, pues, en definitiva, la gestión sigue estando en manos de la Administración”¹⁹.

La posibilidad de que respecto de la exploración y explotación de recursos naturales propiedad de la Nación puedan otorgarse concesiones, lo aclara de manera contundente el Artículo 113 de la CRBV cuando señala que:

“Artículo 113.- (...)

Cuando se trate de la explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público”
(Negrillas nuestras).

Por otra parte, la SC del TSJ al pronunciarse en sentencia N° 1520 del 6 de diciembre de 2000, señaló en materia de minas, lo que es igualmente aplicable a yacimientos de otro tipo, incluidos los de hidrocarburos, que:

*“... no existen derechos de propiedad de los particulares sobre éstas, dado que **todos los yacimientos minerales de cualquier clase son bienes del dominio público, propiedad de la República**, tal como lo prevén los artículos 12 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 2° de la Ley de Minas (...). **De allí***

¹⁹ José Ignacio Hernández, Ob. cit., pp. 637-638.

que su explotación sólo puede hacerse previa la obtención de la respectiva concesión. Al ser del dominio público y, por tanto, inalienables, no son susceptibles de ser propiedad particular” (Negras nuestras).

Deja claramente sentado el Máximo Tribunal que es perfectamente posible el otorgamiento de concesiones dirigidas a la exploración y explotación de los yacimientos a que se refiere el Artículo 12 constitucional, incluidos los de hidrocarburos, muestra de lo cual lo representa el caso de los hidrocarburos gaseosos no asociados, respecto de los cuales la participación privada vía licencias está legalmente contemplada.

Si bien el Artículo 113 constitucional no se refiere al caso de explotación de recursos naturales sujetos a reserva, la doctrina nacional citada y la jurisprudencia de la extinta CSJ reconocen claramente a la concesión como el mecanismo de participación del sector privado a tales fines y en ese escenario. No existiendo prohibición expresa al respecto en la CRBV respecto de la actividad Petrolera puede sostenerse que, ni el carácter de bienes del dominio público de los yacimientos Petroleros, ni la reserva que sobre su exploración y explotación exista, son factores que individual o conjuntamente impidan jurídicamente el otorgamiento de concesiones.

La sentencia dictada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fecha 18 de junio de 1998, en el caso de AVENSA, con ponencia de la Magistrada Hildergard Rondón de Sansó, se sostuvo que:

“En el caso presente, emerge que, la actividad aeronáutica es un servicio público, por calificación expresa de la Ley, pero no así una actividad reservada al Estado. Incluso, es posible dentro de un sistema de reserva (siempre y cuando no lo impida en forma expresa una norma, como fuera el caso de la industria de los hidrocarburos) que el Estado otorgue concesiones a varias empresas, lo cual las va a colocar entre sí en condiciones de competencia. En efecto, las nociones de libertad económica y reserva al Estado no resultan excluyentes entre sí, lo que sucede es que, cuando existe una ‘reserva’ en los términos señalados se afecta uno de los atributos de la libertad económica como lo es la posibilidad de libre competencia, es decir, de acceder al ejercicio de la actividad.

Una vez levantada dicha limitación en virtud del otorgamiento de una concesión, nada autoriza a deducir que la libertad económica del sujeto así habilitada, haya sido destruida, y vaciada de contenido en forma general. Ciertamente, no puede negarse que el ejercicio de una actividad reservada al Estado por parte de un concesionario normalmente viene asociada a un conjunto de regulaciones sobre la materia a las cuales debe ajustarse dicho ejercicio, pero, de la misma forma no puede desconocerse que tales limitaciones no son absolutas. En efecto, en cuanto constituye una limitación a derechos constitucionales, es necesario deducir que la reserva sólo afecta a los aspectos por ella regulados”²⁰.

Si bien con la concesión ciertamente nace un derecho real administrativo inmobiliario, no menos cierto es como señala Enrique Silva Cimma, no se trata de un derecho real de uso como al que se refiere el Código Civil, en tanto se trata de un derecho precario, entre otras razones por ser susceptible de ser revocado. Es además un derecho que no supone propiedad sobre el yacimiento sino la posibilidad de su explotación y explotación.

Se trata así de un derecho que tiene como contrapartida una serie de obligaciones (inversiones, realización efectiva de la actividad, etc.), está sujeto a controles y directrices del concedente y es temporal. Tal derecho no es susceptible de libre disposición por parte de su titular²¹.

C.3.2. Acto de disposición de la posibilidad de ejercer la actividad reservada

Dado el carácter de los yacimientos, así como por la reserva de la actividad, no es posible partir de la premisa del derecho a la libertad económica, sino de la necesidad que tienen, incluso las empresas creadas por el Estado, de ser habilitadas para el ejercicio de la actividad.

²⁰ Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 375 del 18 de julio de 1998, Aerovías Venezolanas, S.A. (AVENSA) v. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones). Disponible en: http://estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/221.htm - Consultada en fecha 24 de mayo, 2020.

²¹ Cfr. Juan Cristóbal Carmona, *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela*. Tomo I. Caracas, 2016, Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Asociación Venezolana de Derecho Tributario, p. 85.

Mediando la reserva de la actividad por parte del Estado (República), es necesario, un mecanismo de habilitación o transferencia para que un sujeto de Derecho distinto de aquél, pueda ejercerla, incluso en aquellos casos en que los que pretenda llevarla a cabo un ente descentralizado funcionalmente de la Administración Pública Nacional, como son los casos de las empresas del Estado (PDVSA Petróleo, S.A.) y de los Institutos Autónomos (como lo fue en sus inicios la CVP).

Las habilitaciones pueden adoptar diversas modalidades, dependiendo del grado de severidad, control o alcance que pretenda dárseles y de quien sea su destinatario. Entre esas fórmulas la doctrina reconoce a unas de carácter bilateral y, a otras, de orden unilateral.

Independientemente de la modalidad adoptada por el Estado para ejercer indirectamente la actividad reservada, sean éstas, empresas de su total propiedad (PDVSA), filiales de ésta (PDVSA Petróleo, S.A. – CVP) o Empresas Mixtas, se requiere de un acto mediante el cual la República las habilite a llevarlas a cabo.

La posibilidad de ejercer actividades primarias se concreta bajo la vigente LOH mediante decretos de transferencia. En el contexto de la reserva, esa transferencia, no es susceptible de actos de disposición, al menos, sin la intervención contralora de la AN. Sin embargo, en flagrante violación del ordenamiento jurídico venezolano ello ha venido ocurriendo en el sector aurífero, respecto del cual media una reserva muy parecida a la aquí comentada (Caso de la PDVSA Industrial, S.A. y Empresa Nacional Aurífera, S.A.).

Históricamente, dada la pertenencia de los yacimientos a la República y a su más reciente expresa calificación como bienes del dominio público, el ejercicio de la actividad Petrolera, mediando o no reserva, ha estado sujeta a actos administrativos: la “asignación” prevista en la LH67 y que se consideró ratificada implícitamente en la LOREICH (“atribución - asignación”) y, la “transferencia”, a que alude la LOH desde 2001.

En el Artículo 3 de la LH (1967), coexistían la asignación y la concesión, concretándose aquélla por vez primera a raíz de la creación de la Corporación Venezolana de Petróleo (CVP) en 1960 y la segunda respecto de las empresas privadas nacionales o extranjeras.

*“... la asignación, es definida por uno de nuestros profesores de Derecho Minero como aquella figura de derecho público, en virtud de la cual y mediante la aprobación del Congreso Nacional, se efectúa la **transferencia de derechos reales de exploración y explotación de hidrocarburos a entes públicos en áreas determinadas, pero sin que tales derechos puedan ser luego enajenados, gravados o ejecutados**”²². (Negrillas nuestras).*

La asignación de la LH67 pudiera considerarse el antecedente de lo que bajo la LOREICH se llamó “Atribución” (art. 6. Base Primera) y en la LOH “Decreto de Transferencia” (art. 24), con la diferencia de que la LOREICH sólo aludía explícitamente a la atribución respecto de entidades totalmente propiedad del Estado, en tanto que la LOH alude a la transferencia respecto de las empresas operadoras, noción esta que comprende tanto a empresas total propiedad del Estado como a Empresas Mixtas. En la práctica, sin embargo, en el caso de las Empresas Mixtas, tal transferencia se ha venido concretando en la CVP (socia mayoritaria).

Bajo el régimen previo a la LOREICH era posible el otorgamiento de concesiones, por ende, el ejercicio por parte de particulares de las actividades Petroleras. Conjuntamente a la concesión existió la figura de la asignación de derechos a entes estatales (CVP), a los que se reconocía la transferencia de derechos del dominio privado de la Nación, la exploración y explotación de yacimientos. En el caso de la asignación, no era posible realizar actos de disposición ni ser aquellos objetos de ejecución (art. 3 LH), como sí era posible respecto de las concesiones (art. 3 LH).

En cuanto a la LOH, específicamente en su Artículo 24, esta alude al dictado por parte del Ejecutivo Nacional de un decreto de transferencia del ejercicio de las actividades primarias. Es así como de acuerdo con esta norma:

Artículo 24.-El Ejecutivo Nacional mediante Decreto podrá transferir a las empresas operadoras, el derecho al ejercicio de las

²² José Román Duque Sánchez, *Manual de Derecho Minero Venezolano*. UCAB. Tercera Edición. Caracas, Editorial Sucre, 1974, p. 269.

actividades primarias. Asimismo, podrá transferirles la propiedad u otros derechos sobre bienes muebles o inmuebles del dominio privado de la República, requeridos para el eficiente ejercicio de tales actividades. El Ejecutivo Nacional podrá revocar esos derechos cuando las operadoras no den cumplimiento a sus obligaciones, de tal manera que impida lograr el objeto para el cual dichos derechos fueron transferidos” (Negrillas nuestras).

