

II. OPINION DEL CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA
SOBRE EL PROYECTO DE LEY ORGANICA QUE RESERVA AL ESTADO
LA INDUSTRIA Y EL COMERCIO DE LOS HIDROCARBUROS

Nº D-75-132

Caracas, 17 de abril de 1975

Ciudadano
Dr. Gonzalo Barrios
Presidente del Congreso de la República
Su Despacho.

De mi consideración:

Tengo el honor de dirigirme a usted en la oportunidad de referirme al articulado del Proyecto de "Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos", sometido por el Ejecutivo Nacional a la ilustrada consideración de ese honorable Cuerpo el 11 de marzo retropróximo, y cuyo texto apareció publicado en la prensa nacional de ese mismo día.

Someto a usted las reflexiones que siguen, en mi doble condición de ciudadano y de Contralor General de la República. Considero, como ciudadano, que tengo la ineludible obligación y el correlativo derecho de expresar públicamente el juicio que me merecen los problemas que apareja la nacionalización petrolera; quienes nos consideramos asistidos por el deber de preservar las riquezas del país que vamos a dejar a nuestros hijos, no podemos ser indiferentes frente a un asunto de tanta trascendencia y gravedad. Como Contralor General de la República, al asumir tan delicadas funciones juré cumplir la Constitución y las leyes, y quebrantaría hoy ese solemne compromiso si no expresara mi parecer sobre el articulado del mencionado Proyecto de Ley Orgánica. En efecto, el articulado 234 constitucional dispone que la Contraloría General de la República controlará, fiscalizará y vigilará los ingresos y egresos de la Nación

y las operaciones que se realicen con sus bienes. Es obvio que cualquier cambio que se introduzca en el estatuto legal que actualmente rige lo concerniente a los hidrocarburos, puede eventualmente afectar los ingresos, egresos y bienes del Estado; a la Contraloría, de consiguiente, en su carácter de vigilante de esos rubros del patrimonio nacional, y en su condición de organismo auxiliar del Congreso, no le es dable observar silencio ante cuestiones como la señalada, de eminente interés nacional. Si con anterioridad no expresé la opinión de la Contraloría, ello obedeció a que ésta no ha sido consultada en la especie.

En virtud de las disposiciones del mencionado Proyecto de Ley Orgánica, se reserva al Estado todo lo relativo a la industria petrolera; el proyecto parte de la base de que existe un consenso general acerca de la necesidad de nacionalizar dicha industria, lo que se considera, en la correspondiente Exposición de Motivos, un suceso inevitable.

Desconozco los estudios técnicos que seguramente se han hecho acerca de la conveniencia de nacionalizar la industria petrolera; debo suponer que ellos existen, porque así lo insinúan los dictados de la lógica, ya que a la elaboración del mencionado Proyecto de Ley Orgánica, debió preceder una elucidación de lo relacionado a su conveniencia; deben haberse considerado, a no dudarlos, serios, poderosos y atendibles argumentos demostrativos de la conveniencia de la nacionalización, pues esta problemática es vital y definitiva para Venezuela.

Antes de pretender modificar el sistema vigente en materia de hidrocarburos, probablemente se tuvo en cuenta que el petróleo es legalmente nuestro, como lo son todos los productos extraídos del subsuelo, y que, por tanto, lo que vamos a nacionalizar no son los hidrocarburos en sí. Posiblemente también se tuvo presente que, según la normativa de la Ley sobre Bienes Afectos a Reversión en la Concesión de Hidrocarburos, promulgada el 6 de agosto de 1971, cuya constitucionalidad ya ha sido proclamada por el más alto Tribunal de la República, los bienes afectos a las concesiones pasarán al patrimonio nacional, libre de gravámenes y cargas, y sin indemnización alguna, al extinguirse las concesiones respectivas. Suponemos que tampoco se perdió de vista, asimismo, que legalmente el Estado ya se ha reservado para sí la explotación del mercado interno de los productos derivados de hidrocarburos, y que, en ejercicio de su legítima potestad tributaria, cuando lo ha considerado pertinente, ha modificado el monto de las contribuciones que gravan las utilidades obtenidas por las empresas concesionarias de hidrocarburos, y que está facultado para fijar, *ad libitum*, los precios de venta de esos productos, a los efectos impositivos.