Insistimos que el derecho que se transfiere con ocasión del decreto al que alude el Artículo 24 *eiusdem* es el del ejercicio de una actividad industrial-comercial que, es cosa distinta a un derecho real sobre los yacimientos, lo que sí está prohibido dado el carácter de bienes del dominio público que a ellos atribuye el Artículo 12 de la CRBV.

Como también señalamos, en el caso de las concesiones se habilita al ente privado al ejercicio de la actividad reservada lo que encierra el nacimiento de un derecho real inmobiliario, que tampoco es susceptible de actos de disposición ni se traduce en propiedad alguna sobre los yacimientos.

C.3.3. Titularidad del crudo extraído

Finalmente, el crudo extraído, excluido el que el Ejecutivo Nacional decida recibir como regalía en especie, pertenece a las operadoras que lo extraen, aunque en algunos casos en condiciones precarias (Ej. obligatoria venta por parte de las empresas mixtas – Art 57 LOH).

Debe tenerse presente que lo que califica como bienes de dominio público conforme al Artículo 12 de la CRBV son los yacimientos que es cosa distinta del crudo extraído.

“... los yacimientos de hidrocarburos no son otra cosa que la concentración que de dicho recurso orgánico se registra en los poros de rocas subyacentes en el suelo, que con el tiempo y otros factores (temperatura y presión) migran a lo largo de dichas rocas permeables hasta quedar atrapados en lugares de confinamiento. De ahí su denominación de yacimientos, porque yacen al quedar confinados entre barreras impermeables. Mientras los hidrocarburos se encuentran formando parte de un yacimiento pertenecen a la República y califican como bienes del dominio público de

la Nación. Una vez extraídos, pierden aquel carácter y su titularidad dependerá del esquema de explotación adoptada por el Estado... ”²³.

Partiendo de lo anterior, lo que es realmente relevante desde el punto de vista jurídico a la luz del Artículo 12 de la CRBV es que el ejercicio de actividades que tenga por objeto la exploración y explotación de yacimientos, estén o no reservadas, no contravenga la condición de bienes del dominio público que aquéllos tienen, por ende, su condición de bienes imprescriptibles, inembargables, inalienables, no sujetos a tráfico jurídico.

El destino y tratamiento que se decida conferir al recurso natural extraído obedece más a razones de política económica que jurídicas. Las inquietudes o argumentos en virtud de los cuales tradicionalmente se ha restringido la participación privada en el ejercicio de actividades que tienen por objeto yacimientos mineros o de hidrocarburos, que incluso han llegado a rechazar figuras como la concesión, no tienen hoy día porqué ser motivo de preocupación desde el punto de vista jurídico, en la medida en que se instrumenten adecuadamente.

En otros países en los que también existen reservas a favor del Estado en materia de hidrocarburos, los textos constitucionales han previsto la posibilidad de que el Estado dé cabida al sector privado para el ejercicio de la actividad por diversas vías, entre ellas, la celebración de contratos (concesiones).

En el caso venezolano, si bien es cierto que, el Artículo 302 de la CRBV no abre explícitamente las puertas a ese tipo convenciones, más allá de las asociaciones estratégicas, tampoco les cierra el paso, por lo que pareciera que opciones contractuales o administrativas como las implementadas en aquellos países no tienen por qué considerarse *per se*, contrarias a la esencia de la reserva, ni excluidas del mundo jurídico Petrolero nacional.

Mientras se cumplan los extremos a los que nos hemos referido, no encontramos razones jurídicas que constitucionalmente impidan en el ejercicio de actividades primarias la participación del sector privado, no sólo como socio mayoritario en empresas constituidas con el Estado,

²³ Ob. Cit. Juan Cristóbal Carmona, pp. 54 y 55.

sino también, de manera individual, sin necesidad de que medie asociación con éste, aunque si, ciertos mecanismos de control.

C.4. Esencia de la reserva

Cualquiera sea la modalidad bajo la cual pretenda el Legislador instrumentar la participación privada en el ejercicio de la actividad reservada, esta debe respetar la esencia de la reserva, no siendo posible desnaturalizarla. Es así como no puede implicar el ejercicio de la actividad en condiciones de plena libertad económica. Su ejercicio debe siempre orientarse a lo que convenga a la Nación, para lo que el Estado debe garantizarse ciertos controles previos, concomitantes y posteriores. Adicionalmente, no deben generarse a favor del particular derechos de libre disposición.

III) PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA “ACTIVIDAD PETROLERA”

A) Regulación normativa en la vigente LOH

Como hemos venido señalando, uno de los temas que mayor controversia ha generado el ejercicio de la actividad Petrolera a lo largo de los más de cien años que tiene Venezuela como país productor, es el relativo a los roles que en ella corresponden al Estado y a los particulares.

El régimen jurídico relativo a la titularidad de los hidrocarburos y el ejercicio de todas y cada una de las actividades que supone su explotación han pasado por diversas etapas. Actualmente con fundamento en lo previsto en la CRBV es la LOH la que desarrolla y regula la materia. Es así como su Artículo 22, dispone en cuanto al ejercicio de las actividades primarias lo siguiente:

“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%) de 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” (Negrillas nuestras).

En cuanto al ejercicio de “actividades primarias”, las llamadas Empresas Mixtas representan la única vía de participación del sector privado prevista por la LOH. Respecto de ellas fue adoptada como política de Estado por parte del para entonces Presidente de la República Hugo Rafael Chávez Frías²⁴, la participación de PDVSA a través de la CVP en un 60% de las acciones. Existen, sin embargo, aproximadamente nueve (9) entidades en las que el Estado tiene una participación accionarial superior, en tanto que en otras pocas ésta oscila entre el 50,01% y el 59,9%.

No es necesario entrar en detalles en cuanto a cuáles han sido los resultados del modelo adoptado, basta con señalar que si bien son diversos los factores que han conducido al vergonzoso desempeño de la Industria Petrolera Nacional en lo que va del Siglo XXI, parte de ese resultado es producto precisamente del régimen bajo el cual se ha permitido la participación del sector privado en el ejercicio de la actividad Petrolera, razón por la cual, se ha convertido en un clamor nacional su pronta revisión y ajuste, claro está, dentro de las posibilidades que la vigente CRBV permite.

B) Alternativas de participación del sector privado en la industria Petrolera nacional a la luz de la CRBV

B.1. Consideraciones preliminares

La extrema cautela que ha existido en el país respecto a la participación privada en el sector Petrolero pareciera tener su origen en las experiencias registradas desde que la Corona Española se reconoció titular de los yacimientos minerales no metálicos de sus colonias, entre ellas, la Capitanía General de Venezuela (Ordenanza de Minería para la Nueva España de 1783 y Real Orden de 1784), a las que se unieron las generadas durante el período gomecista bajo la llamada “Danza de las

²⁴ No consta en instrumento normativo alguno.

Concesiones” en materia de hidrocarburos y a los conflictos impositivos protagonizados a mediados del Siglo XX por parte de las concesionarias transnacionales, que se tradujeron en un “sentimiento antiimperialista” que aun hoy día es enarbolado como bandera por buena parte de la dirigencia nacional.

Tras aquel cúmulo de vivencias, la política de no más concesiones fue elevada al rango de principio por Juan Pablo Pérez Alfonzo en 1946 y llegó a convertirse en política con el apoyo de un Congreso plural.

A partir de 1958, el Gobierno Nacional postuló como lineamiento general en materia Petrolera la de ‘no más concesiones’ y como justificación se argumentaba que la concesión era una etapa superada y que no resultaba adecuada para el desarrollo de nuestra industria básica²⁵.

Con la reforma parcial de la Ley de Hidrocarburos del 7 de agosto de 1967 se cerró expresamente el paso a nuevas concesiones, entre otros fines para no continuar reconociendo derechos reales sobre los yacimientos explorados y explotados por particulares.

Aquella política, tras la extinción de las concesiones que habían sido otorgadas antes de la referida Ley de Hidrocarburos de 1967, condujo posteriormente a la nacionalización Petrolera en 1975 (LOREICH) que, como cualquier otra, como bien señala Eduardo Novoa Montreal, tuvo “(...) su origen y fundamento en una determinada **concepción política-económica**, fuera de la cual es imposible siquiera imaginarla”.

En esa misma línea reconoce el jurista venezolano, Román José Duque Corredor que la nacionalización:

“(...) responde a conductas determinadas por pensamientos ideológicos acerca de la actividad económica. Por ello, la nacionalización no podrá estar exenta de un contenido ideológico y, sobre todo, dependerá siempre de definiciones políticas sobre la organización económica de un país concreto, o en relación a los cambios que han de imponerse para alcanzar el desarrollo”²⁶ (Negrillas nuestras).

En lo jurídico, con la reserva, los modos de aprovechar, explotar e industrializar los recursos naturales estratégicos quedan sometidos a

²⁵ Román José Duque Corredor, *El Derecho de la Nacionalización Petrolera*. Colección Monografías Jurídicas N° 10. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1978, pp. 14 y 15.

²⁶ Román José Duque Corredor, Ob. cit., p. 19.

una regulación especial destinada a respetar el carácter de bienes del dominio público de los yacimientos y a proteger su explotación, dada su importancia estratégica y económica para el Estado. En lo que respecta a las modalidades de instrumentación de la nacionalización, también aplicable a la reserva, como señala Duque Corredor, éstas deben salvaguardar su esencia, esto es, el monopolio del Estado. En ella deberán definirse (...) **las posibilidades de que entes privados participen o no en la actividad y la medida de su participación**²⁷. El régimen regulatorio que a esos fines se establece ha de obedecer a premisas ideológicas compatibles con el régimen jurídico imperante. Cualquiera éstas sean, siempre deben ser dictadas en función de la conveniencia nacional, pudiendo ser tantas como el ordenamiento jurídico lo permita y la figura de la reserva admita.

Reiteramos que el Artículo 302 de la CRBV dio un margen de acción bastante amplio al Legislador a efectos de la instrumentación de la reserva, mucho más que su equivalente en la CN61 (Art. 97) que, podía sostenerse, condicionaba la modalidad de la reserva al aseguramiento del control estatal respecto de la industria básica pesada de ella resultante, lo que no ocurre tan claramente en la CRBV.

Quizá, como hemos señalado, la única orientación finalista que la instrumentación y/o adopción de la reserva de la actividad Petrolera deba perseguir la encontramos en la parte final del Artículo 302 constitucional, según la cual, *“El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo”*.

En aquel contexto, el Legislador Habilitado dicta en 2001 el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH) en cuya Exposición de Motivos señaló:

“La seguridad de la Nación es competencia y responsabilidad del Estado se fundamenta en su desarrollo integral. En Venezuela, en la actualidad, el desarrollo nacional como pilar fundamental de la seguridad, tiene como base principal de sustentación los recursos

²⁷ Cfr. Román José Duque Corredor, Ob. cit., p.19.

de hidrocarburos. El aprovechamiento integral de esos recursos requiere de una ley que le garantice a la Nación venezolana la optimización de su industria Petrolera dentro de los parámetros de explotación racional, garantía de justos ingresos fiscales, conservación del recurso, contribución al desarrollo social y protección del ambiente, acciones todas que coadyuven a fortalecer y garantizar nuestra seguridad”.

Concretamente en lo atinente a la participación privada en el ejercicio de las actividades reservadas, continúa señalando la referida Exposición de Motivos que:

“El Estado podrá realizar las actividades reservadas directamente o por medio de empresas de su exclusiva propiedad, o en determinadas circunstancias por empresas mixtas en las cuales posea una participación mayor del cincuenta por ciento (50%) del capital social. Esta forma de actuar obliga al Estado a intervenir directamente en el negocio, superando el rol de simple recaudador de renta que tuvo hasta el momento de la nacionalización, además, le permite mantener un control real y le otorga poder decisorio en todos los negocios y operaciones de las empresas que actúan en actividades reservadas, más allá de otras fórmulas, como el de la acción privilegiada que solio confiere derecho a voto para ciertas decisiones determinadas”.

En la adopción de aquel esquema de ejercicio de las actividades reservadas pareciera haber pesado más factores ideológicos, políticos y de visión del negocio que uno de carácter jurídico. Al efectuar esta afirmación no estamos pronunciándonos acerca de la pertinencia del proceder del Legislador Habilitado, simplemente queremos poner el énfasis en la naturaleza de las razones a las que obedece el modelo adoptado y destacar que no parecieran ser mandatos jurídicos los que conducen a él o los que pueden impedir sean otros los que puedan instrumentarse.

B.2. Algunas modalidades de participación del sector privado en el ejercicio de actividades primarias

Como hemos señalado, la CRBV es explícita al consagrar la posibilidad del ejercicio de la “actividad Petrolera” a través de “asociaciones estratégicas” y de empresas que se constituyan en el marco del

desarrollo del negocio de PDVSA (Art. 303). La Exposición de Motivos de la Carta Magna ratifica, además, tales opciones al referirse a la celebración por parte del Estado de “convenios de asociación con el sector privado”. Si bien a ellos alude expresamente el texto constitucional, no deben necesariamente asumirse como las únicas opciones con las que cuenta el Legislador al momento de definir el régimen de ejercicio de la actividad Petrolera en Venezuela por parte del sector privado.

En todo caso, comenzaremos por referirnos a las figuras contractuales que suponen asociación con el Estado, a las que alude expresamente la CRBV, para posteriormente hacer referencia a las que escapan de esa modalidad con miras a determinar si encuentran cabida en el modelo de reserva planteado por el Texto Fundamental.

B.2.1. Convenios de Asociación

Como hemos señalado, el Artículo 303 de la CRBV alude al ejercicio de la actividad Petrolera por parte del Estado a través de PDVSA, sus filiales y **las asociaciones estratégicas o demás empresas creadas a esos efectos**. Lo anterior, aunado a lo señalado en la Exposición de Motivos del Texto Fundamental, da claramente a entender la posibilidad que existe de que el Estado, directa o indirectamente, se asocie con entes privados para el ejercicio de la actividad reservada.

A los fines que aquí nos hemos propuesto, resulta pertinente remontarnos a la derogada LOREICH, por a ella parecer remitir la Exposición de Motivos de la CRBV cuando señala que la “celebración de los convenios de asociación con el sector privado será posible, siempre y cuando sean de interés para el país, y no desnaturalicen el espíritu, propósito y razón de la nacionalización Petrolera”.

En cuanto a las modalidades de ejecución de aquellas actividades, el Artículo 5° de la LOREICH disponía que:

“Artículo 5.- El Estado ejercerá las actividades señaladas en el artículo 1° de la presente Ley directamente por el Ejecutivo Nacional o por medio de entes de su propiedad (...).

*En casos especiales y cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional o los referidos entes podrán, en ejercicio de cualesquiera de las señaladas actividades, **celebrar convenios***

de asociación con entes privados, con una participación tal que garantice el control por parte del Estado y con una duración determinada (...)” (Negrillas nuestras).

La reserva de las actividades establecidas en la LOREICH admitía expresamente la intervención de los particulares, supeditada, eso sí, a que mediara siempre su control por parte del Estado. Tal condición se alineaba con lo dispuesto por el Artículo 97 de la CN61²⁸ en cuanto al ejercicio de esa potestad por parte del Legislador. Se daba cabida así, con fundamento en el Artículo 5° de la LOREICH, a los llamados **convenios de asociación**, cuyo significado suscitó gran polémica en cuanto a las modalidades de su celebración y condiciones dirigidas a garantizar el control estatal.

No obstante que la CRBV utiliza el término “asociaciones estratégicas”, la LOH contempló la participación del sector privado únicamente a través de las Empresas Mixtas que, como de seguidas veremos, es tan sólo una de las varias modalidades bajo las cuales es posible concretar un convenio de asociación. Se confirió así a la materia un tratamiento más rígido que el otorgado por su predecesora (LOREICH).

Se dice que hay “asociación” siempre que varias personas aparecen jurídicamente unidas para un fin común. La asociación tiene por efecto producir, mediante la concentración, el crecimiento de las fuerzas individuales y, por consiguiente, la posibilidad de conseguir un resultado que de otra manera sería irrealizable o, por lo menos, conseguirlo con más eficiencia y facilidad.

El hecho asociativo puede cristalizarse a través de un contrato in-nominado en cuya virtud las partes convienen en establecer un régimen que regule sus relaciones y permita la utilización y destino de recursos humanos y materiales al fin común que los ha llevado a asociarse. Este contrato tiene similitud con lo que sería la figura de la inversión conjunta, que no implica la creación de una nueva persona jurídica, pero sigue siendo una asociación. La asociación puede, por tanto, suponer

²⁸ Venezuela, *Constitución de la República de Venezuela* del 23 de enero de 1961. Artículo 97.- (...) “El Estado podrá reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional, y propenderá a la creación y desarrollo de una industria básica pesada bajo su control (...)”

la creación de una entidad jurídica distinta de la de los asociados, caso típico de la sociedad mercantil bajo la forma de compañía anónima, como puede no implicar el nacimiento de un nuevo ente dotado de personalidad jurídica.

Las asociaciones sin personería jurídica consisten, así, en contratos innominados, contratos carentes de rasgos precisos, que el legislador o la doctrina haya identificado con plena exactitud y certidumbre, de allí la legítima tendencia a definir esos rasgos con base en los que identifican a dos figuras jurídicas bastante semejantes como lo son las sociedades de hecho y los consorcios.

Las asociaciones no societarias son aquellas en las que las partes no supeditan ni condicionan su intervención en el negocio común a su participación en el capital accionario de una entidad jurídica, sino que aseguran tal participación directamente a través de las estipulaciones de un convenio.

Bajo esta concepción se arribó a la conclusión de que al referirse el artículo 5° de la LOREICH a “convenios de asociación”, ambas opciones eran viables, es decir, las asociaciones societarias (C.A., S.R.L., etc.) y las no societarias (consorcios y sociedades de hecho).

Lo anterior fue ratificado por la extinta Corte Suprema de Justicia (CSJ) en sentencia dictada en pleno el 23 de abril de 1991, con ocasión de un Recurso de Colisión de Normas, relativo a los artículos 3 de la LH de 1967, 5° de la LOREICH y 2 y 5 de la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural (LREIGN) del 26 de agosto de 1971, tomando en cuenta que el artículo 28 de la LOREICH disponía que quedaban sin efecto las normas de la primera que fueran en su contra.

Sin entrar en las particularidades del caso y pasando directamente a la parte de la decisión que aquí interesa, la CSJ, estableció que **las empresas mixtas a que aludía la LH de 1967 eran una especie de asociación, mas no la única.** Adicionalmente se sostuvo que, **de acuerdo con el artículo 5° de la LOREICH lo importante era el control del convenio, que era una noción más jurídica que económica o patrimonial, por lo que se refería a “participación”, sin calificarla de alguna manera específica.**

Fue así reconocido por el Máximo Tribunal de aquel entonces, por una parte, que a la luz del Artículo 5 de la LOREICH las asociaciones

no se agotaban en la figura de la asociación societaria y, por la otra, que el control del Estado en el caso la asociación societaria no se limitaba al que derivaba de una participación mayoría en el capital social.