Debemos pensar que los proyectistas —antes de pronunciarse sobre la conveniencia de la nacionalización— tuvieron en cuenta que el Estado, sin asumir riesgos, tiene una participación en las utilidades del negocio petrolero próximo

al 98 por ciento (tomando en cuenta los valores de realización señalados por los concesionarios, coincidentes con los de la C.V.P.), y que lo único que escapa al control del Estado venezolano, en la actualidad, es la disposición de los hidrocarburos extraídos; ésta permitirá, a través de negociaciones hábilmente conducidas, fomentar la exportación de productos venezolanos, garantizando el abastecimiento de insumos, equipos y demás elementos de producción, de manera que las ventajas económicas de la nacionalización residirán básicamente en las bondades que ésta puede dispensarnos al poner en nuestras manos la libre disposición de los hidrocarburos. La nacionalización debe darnos más y no menos de lo que tenemos.

Muchos venezolanos abrigan fundados temores sobre la conveniencia de nacionalizar la industria petrolera de una sola gran zancada y sobre la eficiencia de las actuales infraestructuras administrativas para llevar adelante su conducción. Hay quienes piensan —y tales pareceres debemos escucharlos con respeto— que los niveles de rendimiento económico de la industria podrían declinar si ésta no es administrada con los criterios más idóneos, como en la hipótesis de que ella resultare vulnerable a influencias extrañas a sus intereses específicos. Algunos de los que así piensan no lo dicen porque no lo saben expresar o porque no tienen oportunidad de hacerse oír. Sabedor de los riesgos que comportan mis afirmaciones y mis dudas y temores sobre la materia, las expreso con franqueza y con meridiana claridad, sin ocultamientos ni reservas mentales, porque en la solución del colosal problema que nos hallamos en trance de decidir no es permisible incurrir en errores. No se exagera al decir que la suerte de cada uno de los habitantes de este país se halla atada a la manera de conducir el negocio petrolero; por ello, cada uno tiene, en esta materia, el irrenunciable deber de decir lo que siente y lo que piensa, con absoluta sinceridad, y de aportar cualquier idea que nos ayude a superar con éxito esta grave coyuntura histórica; este deber sube de punto en los casos de personas que ejercen funciones de fiscalización de los negocios del Estado.

Todo lo concerniente a la nacionalización petrolera debe ser estudiado a profundidad, porque ella, si se acordare, habrá de alterar la fisonomía del Estado venezolano, tradicionalmente manirroto, convirtiéndolo de apoltronado receptor de tributos en generador de sus propios ingresos. Es razonable pedir que un cambio tan hondo y dramático sea pensado y meditado una y otra vez, a fin de no dar un traspies irreversible, del cual no se nos absolverá jamás.

En el estudio de la materia concerniente a la nacionalización petrolera, señor Presidente, deben dejarse de lado las querellas políticas; es ésta un área de nuestra economía donde no se pueden proponer soluciones a la ligera, simplemente para atacar o para defenderse. En el asunto que el Congreso considera ahora, están comprometidos, ni más ni menos, el destino del país y sus posibili-

dades de desarrollo, y, por ello, las soluciones que se adopten deben gozar del más amplio consenso.

Quiero pedirle muy respetuosamente, señor Presidente, que con el equilibrio y la ponderación que todos le reconocen, al dirigir usted el debate parlamentario que ahora se inicia sobre la nacionalización petrolera, someta a la ilustrada consideración del Congreso de la República, si lo tiene a bien, las modestas observaciones que acto continuo me permitiré hacer sobre el articulado del Proyecto de Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos. Ojalá esas observaciones puedan coadyuvar en alguna medida para arrojar luz sobre algunos aspectos penumbrados de la trascendente materia bajo discusión y sobre las consecuencias que para el desarrollo de la República derivarán de la decisión que se adopte. Nunca antes le tocó al país hacer frente a un problema de tanta envergadura, y por ello, a ningún Congreso como al actual ha sido menester pedirle tan alto grado de moderación.