En virtud de lo anterior, y con la intención de vincularlo sostenido por la extinta CSJ con el escenario que ofrece la CRBV, puede sostenerse que es perfectamente posible el ejercicio de las actividades primarias sometidas a reserva a través de la celebración de convenios de asociación que se traduzcan en la conformación de sociedades mercantiles en las que las que la participación accionarial del Estado sea minoritaria.

En caso de que se considere indispensable que el Estado tenga el control de dichas entidades, a pesar de que expresamente la CRBV a ello no hace referencia, como si parecía ordenarlo el Artículo 97 de la CN61 (salvo que, se dé ese sentido y valor a lo señalado por la Exposición de Motivos de la CRBV en cuanto a la constitucionalización de la nacionalización - Art. 303), ello podría perfectamente lograrse mediante acciones privilegiadas o disposiciones estatutarias orientadas en ese sentido, tal como ocurrió en la llamada “Apertura Petrolera” en los años noventa del Siglo XX y ahora plantea el ARLOH del 20 de febrero de 2020 presentado por la Comisión Permanente de Energía y Petróleo de la AN.

No entraremos en esta oportunidad a abordar en mayores detalles a los convenios de asociación que suponen la creación de entidades jurídicas, entre ellas, las Empresas Mixtas a las que alude la LOH, por tratarse de un tema bastante desarrollado por la doctrina nacional y porque el propósito que aquí nos hemos trazado es el de su flexibilización a nivel de participación accionarial estatal, lo que ya ha quedado demostrado y, a explorar más bien mecanismos u opciones que precisamente no se traduzcan en asociación del Estado con el sector privado, que es a lo que de seguidas nos dedicaremos.

B.2.2. Convenios no asociativos

B.2.2.1. Modalidades de convenios no asociativos

Un importante sector del país sostiene, con razón, que no será suficiente para reactivar la actividad Petrolera, el flexibilizar la

participación privada, permitiendo su asociación con el Estado de manera mayoritaria, aunque sujeta a ciertos poderes exorbitantes por parte de este último en determinadas materias (acciones privilegiadas o medidas estatutarias). De ahí que ese sector clame por la implementación de mecanismos que permitan la participación del sector privado sin necesidad de asociarse con el Estado.

Esta corriente, diametralmente opuesta desde el punto de vista formal y operativo, a la que inspiró la LOH (2001 y 2006), en la que como vimos se consideró necesario que el Estado interviniera directa y activamente en el ejercicio de las actividades primarias al que además debía poder controlar de manera real e integral, pudiera continuar encontrando resistencia en nuestro país, lo que en nuestra opinión obedecería más a razones ideológicas que jurídicas.

Señalado lo anterior, la pregunta que vale hacerse en esta oportunidad es si en el marco de una reserva relativa como la contemplada en la CRBV, es posible que la participación de los particulares se instrumente no sólo a través de convenios de asociación, sino también, por otras vías, que no impliquen asociación con el Estado, como los tradicionalmente englobados en la figura de la “concesión”.

Cuando media reserva, en Derecho Administrativo se sostiene que la intervención del sector privado se canaliza a través de la **concesión**. En el caso venezolano, como ha sido comentado, la concesión ha sido rechazada desde mediados del Siglo XX en lo que respecta a la actividad Petrolera, posición esta, que responde más a razones ideológicas que de otro tipo, aunque en opinión de algunos, por implicar un **derecho real administrativo a favor del concesionario es incompatible con la reserva**.

Con la CRBV, doctrinarios como María Amparo Grau han considerado que en virtud del Artículo 303, quedaron cerradas las puertas a la concesión. Señala Grau que:

“El artículo 303 impone la existencia de una empresa enteramente pública encargada del manejo de la industria Petrolera, lo cual confirma la nacionalización de la misma en cuanto que excluye la participación privada en su constitución y la exclusión de la

concesión, al conferirle a ésta la actividad como una competencia constitucional”²⁹ (Negrillas nuestras).

En nuestra opinión, como hemos venido señalando, si se asume la posición de que el Artículo 303 de la CRBV simplemente consagra la modalidad de intervención del Estado en el ejercicio indirecto de la actividad Petrolera que ha de reconocerse e incluirse forzosamente en la reserva que respecto de ella legalmente se regule, no siendo ella exclusiva ni excluyente, las puertas no habrían quedado cerradas para la concesión.

Al mencionar a la figura de la concesión, es mandatorio ante todo liberarse de prejuicios. Al respecto debe recordarse que, como fue reseñado, no sólo la doctrina, sino también, la Sala Político Administrativa de la CSJ han admitido que reserva y concesión no son excluyentes, salvo que medie disposición expresa en ese sentido a nivel constitucional o legal.

No mediando en nuestra opinión tal exclusión en la CRBV, tratándose la concesión simplemente de una particular modalidad contractual, lo que corresponde es su adecuada consagración y regulación en el texto de la ley que regule a la actividad Petrolera.

La viabilidad de las opciones que se seleccionen a los fines de canalizar la participación privada en el ejercicio de las actividades primarias sin que medie asociación con el Estado, en todo caso, deberían cumplir con los siguientes extremos mínimos: (i) no contrariar lo dispuesto por el Artículo 12 de la CRBV, en cuanto al carácter de bienes de dominio público, por ende, inalienables, inembargables e imprescriptibles; (ii) no generar respecto de los particulares derechos equiparables al de propiedad susceptibles de actos de disposición tanto respecto de los yacimientos como de la posibilidad de ejercer la actividad reservada; (iii) no excluir el ejercicio de la actividad por parte del Estado directamente o indirectamente a través de PDVSA o del ente que aquél cree para reemplazarla; (iv) contemplar mecanismo que aseguren al Estado el desarrollo de la actividad en conveniencia de la Nación y; (v) no desnaturalizar la figura de la reserva.

²⁹ María Amparo Grau, Ob. cit. p. 13.

La concesión como canal de habilitación estatal que es para el ejercicio por parte de los particulares de la actividad reservada debe estar sometida a controles en cuanto a la selección del concesionario, términos de su celebración y cumplimiento de las obligaciones que producto de aquella recaen sobre el contratista. Gracias a la concesión se habilita al particular a ejercer la actividad de la que fue previamente excluido por efecto de la reserva, proviniendo la contraprestación a la que tiene derecho del producido de la actividad ejecutada, en el caso de exploración y explotación de recursos naturales, el recurso extraído, previa entrega de la porción correspondiente al Estado (regalía en especie) o de la entrega de su valor equivalente en efectivo (regalía en dinero). El concesionario debe adicionalmente dar cumplimiento a las demás obligaciones fiscales (tributarias y patrimoniales) que correspondan legal y contractualmente.

La concesión confiere al concesionario el derecho a realizar una actividad económica reservada, que en principio no es susceptible de tráfico jurídico o de libre disposición, salvo que ello sea consentido por las autoridades competentes. Tal derecho es cosa distinta a la pertenencia que en carácter de bienes del dominio público corresponde a la República respecto de los yacimientos cuya exploración y explotación hayan sido reservadas.

Partiendo de lo sostenido por la jurisprudencia patria en cuanto a que, *“Concurrencia y reserva no son, en modo alguno, principios antagónicos, desde que la Administración puede permitir que distintos operadores económicos privados concurren en **actividades reservadas otorgando diversos títulos concesionales.**”*³⁰, pareciera posible afirmar que lejos de estar reñidas la reserva y la concesión, su concurrencia es posible, claro está, dependiendo de los términos en que aquélla haya sido consagrada.

B.2.2.1. Modalidades de convenios no asociativos

Dado el amplio alcance que supone el análisis de un tema como el planteado en este epígrafe, con fines pragmáticos nos centraremos

³⁰ Cfr.: Sentencia de la Sala Político-Administrativa de 18 de junio de 1998, caso *AVENSA*.

únicamente en las opciones que plantea el ALOH propuesto por la Comisión Permanente de Energía y Petróleo de la AN. En una próxima entrega, complementaria a este estudio, profundizaremos acerca de las particularidades de cada modalidad contractual. Por lo pronto, nos limitaremos a continuar fundamentando la cabida que ellas pueden encontrar en el marco de la CRBV.

El ALOH prevé en su Artículo 13 la realización de actividades de exploración y producción de hidrocarburos líquidos y gaseosos, asociados y no asociados, mediante la celebración de contratos de licencia, **de producción** o utilidad compartida, de servicios, de asociación y **cualquier otra modalidad contractual**.

Antes de efectuar un juicio crítico al planteamiento contenido en el ALOH en cuanto a la participación del sector privado en el ejercicio de la actividad Petrolera sin necesidad de asociarse con el Estado, vale referirse a algunas experiencias registradas en similar sentido a nivel regional, entre ellas, la mexicana y brasilera.

B.2.2.1.1. Experiencias extranjeras

En legislaciones como las de México y Brasil, según el tipo de área, yacimientos, proyectos, niveles de inversión, tipo de crudo, pueden adoptarse modalidades específicas para el ejercicio de las actividades, de manera de hacerlas más viables para su ejecutor y más rentables y provechosas para el Estado.

No existe así, un régimen único y rígido como el que prevé la LOH, en el que el Estado prácticamente tiene la opción de operar mediante una empresa de su total propiedad (empresa del Estado), a lo que se ha dado por llamar “Esfuerzo Propio”, o asociarse con particulares, pero haciéndose titular de la mayoría accionaria de la sociedad anónima a crear a esos fines (Empresa Mixta). Respecto de esta última opción, su margen de decisión se limita únicamente a adquirir más o menos acciones entre el 50,01% y el 99.9%, quedando el resto al accionista privado minoritario.

La rigidez propia del modelo contenido en la vigente LOH, basado en una absurda e irracional concepción de soberanía nacional (control accionarial), resulta contrario a toda lógica y, por ende, al interés

nacional. Limitar a una sola alternativa la intervención del sector privado en el ejercicio de la actividad Petrolera, sin tener en cuenta la diversidad de factores que la impactan, no puede catalogarse sino de un grave error, cuyos resultados están a la vista.

Un país que se reserve una actividad tan importante como la Petrolera en el que se adopte un mecanismo de operación como el previsto en la LOH, en el que la intervención del Estado debe ocurrir en todos los casos, generándole altas cargas financieras y que se comporta prácticamente igual, cualesquiera sean las características de las áreas, los niveles de inversión demandados, las condiciones del mercado en cuanto a precios y clientes, por tan sólo mencionar algunos, conduce forzosamente al drama que actualmente vive el sector Petrolero en el país. La reserva no puede orientarse hacia otra dirección que a la de la conveniencia nacional. Un Estado como el venezolano carente de recursos para financiar los ambiciosos proyectos que demanda la reactivación de la industria Petrolera, que adoptó un mecanismo de inversión privada nada atractivo en las condiciones actuales del mercado, atenta contra el Artículo 302 de la CRBV, resultando necesario su sustitución por otro más conveniente, lo que puede llegar a lograrse aun en el marco de la vigente CRBV.

Países como México y Brasil se percataron oportunamente de aquel equivoco y con valentía y sin complejos de falsos nacionalismos procedieron a enmendarlo, de ahí que procedamos a referirnos a esas experiencias por representar referentes válidos para un caso como el venezolano.

• Estados Unidos Mexicanos³¹

El Poder Ejecutivo de la Federación presentó el 12 de agosto de 2013 la Iniciativa de Enmienda de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, centrada en la modificación de sus artículos 27 y 28. Esta Iniciativa fue aprobada y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 20 de diciembre de 2013.

³¹ Basado en estudios efectuados por el abogado Humberto Enrique Romero Carrillo.

En lo que aquí interesa, las enmiendas que la Iniciativa de 2013 propuso fueron las siguientes:

- a) Respecto del Artículo 27, suprimir de su redacción la limitación jurídica que le impedía al Estado la utilización de contratos en las actividades de explotación de hidrocarburos, incorporada a través de la reforma constitucional de 20 de enero de 1960. A pesar de aquella flexibilización, **se prohibió el otorgamiento de concesiones a particulares**, ya que éstas, en su alcance jurídico podían conferir derechos a los particulares sobre los hidrocarburos, lo que no era admisible en el contexto constitucional.
- b) En lo que respecta al Artículo 28 constitucional, la reforma que se propuso iba dirigida a que las actividades relacionadas con la exploración y extracción del petróleo y gas natural se realizaran conforme con lo que se aspiraba terminara disponiendo el Artículo 27 constitucional, es decir, que, a pesar de ser actividades monopólicas del Estado, éstas podrían ser realizadas por entes públicos y privados a través de los contratos que para el efecto se celebrasen.

La enmienda constitucional se concretó, modificándose puntualmente los artículos 27 y 28, que quedaron redactados como sigue en sus partes pertinentes:

“Artículo 27.- (...)

*Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos en el subsuelo, la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y **no se otorgarán concesiones**. Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo a largo plazo de la Nación, esta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción de petróleo e hidrocarburos, **mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares en los términos de la Ley Reglamentaria**. Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos, las empresas productivas del estado podrán contratar con particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación y así deberán afirmarse en las asignaciones y contratos” (Negrillas y subrayado nuestro).*

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, al igual que la CRBV contempla que la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos corresponde a la Nación. Adicionalmente, señala ese Texto Fundamental que los yacimientos de hidrocarburos son inalienables e imprescriptibles (dominio público).

Esa Carta Magna flexibiliza el monopolio absoluto que existía a favor del Estado en cuanto al ejercicio de la actividad, para lo cual remite a la ley reglamentaria correspondiente (Ley de Hidrocarburos), lo que conduce nuevamente a un escenario similar al venezolano (art 302 CRBV – LOH).

La Constitución Mexicana, a diferencia de la venezolana, no alude a una entidad corporativa única y específica para el ejercicio de la actividad, sino que plantea la concurrencia de empresas productivas del Estado (Equivaldría a nuestras empresas del Estado -100% propiedad del estado de manera directa -PDVSA- o indirecta – CVP) o, a través de contratos con éstas o con particulares en los términos de la Ley Reglamentaria, lo que también prevé en cierta forma el Artículo 303 de la CRBV, con la diferencia de que en nuestro caso se alude únicamente a las “asociaciones estratégicas”.

Las disposiciones constitucionales mexicanas relativas a la materia son desarrolladas actualmente por la Ley de Hidrocarburos cuya última reforma es del 15 de noviembre de 2016 (LHM).

La LHM señala que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25, párrafo cuarto, 27, párrafo séptimo y 28, párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Nación llevará a cabo la Exploración y Extracción de los Hidrocarburos, en los términos de esa Ley.

Conforme al Artículo 5 de la LHM, las actividades de Exploración y Extracción de Hidrocarburos se consideran estratégicas en los términos del párrafo cuarto del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En tal virtud, sólo la Nación las llevará a cabo, por conducto de Asignatarios y Contratistas, en términos previstos en esa Ley.

Como fue indicado, la Constitución de México, prohíbe expresamente el otorgamiento de concesiones para el desarrollo de actividades

relacionadas con la cadena productiva de hidrocarburos³². Se prevén, en cambio, diferentes *mecanismos administrativos* a través de los cuáles, tanto las empresas productivas del Estado (“EPES”), como los particulares, pueden participar en la industria Petrolera. Estos mecanismos variarán según el tipo de actividad.

Las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos son llevadas a cabo por la Nación mediante asignaciones y contratos³³. Por su parte, las actividades de reconocimiento y exploración superficial; las de tratamiento, refinación, enajenación, comercialización y almacenamiento del petróleo, y las de transporte por ducto y almacenamiento vinculadas a ductos de Petroquímicos, requieren de una autorización o permiso³⁴.

Las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos se consideran estratégicas para México. La Nación explota la industria de forma exclusiva, más no excluyente³⁵.

Estas actividades son realizadas por la Nación, a través de asignaciones y contratos. El primero de estos actos es la excepción, y, el segundo, la regla general³⁶.

- a) Asignación: definida como “*el acto jurídico administrativo mediante el cual el Ejecutivo Federal otorga exclusivamente a un Asignatario el derecho para realizar actividades de Exploración*”

³² México, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Publicado Decreto de Reforma en Materia de Energía (“Decreto de Reforma Energética”) en Diario Oficial de la Federación del 20 de diciembre de 2013. Artículo 27, párrafo 7.- “Entiéndase por actividades de la cadena productiva de hidrocarburos, las siguientes: reconocimiento y exploración superficial, y la exploración y extracción de hidrocarburos; tratamiento, refinación, enajenación, comercialización, transporte y almacenamiento del petróleo; procesamiento, comprensión, licuefacción, descomprensión, regasificación, transporte, almacenamiento y distribución por ductos de gas natural; y transporte, almacenamiento y distribución por ductos de gas licuado de petróleo, ductos de petrolíferos y ductos de petroquímicos.”

³³ *Ibid.*; México, *Ley de Hidrocarburos*, Publicada en Diario Oficial de la Federación del 11 de agosto de 2014

³⁴ *Ídem*. Artículo 5, párrafo 2.

³⁵ México, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Publicado Decreto de Reforma en Materia de Energía (“Decreto de Reforma Energética”) en Diario Oficial de la Federación del 20 de diciembre de 2013. Artículo 25 y 28 de la Constitución de México, Transitorio Octavo del Decreto de Reforma Constitucional en Materia Energética y *Ley de Hidrocarburos*. Publicada en Diario Oficial de la Federación del 11 de agosto de 2014. Artículo 5.

³⁶ México, *Ley de Hidrocarburos*. Publicada en Diario Oficial de la Federación del 11 de agosto de 2014. Artículo 6.

y *Extracción de Hidrocarburos en el Área de Asignación, por una duración específica*³⁷. Sólo las llamadas Empresas de Producción Estatal (EPEs), como lo es ahora PEMEX³⁸, pueden ser asignatarios³⁹. (Equivalentes al Decreto de Transferencia previsto en el Artículo 24 LOH)

De mediar la figura de la asignación, la única forma en que el sector privado puede intervenir es a través de la celebración de contratos de servicios para las actividades relacionadas con la asignación, con la EPE titular de esta asignación. (Equivalente a los contratos de servicios o convenios operativos previstos en el Art. 25 LOH).

- b) Contratos: Las personas jurídicas o morales privadas —entendidas como sociedades mercantiles constituidas de conformidad con la legislación mexicana—⁴⁰ participan en las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos en México a través de contratos. De acuerdo a su definición auténtica, estos contratos consisten en el **“acto jurídico que suscribe el Estado Mexicano, a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, por el que se conviene la Exploración y Extracción de Hidrocarburos en un Área Contractual y por una duración específica”**⁴¹.

Los sujetos legitimados para ser contratistas son: (i) las EPEs (Ej. PEMEX) (ii) cualquier persona moral, definida como una sociedad mercantil constituida de conformidad con la legislación mexicana, o (iii) cualquier asociación o consorcio formado por una EPE y una persona moral. Estas alianzas se celebrarán según lo dispuesto en la ley que regule a la EPE en cuestión y se regirán por el derecho común⁴².

³⁷ Ídem. Artículo 4, numeral V.

³⁸ Ob. Cit. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Artículo 25, párrafo 3; Transitorio Tercero del Decreto de Reforma Energética.

³⁹ Ob. Cit. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Transitorio Sexto del Decreto de Reforma y Ob. Cit. *Ley de Hidrocarburos*. Artículo 6.

⁴⁰ Ídem. Artículo 4, numeral XXV.

⁴¹ Ídem. Artículo 4, numeral IX.