Las observaciones que consignaré de inmediato se centran sobre el articulado de la Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, y, son, simplemente, de carácter técnico-jurídico o de carácter técnico-administrativo.

A los solos fines de su sistematización, las mencionadas observaciones serán desarrolladas bajo los siguientes rótulos:

- I. Las nacionalizaciones en el mundo contemporáneo.
- II. El fundamento político-económico de la nacionalización en Venezuela.
- III. El fundamento jurídico de la nacionalización: la reserva estatal de actividades productivas.
- IV. La reserva al Estado de la industria petrolera y el establecimiento de un monopolio estatal de Derecho.
- V. La reserva de la industria petrolera y la expropiación de los concesionarios.
- VI. La nacionalización de las empresas petroleras y la figura de la expropiación de empresas (universalidades).
- VII. Las empresas petroleras nacionalizadas y la Administración Petrolera Nacional.
- VIII. El régimen transitorio entre la promulgación de la Ley de Reserva y la apropiación efectiva de las empresas por el Estado.

- IX. El control de la Administración Petrolera Nacional y su integración a las políticas estatales.
- X. La "Concesión" como fórmula de control en la industria petrolera nacionalizada.
- XI. La garantía de los derechos litigiosos del Fisco y las deducciones al monto de la indemnización.

I. LAS NACIONALIZACIONES EN EL MUNDO CONTEMPORANEO

Puede decirse, sin sombra alguna de duda, que en el mundo contemporáneo las nacionalizaciones han adquirido verdadera carta de naturaleza en el orden jurídico internacional. Lo que en la primera mitad de este siglo, y principalmente en los años posteriores a las dos guerras mundiales, fue considerado como un hecho excepcional, a partir de los años sesenta se encuentra plenamente reconocido en el ámbito internacional.

Un hecho de suma importancia en este proceso fue quizás la Resolución N° 1803 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el día 14 de diciembre de 1962, durante su XVII período de sesiones, mediante la cual se reconoció expresamente "el derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales", y la posibilidad de "la nacionalización", expropiación o la requisición" fundada "en razones o motivos de utilidad pública, de seguridad y de interés nacional, los cuales *se reconocen como superiores al mero interés particular o privado, tanto nacional como extranjero*".

Estas declaraciones han quedado totalmente ratificadas en la reciente Carta sobre los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, adoptada mediante Resolución N° 3281, de diciembre de 1974, por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su XXIX período de sesiones, en la cual se reconoció la plena soberanía de todo Estado sobre sus riquezas, recursos naturales y actividades económicas, incluyendo su posesión, uso y disposición; y se consagró el derecho de todo Estado a nacionalizar, expropiar y transferir las propiedades extranjeras, en cuyo caso una compensación adecuada debe pagarse por el Estado que adopte dichas medidas, teniendo en cuenta sus leyes y regulaciones y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes".

La "nacionalización", por tanto, como figura distinta de la "expropiación", ha entrado dentro de las medidas normales que los Estados pueden adoptar en relación a sus recursos naturales y a las actividades económicas que se realizan en sus jurisdicciones.

II. EL FUNDAMENTO POLITICO-ECONOMICO DE LA NACIONALIZACION EN VENEZUELA

La nacionalización, en todo caso, tiene su fundamento político-económico en el reconocimiento del papel que corresponde al Estado en la dirección de la vida económica, y, por tanto, se da en los países que se han organizado conforme al sistema socialista, o en aquellos que han seguido un modelo de economía mixta. Es el papel y participación del Estado en la vida económica lo que fundamenta, en un momento dado, un proceso nacionalizador.

En Venezuela es indudable que el Estado tiene potestades propias y directas para actuar en el proceso económico, lo que evidencia, en nuestro país, la existencia de un sistema de economía mixta.