⁴² Ob. Cit. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Artículo 27, párrafo 7, Ob. Cit. *Ley de Hidrocarburos*. Artículo 14 de la LH.

Debe destacarse que la Secretaría de Energía (SENER) puede establecer en ciertos casos la participación obligatoria del Estado Mexicano, a través una EPE o un vehículo financiero especializado.

Excepcionalmente, es posible liberar a las EPE del control corporativo y de gestión.

La modalidad de contratación es definida por la SENER según las características del proyecto –área a desarrollar, calidad del crudo, riesgos, productividad del pozo–, bajo el criterio rector de garantizarle al Estado la máxima cantidad de ingresos posible.

Las modalidades, dispuestas en la Constitución de México, son las siguientes: (i) contrato de licencia⁴³, cuya contraprestación a favor de los particulares es la transmisión onerosa de los hidrocarburos extraídos; (ii) contrato de producción compartida, en el que los contratistas entregan un porcentaje de la producción acordada al Estado y conservan el restante; (iii) contrato de utilidad compartida, donde el contratista entrega la totalidad de la producción y recibe un porcentaje de la utilidad; y (iv) contrato de servicio, en el que se entrega la totalidad de lo producido, a cambio de un pago en efectivo⁴⁴.

Todos los contratos, sin excepción, deben dejar constancia expresa de que la titularidad sobre los yacimientos no se transfiere a los contratistas, sino que éstos únicamente realizan las actividades de exploración y extracción por cuenta de la Nación⁴⁵.

⁴³ George Baker, *Concesión “vs” Licencia*, México, 2015. Disponible en: http://www.milenio.com/firmas/george_baker/Concesion-vs-licencia_18_545525470.html; consultado el 25 de mayo, 2020. La diferencia entre el contrato de licencia y la concesión es que el contrato de licencia consiste en una autorización administrativa para explotar, en nombre de la Nación, los yacimientos de hidrocarburos, cuyos frutos son propiedad del contratista con licencia. Éste, incluso, puede registrar en sus libros las reservas probadas para fines contables. Por su parte, las concesiones suponen un acto administrativo que concede el derecho real de uso y goce sobre los yacimientos, que también se explotan en nombre de la Nación. Una importante diferencia práctica es que los contratos de licencia pueden ser rescindidos unilateralmente por el Ejecutivo Nacional, a través de la CNH, siempre que medie algunas de las causales establecidas en la ley. En cambio, en el caso de las concesiones, cualquier disputa relativa a éstas se dirime en sede judicial.

⁴⁴ Ob. Cit. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Artículo 18; Transitorio Cuarto del Decreto de Reforma Energética; México, *Ley de Ingresos Sobre Hidrocarburos*, publicada en Diario Oficial de la Federación del 11 de agosto de 2014. Artículos 6, 11, 12 y 21.

⁴⁵ Ob. Cit. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Artículo 27, párrafo 7; Ob. Cit. *Ley de Hidrocarburos*. Artículo 11.

• **República Federativa de Brasil**⁴⁶

La Constitución Federativa del Brasil de 1988 en su Artículo 20 calificó como bienes de la Unión a los recursos minerales, incluso los del subsuelo. Con base en esta disposición se ha entendido a la fecha que los hidrocarburos pertenecen a la Unión.

Esa norma prohibía a la Unión la cesión o concesión de cualquier tipo de participación, en especie o en valor, en la explotación de yacimientos de petróleo o gas natural, excepto lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del Artículo 20 constitucional.

El Artículo 177 de aquel texto constitucional disponía que constituía monopolio de la Unión:

1. La búsqueda y extracción de yacimientos de petróleo y gas natural y otros hidrocarburos fluidos;

Ese Artículo 177, fue objeto de la Reforma N° 9/1995 que, si bien mantuvo el monopolio originalmente consagrado, agregó que: 1° La Unión podrá **contratar con empresas estatales o privadas**, la realización de las actividades previstas en los incisos 1 a 4 de este artículo observadas las condiciones establecidas en ley.

Es así como si bien se reserva constitucionalmente a la Unión el ejercicio de las actividades de exploración y producción vinculadas con los hidrocarburos, se permite la contratación con particulares a esos fines, todo ello en los términos previstos en la ley que a esos efectos se dicte.

De acuerdo con el Artículo 5 de la Ley N° 12.351 y que se mantiene con la Ley N° 13.365:

*“Artículo 5.- Las actividades económicas a que se refiere el artículo 4 de la presente Ley deberán ser reguladas y supervisadas por la Unión y pueden ser ejercidas a través de **concesión, autorización o contratación bajo el régimen de producción compartida, por sociedades constituidas conforme a las leyes brasileñas, con sede y gestión en Brasil**” (Negrillas nuestras).*

⁴⁶ Ramón Espinasa, Ramón Medina, y Gustavo Tarre; *La ley y los hidrocarburos: comparación de marcos legales de América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo. 2016.

De esta forma, hoy día, en Brasil la intervención del sector privado en la actividad Petrolera puede llevarse a cabo a través de los siguientes vehículos jurídicos: (i) contratos de concesión y; (ii) contratos de producción compartida⁴⁷. Por su parte, para realizar las actividades de refinación, transporte y comercialización de petróleo, gas natural y sus derivados, los particulares requieren de una autorización de la Agencia Nacional de Petróleo (ANP)⁴⁸.

Visto lo anterior, procederemos de seguidas a ahondar en las particularidades de las opciones existentes respecto de lo que para nosotros califican como actividades primarias.

1.- Contratos de concesión:

Los contratos de concesión son contratos en los que el Estado Brasileño le otorga al otro contratante, denominado concesionario, el derecho para explorar y producir petróleo, gas natural y sus derivados, en territorio brasileño. Estos contratos prevén dos fases: la fase de exploración y la fase de producción. En la fase de exploración, el concesionario está obligado a explorar, asumiendo todos los riesgos e inversiones en las áreas objeto de la concesión.

Una vez identificados los yacimientos de hidrocarburos susceptibles de aprovechamiento y comercialización, el concesionario debe presentarle a la ANP un proyecto que detalle el plan de desarrollo de estos campos Petroleros. Aprobado el plan, se inició a la fase de producción.

Mientras el recurso natural se encuentra formando parte del yacimiento pertenece a la Unión, pero una vez extraído el concesionario se hace dueño del producto, siempre que cumpla con todas las cargas

⁴⁷ Brasil, *Ley N°9.478/97 de Petróleo*. Publicada en Diario Oficial de la Unión, Primera Sesión, del 7 de agosto de 1997. Artículos 5, 21 y 23. Además de los contratos de concesión y de producción compartida, existe un tercer vehículo jurídico para la explotación de los hidrocarburos, *i.e.* la cesión onerosa de derechos. No obstante, esta figura está reservada exclusivamente para Petrobras, como empresa del Estado, por lo que no constituye un mecanismo de participación de los particulares en la industria. Para más información sobre la cesión onerosa de derechos a Petrobras, se recomienda consultar: <http://www.petrobras.com.br/en/our-activities/performance-areas/oil-and-gas-exploration-and-production/regulatory-framework/> (Consultado el 28-02-2018).

⁴⁸ Ídem. Artículos 5, 53, 56 y 60.

económicas que acarrea el desarrollo de estas actividades, entre ellas, el pago de los tributos, regalías y de las demás participaciones, tanto legales como contractuales a favor del Estado brasileiro⁴⁹.

El modelo concesional, es pues, el que se utiliza para realizar actividades de exploración y producción en todas las áreas con potencial de contener hidrocarburos en Brasil, con excepción de las áreas del pre-sal, y las demás áreas designadas como *estratégicas* por ley⁵⁰.

Los contratos de concesión se otorgan por medio de licitaciones públicas, organizadas, promovidas y ejecutadas por la ANP⁵¹. Los sujetos legitimados para participar como licitantes son empresas públicas y privadas –nacionales o extranjeras. Más allá de evaluar sus capacidades técnicas, financieras, y su condición jurídica, los criterios que rigen la determinación de la ANP para adjudicar los contratos de concesión son: (i) el valor de los bonos de asignación, (ii) el programa de exploración mínimo que ofrezcan los licitantes y; iii) el contenido local (consumo de productos nacionales). La empresa vencedora en la licitación, en caso de no estar constituida en Brasil, debe incorporar una entidad u oficina, según las leyes de ese país⁵².

Las concesiones tienen una duración máxima de 34 años, incluyendo la fase de exploración (3-7 años) y la fase de producción (23-27 años). Más allá del petróleo, gas natural y los derivados de éstos, las concesiones no se extienden a ningún otro recurso natural, por lo que todo concesionario que descubra un recurso natural distinto a éstos debe informarle a la ANP de este descubrimiento⁵³.

Las causales de extinción de los contratos de concesión son:

(i) el vencimiento del plazo contractual; (ii) acuerdo entre las partes;

⁴⁹ Ídem. Artículos 23, 24 y 26.

⁵⁰ Ídem. Artículo 23 *eiusdem*. Hasta el descubrimiento de las grandes reservas de petróleo en las áreas del Pre-Sal en el 2006, y la posterior publicación de la normativa que regula su explotación en el 2010, el contrato de concesión era la única figura jurídica prevista en el régimen jurídico brasileiro a través de la cual los particulares podían participar en el desarrollo de los hidrocarburos en Brasil.

⁵¹ Ídem. Artículos 8 (punto IV) y 23.

⁵² Ídem. Artículos 25, 37, 39; Ob. cit. Espinasa, Medina y Tarre, p. 59; Jacqueline Barboza Mariano. *El marco regulatorio para la exploración y producción de petróleo y gas natural en Brasil*. Presentación en la VXI reunión anual de ARIAE. Cartagena de Indias, 2012, p. 7.

⁵³ Ob. Cit. *Ley de Petróleo*. Artículo 30.

(iii) motivos de rescisión previstos en el contrato; (iv) culminación, sin éxito, de la fase exploratoria; y (v), previo a la culminación de la fase exploratoria, por el desistimiento o la devolución de las áreas objeto de la concesión, por considerar el concesionario que el potencial de los yacimientos identificados en estas áreas no justifica la inversión en su desarrollo⁵⁴.

Por último, las concesiones pueden ser objeto de cesión. Su cesión para ser válida requiere de: (i) la previa y expresa autorización por parte de la ANP; (ii) que se conserve el objeto y las condiciones contractuales, y (iii) que el nuevo concesionario cumpla con los requisitos técnicos, económicos y jurídicos establecidos por la ANP, para el otorgamiento de ese particular contrato de concesión⁵⁵.

Encontramos en los casos de México y Brasil una serie de elementos comunes con el de Venezuela, en tanto en aquellos países también se reconoce a los yacimientos pertenecientes a la Unión, la titularidad de los recursos extraídos a quien los explote y la consagración de una reserva. Difieren, sin embargo, las constituciones de esos países con la nuestra en que aquéllas expresamente reconocen la posibilidad de contratar con el sector privado la exploración y explotación de hidrocarburos, mientras que la CRBV no hace mención expresa al respecto, lo que no consideramos implica que queda prohibido.

B.2.2.1.2. Propuesta contenida en el ALOH

Aun cuando no lo señala expresamente el ALOH, tenemos entendido sus redactores y promotores parten de la tesis de que la reserva de la actividad Petrolera no tiene consagración constitucional, postura esta que de ser correcta da amplio margen de acción al Legislador, encontrando indiscutible cabida la propuesta en él contenida. Nuestra evaluación de dicho instrumento lo haremos bajo la tesis contraria, es decir, asumiendo que la reserva si tiene consagración en la CRBV, posición esta que como hemos sostenido conduce en la práctica a un escenario

⁵⁴ Ídem. Artículo 28.

⁵⁵ Ídem. Artículo 29. En los artículos 43 y 44 de la Ley de Petróleo, se enumeran las demás cláusulas y obligaciones en cabeza del concesionario que deben incluirse en los contratos de concesión.

muy similar en cuanto a las posibilidades de participación del sector privado.

De acuerdo con el Artículo 13 del referido anteproyecto:

*“Artículo 13. Las actividades de Exploración y Producción serán realizadas mediante Contratos de Exploración y Producción de Hidrocarburos líquidos y gaseosos, asociados y no asociados. A tales fines, se podrán celebrar **contratos de licencia**, de producción o utilidad compartida, de servicios, de asociación y cualquier otra modalidad contractual que permita el mejor aprovechamiento de los hidrocarburos y el máximo beneficio al Estado, bajo los términos y condiciones definidos en la presente Ley y en las leyes y Reglamentos que se dicten en la materia.*

Las modalidades inherentes a dichos Contratos son facultativas de la Agencia Venezolana de Hidrocarburos las cuales aplicará en cada caso según sea la forma más conveniente para el Estado” (Negrillas nuestras).

Por su parte, el Artículo 14 del ALOH establece que las actividades de exploración y producción podrán ser ejercidas por **sociedades mercantiles privadas**, sociedades mercantiles mixtas en cualquier porcentaje de participación del Estado, o empresas del Estado. A las empresas que se dediquen a la realización de actividades de Exploración y Producción de Hidrocarburos se les denomina **Empresas Asignatarias**.

Respecto de estos contratos y el consiguiente ejercicio de la actividad, el Artículo 20 del ALOH contempla la previa aprobación del Acuerdo de Términos y Condiciones del proceso de selección de las asignatarias por parte del Asamblea Nacional. El Artículo 22 “eiusdem”, contempla las condiciones a las que se sujeta la cesión del contrato y el Artículo 24 indica el contenido mínimo que debe contener este tipo de contrato.

El contrato de exploración y explotación es un **contrato público** regido por el ALOH, y por las condiciones generales y particulares aprobadas por la Superintendencia de Hidrocarburos. Supletoriamente aplicarán las disposiciones sobre el cumplimiento del contrato previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, así como lo establecido en el Código Civil y el Código de Comercio.

Este tipo de contrato que no es más que una especie dentro del género de la concesión, que en la medida en que se instrumente respetando el mínimo de extremos aquí aludidos encuentra en nuestra opinión plena cabida a la luz de la CRBV.

Como fue anunciado, en una próxima oportunidad abordaremos en mayor profundidad las modalidades y extremos que este tipo de contrato debe registrar para alinearse con los extremos constitucionales imperantes en el país.

IV) CONCLUSIONES

- La magnitud de las reservas de hidrocarburos ubicadas en el territorio nacional; la infraestructura instalada con la que cuenta el país en el sector, independientemente de su grado de obsolescencia, estado de mantenimiento y conservación; la experiencia y conocimientos acumulados en el área por más de un siglo; la estratégica ubicación geográfica de nuestro país; las ventanillas comerciales aun existentes respecto de esos *commodities* y; la necesidad de explotar la actividad antes de que decaiga en mayor medida la demanda del petróleo y del gas como fuentes energéticas mundiales, ofrecen el escenario natural en el que Venezuela debe actuar con carácter prioritario para alcanzar su reactivación económica y, con ella, la del resto de los ámbitos del acontecer nacional.
- Ningún esfuerzo dirigido a reactivar al sector energético podrá alcanzar el éxito, si no va acompañado de un ambiente signado por la seguridad jurídica. Quienes tienen a su cargo el ejercicio del Poder Público, deben ceñirse estrictamente al texto de la CRBV. El respeto a la democracia, las instituciones y el derecho en general, son piezas fundamentales para avanzar en la reconstrucción del país. Mientras esas condiciones no estén dadas y, por el contrario, impere la anarquía y el totalitarismo, el crudo que yace en las entrañas más profundas del territorio Nacional, no pasará de ser una estadística que, según se la mire, podría terminar por avergonzarnos por no haberla traducido en bienestar para nuestra población, quien verá perdida la fortuna que la Divina Providencia tuvo a bien prodigar a esta tierra de gracia.

- Un importante sector del país sostiene, con razón, que no será suficiente para reactivar la actividad Petrolera, el flexibilizar la participación privada, permitiendo su asociación con el Estado de manera mayoritaria, aunque sujeta a ciertos poderes exorbitantes por parte de este último en determinadas materias (acciones privilegiadas o medidas estatutarias). De ahí que ese sector clame por la implementación de mecanismos que permitan la participación del sector privado sin necesidad de asociarse con el Estado, lo que estimamos es posible a la luz de la vigente CRBV.
- La sola lectura de la primera parte del Artículo 302 de la CRBV pone en evidencia la pobre labor cumplida por la ANC en una materia tan relevante como la de la reserva al Estado de la actividad Petrolera. La redacción de esta disposición es totalmente confusa, situación que se profundiza al intentar darle sentido junto al Artículo 303 igualmente constitucional y a lo previsto en la Exposición de Motivos del Texto Fundamental, todo lo cual se traduce en altos niveles de inseguridad jurídica, lo que es inaceptable e imperdonable en un país con la tradición Petrolera del nuestro.
- A pesar de la confusión que encierra la CRBV en cuanto al tratamiento por ella conferido a la reserva de la actividad Petrolera, ésta es, si el Artículo 302 simplemente faculta al Estado a consagrarla mediante ley orgánica o, por el contrario, la establece sólo que delegando al Legislador la definición de los términos precisos de su implementación, consideramos a esta última la posición más razonable.
- La afirmación anterior la sostenemos, entre otras, en las siguientes muestras: (i) la mención expresa a la actividad Petrolera en específico, seguida de la mención general hecha respecto del resto de actividades, industrias, bienes y servicios que se estimen en un momento dado de interés general; (ii) el énfasis que hace la Exposición de Motivos en cuanto a la constitucionalización de la nacionalización, que no es otra cosa que una remisión al régimen de reserva implementado con la LOREICH y; (iii) la reafirmación en buena medida de la modalidad de ejercicio de

la actividad por parte del Estado a través del Holding Petrolero conformado bajo aquella ley.

- La polémica y dudas que supone el tratamiento de tan delicada materia por parte de la CRBV justifican una enmienda constitucional que comprenda a los artículos 302 y 303. Tal enmienda se justifica, no sólo, por la inseguridad jurídica que deriva de la pobre técnica empleada por el Constituyente, sino también, porque se trata de una materia que debería simplemente tratarse como lo hacía el Artículo 97 de la CN61, como una posibilidad que instrumente el Estado en la oportunidad y en las condiciones que más convengan a la Nación, sin ataduras injustificadas, que atenten en el tiempo contra la consecución de los fines propios de la reserva.
- El proceder del Legislador al implementar la reserva prevista en el Artículo 302 de la CRBV se encuentra circunscrito a los límites y pautas que derivan de esa institución, así como a lo que deba entenderse por “actividad Petrolera”. El tratamiento que le confiera la AN a la materia debe fomentar adicionalmente el desarrollo de la manufactura nacional que tenga como insumo ese recurso natural y contemplar el ejercicio de la actividad por parte del Estado de manera directa e indirecta conforme lo prevé el Artículo 303 constitucional. Finalmente, debe tenerse presente el carácter de bienes del dominio público que tienen los yacimientos Petroleros conforme al Artículo 12 constitucional.
- La reserva a la “actividad Petrolera” consagrada en el Artículo 302 de la CRBV ha de entenderse como la que tiene por objeto hidrocarburos líquidos en estado natural (incluido el gas asociado) y respecto de las cuales no exista intención de convertirlos en productos por parte de un sujeto distinto al que los extrajo. En tal virtud, la refinación, la industrialización, el comercio de derivados y su distribución, almacenamiento y transporte no están sujetos a reserva de origen constitucional, pudiendo ser objeto de tratamiento distinto a las actividades primarias, entre ellos, el quedar sujetos a medidas de policía administrativa de menor intensidad que las propias de la reserva (licencias y permisos).