En efecto, dentro de los regímenes político-económicos contemporáneos y entre los sistemas capitalistas y socialistas, se ha venido configurando un estudio intermedio denominado "de economía mixta", en el cual el papel del Estado, como empresario o regulador de la vida económica, ha venido a ser lo suficientemente importante como para poner en duda todos los calificativos de capitalistas o de libre empresa comunes a los países no socialistas, pero no tan absolutamente relevante como para justificar el calificativo de socialistas en los países que se encuentran en ese estadio intermedio (V. W. Friedmann, *The State and the rule of Law in a Mixed Economy*, p. 2. London, 1971). Venezuela, indudablemente, puede ubicarse dentro de estos sistemas de economía mixta.

Los fundamentos del sistema económico venezolano y de cualquier eventual nacionalización, están determinados con precisión en el texto constitucional, en el capítulo dedicado a los derechos económicos, en los siguientes términos:

Artículo 95: El régimen económico de la República se fundamentará en principio de justicia social que aseguren a todos una existencia digna y provechosa para la colectividad.

El Estado promoverá el desarrollo económico y la diversificación de la producción, con el fin de crear nuevas fuentes de riqueza, aumentar el nivel de ingresos de la población y fortalecer la soberanía económica del país.

Artículo 96: Todos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social.

La Ley dictará normas para impedir la usura, la indebida elevación de los precios, y en general, las maniobras abusivas encaminadas a obstruir o restringir la libertad económica.

Artículo 97: No se permitirán monopolios. Sólo podrán otorgarse, en conformidad con la ley, concesiones con carácter de exclusividad, y por

tiempo limitado, para el establecimiento y la explotación de obras y servicios de interés público.

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 ley determinará lo concerniente a las industrias promovidas y dirigidas por el Estado.

Artículo 98: El Estado protegerá la iniciativa privada, sin perjuicio de la facultad de dictar medidas para planificar, racionalizar y fomentar la producción, y regular la circulación, distribución y consumo de la riqueza, a fin de impulsar el desarrollo económico del país.

Como se deduce claramente de los preinsertos cuatro artículos de la Constitución, el sistema venezolano no se encuentra ubicado totalmente, ni dentro de las llamadas "economías de mercado", donde la libre competencia es la regla y las intervenciones (reguladoras o activas) del Estado son la excepción; ni dentro de las denominadas "economías socialistas", donde la propiedad de los medios de producción se ha estatizado o socializado completamente.

El sistema económico venezolano, constitucional y realmente, es un sistema "de economía mixta", que si bien protege "la iniciativa privada" —que no necesariamente es la del gran empresario o productor, pues podría ser la del artesano o pequeño o mediano industrial—, permite al Estado una gran e ilimitada intervención, no sólo de carácter reguladora, sino activa, como Estado Empresario. Puede decirse, de consiguiente, que en el sistema económico venezolano, el "sector privado" de la economía, no es la regla, y el sector público la excepción. Dicho de otro modo, el sector público y la intervención del Estado en la vida económica no es subsidiaria respecto del sector privado en aquellas áreas en que éste no podría cumplir satisfactoriamente con las exigencias del proceso económico; al contrario, se consagra constitucionalmente un sistema de economía mixta en el cual el Estado puede tener una participación no sometida materialmente a límite alguno; el ámbito del sector público respecto del sector privado, por tanto, dependerá de la política económica y social concreta del gobierno.

Tal como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, "las actividades del sector público pueden aumentar en la misma medida en que disminuyen las del sector privado o viceversa, de acuerdo con el uso que hagan las autoridades competentes de los poderes que les confiere el constituyente en las citadas disposiciones. Y en razón de ello, es posible que un servicio pase del sector público al sector privado, para que sea explotado como actividad comercial o industrial con fines de lucro, o que el Estado reasuma la responsabilidad de prestar el servicio directamente o por medio de un órgano contratado por él,

entre otros motivos por razones de conveniencia nacional, según dice el constituyente en las disposiciones antes citadas" (Sentencia de la Sala Político-Administrativa de 5 de octubre de 1970, en *Gaceta Oficial*, N° 1.447, Extraordinaria, de 15 de diciembre de 1970, p. 11).