- Respecto de la refinación pueden surgir dudas a la luz de aquel razonamiento por cuanto al tener como insumo hidrocarburos en estado natural, pudiera pensarse debe quedar incluida dentro de las actividades primarias. Esta controversia se exagera cuando quien lleva a cabo la refinación es la misma entidad a cuyo cargo estuvo la explotación del recurso (proyectos integrados verticalmente). He aquí un tema que corresponde al Legislador resolver, esto es, precisar lo qué debe entenderse exactamente por “actividad Petrolera”.
- Queda claro a nivel de jurisprudencia y doctrina que la reserva no impide *per se* la concurrencia del Estado y los particulares en el ejercicio de la actividad que constituye su objeto. Muestra clara de lo anterior lo representa la concesión como figura a través de la cual el sector privado tradicionalmente participa en el ejercicio de actividades reservadas sin necesidad de asociarse con el Estado, sujeta, claro está, a las reglas establecidas por la ley con miras a preservar el interés general que justificó la mencionada medida de intervención.
- La reserva de la actividad Petrolera a la luz de la CRBV es relativa (Art. 303), en el sentido que admite la concurrencia del sector privado con el Estado en su ejercicio, concurrencia que no tiene porqué confundirse con asociación, a pesar de referirse de manera expresa únicamente a las “asociaciones estratégicas” (Art. 303).
- Un país que se reserve una actividad tan importante como la Petrolera en el que se adopte un mecanismo de operación como el previsto en el Artículo 22 de la LOH que impone la intervención del Estado en todos los casos, generándole altas cargas financieras y que se comporta prácticamente igual, cualesquiera sean las características de las áreas, los niveles de inversión demandados y las condiciones del mercado en cuanto a precios y clientes, por tan sólo mencionar algunos, conduce forzosamente al drama que actualmente vive el sector Petrolero en el país.
- La rigidez propia del modelo contenido en la vigente LOH, basado en una absurda e irracional concepción de soberanía nacional, resulta contrario a toda lógica y, por ende, al interés

nacional. Limitar a una sola alternativa la intervención del sector privado en el ejercicio de la actividad Petrolera (Empresas Mixtas), sin tener en cuenta la diversidad de factores que en ella influyen, no puede catalogarse sino de un grave error, cuyos resultados están a la vista.

- Una actividad como la Petrolera que, es de largo aliento y amerita enormes inversiones que, además, opera en un mercado caracterizado por la volatilidad y que demanda de una considerable participación de la inversión privada extranjera no puede operar bajo un régimen jurídico carente de flexibilidad, que le impida ajustarse a las circunstancias de cada momento. Resulta un contrasentido asumir que el constituyente intervino la actividad reservada de forma tal, que haya generado un nivel de rigidez contrario a su adecuado desarrollo, atentando contra el fin de la institución de la reserva, la conveniencia nacional (Art. 303 CRBV).
- El Artículo 303 de la CRBV resulta del reconocimiento de un hecho consumado, de una realidad, de una decisión adoptada en el marco de la LOREICH (1975) de llevar a cabo la actividad Petrolera reservada a través de una de las varias opciones en ella previstas, que el Constituyente (1999) no podía ignorar, pero al que además decidió reafirmar. Esta norma no tiene por qué asumirse, sin embargo, como una “camisa de fuerza” en cuanto a la modalidad de organización y desarrollo de la actividad Petrolera, sino, únicamente como una condición que debe ser respetada por el Legislador, en el sentido de siempre reconocer, en el marco de la reserva, la intervención indirecta del Estado a través de una instrumentalidad de su total propiedad, capaz de asociarse con entes privados, así como también de concurrir con ellos sin necesidad de que medien convenios de asociación.
- En virtud de lo dispuesto en el Artículo 303 de la CRBV, la ley reguladora de la reserva de la actividad Petrolera debe contemplar forzosamente la intervención indirecta del Estado en su ejercicio a través de un ente de su total propiedad, sea éste, PDVSA u otro que la sustituya; (ii) admitir una reserva relativa que como mínimo permita asociaciones estratégicas, que no

desnaturalice al régimen al que se somete la actividad y; (iii) su ejercicio a través de empresas y cualquier otro ente que se constituya como consecuencia de negocios de PDVSA, dentro de los cuales quedan incluidas las sociedades mercantiles con participación pública y privada.

- En el caso venezolano, si bien es cierto que el Artículo 303 de la CRBV, más allá de las asociaciones estratégicas, no abre explícitamente las puertas a otro tipo convenciones a través de las cuales se concrete la participación privada en el ejercicio de las actividades reservadas, tampoco les cierra el paso, por lo que parecieran factibles opciones contractuales o administrativas como las implementadas en países como México y Brasil que no tienen por qué considerarse, contrarias a la esencia de la reserva, ni excluidas del mundo jurídico Petrolero nacional.
- La viabilidad de las opciones que se seleccionen a los fines de canalizar la participación privada en el ejercicio de las actividades primarias sin que medie asociación con el Estado, en todo caso, deberían cumplir con los siguientes extremos mínimos: (i) no contrariar lo dispuesto por el artículo 12 de la CRBV, en cuanto al carácter de bienes de dominio público, por ende, inalienables, inembargables e imprescriptibles; (ii) no generar respecto de los particulares derechos equiparables al de propiedad susceptibles de actos de disposición que tengan por objeto tanto a los yacimientos como a la posibilidad de ejercer la actividad reservada; (iii) no excluir el ejercicio de la actividad por parte del Estado directamente o indirectamente a través de PDVSA o el ente que aquél cree para reemplazarla; (iv) contemplar mecanismos que aseguren al Estado el desarrollo de la actividad en conveniencia de la Nación y; (v) no desnaturalizar la figura de la reserva.
- Mientras se cumplan los extremos antes señalados, no encontramos razones jurídicas que constitucionalmente impidan en el ejercicio de actividades primarias la participación del sector privado, no sólo como socio mayoritario en empresas constituidas en sociedad con el Estado, sino también, de manera individual, sin necesidad de que medie asociación con éste, aunque si, ciertos mecanismos de control y supervisión.

IV) BIBLIOGRAFÍA

- BADELL MADRID, Rafael, “La Constitución Económica” en *Revista BCV XIV 1*. Caracas, Venezuela, 2000.
- BAKER, George, “Concesión ‘vs’ Licencia”, en *Diario Milenio*, **México**, **2015**. **Disponible en:** http://www.milenio.com/firmas/george_baker/Concesion-vs-licencia_18_545525470.html; consultado el 25 de mayo, 2020.
- BOSCÁN DE RUESTA, Isabel, *La Actividad Petrolera y la Nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos*. FUNEDA, Caracas, 2002.
- Brasil, *Ley N°9.478/97 de Petróleo*. Publicada en Diario Oficial de la Unión, Primera Sesión, del 7 de agosto de 1997.
- BREWER-CARÍAS, Allan Randolph, *Crónica de una destrucción*. Colección Centro de Estudios de Regulación Económica. Universidad Monteavila **N° 3. Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Monteavila**, Caracas, 2018.
- CARMONA BORJAS, Juan Cristobal, *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera*, Volumen I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016.
- DUQUE CORREDOR, Román José, *El Derecho de la Nacionalización Petrolera*. Colección Monografías Jurídicas N° 10. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1978.
- DUQUE SÁNCHEZ, José Román, *Manual de Derecho Minero Venezolano*. UCAB. Tercera Edición. Caracas, Editorial Sucre, 1974.
- ESPINASA, Ramón; MEDINA, Ramón y TARRE, Gustavo, *La ley y los hidrocarburos: comparación de marcos legales de América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo. 2016.
- GRAU, Maria Amparo, *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela. Análisis Normativo*. Editorial Texto, C.A. Oxford, 2007.
- HERNÁNDEZ, José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Colección Estudios Jurídicos N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.
- MATA GARCÍA, Cesar, *Manual de Derecho de los Hidrocarburos en Venezuela*, Editorial Arte, Caracas, 2016.
- México, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Publicado Decreto de Reforma en Materia de Energía (“Decreto de Reforma Energética”) en Diario Oficial de la Federación del 20 de diciembre de 2013.
- México, *Ley de Hidrocarburos*, Publicada en Diario Oficial de la Federación del 11 de agosto de 2014

- PINTO OLIVEROS, Sheraldine, “Contrato de Servicios Petroleros e Industria Petrolera”, en: *Régimen Legal de los Hidrocarburos (Coordinador José G. Salaverría), VIII Jornadas Aníbal Dominici/Homenaje al Dr. Carlos Eduardo Padrón Amaré*, Ab ediciones, Colección Visión Venezuela, 2018.
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *El Régimen Jurídico de los Hidrocarburos. El Impacto del Petróleo en Venezuela*, Epsilon Libros, Caracas, 2008.
- Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 375 del 18 de julio de 1998, Aerovías Venezolanas, S.A. (AVENSA) v. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones). Disponible en: http://estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/221.htm - Consultada en fecha 24 de mayo, 2020
- SANSÓ, Benito, *Aspectos jurídicos de la nacionalización de la industria del hierro en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana (Colección Monografías Jurídicas N° 8), Caracas, 1977.
- TURUHPIAL, Héctor, *Teoría general y régimen jurídico del dominio público en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2008.
- Venezuela, *Constitución de la República de Venezuela*, publicada el 23 de enero de 1961.
- Venezuela, *Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos*, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.793 del 23 de septiembre de 1999.
- Venezuela, *Ley Orgánica de Hidrocarburos*, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.493 del 4 de agosto de 2006.

02-06-2020