La importancia fundamental de la fórmula constitucional venezolana está, quizás, en que significa un abandono total de la vieja fórmula liberal del principio de la subsidiariedad del Estado en relación a la iniciativa privada. Según este principio, los entes públicos únicamente deben intervenir para suplir la inexistencia o defectuosa actuación de la iniciativa privada, o en otras palabras, debe haber "abstención de toda intervención allí donde el libre juego de la iniciativa privada es más que suficiente para satisfacer adecuadamente las necesidades públicas" (V. J. González Pérez: *El Administrado*, pp. 55 y 58. Madrid, 1966). Al contrario, en el régimen venezolano, la intervención estatal ni es subsidiaria de la iniciativa privada, ni tiene límites, y ella estará directamente condicionada por la consecución de los fines propios del Estado.

En todo caso, la consagración del carácter mixto del régimen político-económico venezolano y la amplia habilitación constitucional dada al Estado para intervenir en la vida económica, se ha hecho partiendo de una consideración que es, hasta cierto punto, uno de los fines de la sociedad y del Estado: la búsqueda del desarrollo económico y social del país. El objetivo fundamental de promover, impulsar y fomentar el desarrollo económico y social no sólo orienta la normativa constitucional, sino que forma parte de la regulación del texto fundamental en los artículos transcritos con precedencia.

Por ello, la intervención del Estado en la economía y el carácter no subsidiario de la misma, no pueden considerarse como un componente más del sistema económico, al igual que cualquier otro aspecto del sector privado; sino que cualquier enfoque que se haga del sector público, ha de tener en cuenta la finalidad de su ámbito y actuación dentro del sistema económico: propugnar el desarrollo económico y social.

En esta forma, por tanto, el sector público no tiene ni puede tener, dentro del sistema económico venezolano, el mismo tratamiento que el sector privado. Si el Estado ha decidido asumir y desarrollar directamente la industria petrolera y petroquímica, la industria siderúrgica, la industria del gas natural, la comercialización de los productos derivados del petróleo, para sólo hacer referencia a aquellas actividades que no constituyen un servicio público en sentido estricto, ello no lo ha hecho con el solo criterio especulativo o de obtención de un beneficio económico, que sería el principal criterio rector de las actividades desarrolladas por el sector privado, sino básicamente —lo que no excluye el carácter lucrativo— como mecanismo para asegurar la soberanía económica del país, pro-

mover su desarrollo económico y social, y elevar el nivel de vida de la población mediante la redistribución de la riqueza.

Tal como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia: "no son idénticos los motivos que determinan la acción estatal y la de los particulares en los campos que, respectivamente, le sean asignados: la satisfacción de las necesidades colectivas constituye uno de los fines del Estado y no la ocasión o el medio de obtener una ganancia, ni aun en el caso de que los usuarios estén obligados a pagar una retribución por el servicio que se les preste. En cambio, es la especulación, entendida en el sentido de obtener un beneficio lícito en el ejercicio de una actividad lucrativa, lo que impulsa generalmente a los particulares a encargarse de la gestión de servicios de utilidad pública. Por tanto, lo que es para los particulares un simple negocio, puede significar para el Estado, en la generalidad de los casos, el cumplimiento de un deber insoslayable" (V. Sentencia de la Sala Político-Administrativa de 5 de octubre de 1970, publicada en *Gaceta Oficial*, N. 1.447, Extraordinaria, del 15 de diciembre de 1970, p. 11).

III. EL FUNDAMENTO JURIDICO DE LA NACIONALIZACION: LA RESERVA ESTATAL DE ACTIVIDADES PRODUCTIVAS

Si entendemos por nacionalización "la transformación de empresas privadas en empresas del Estado" con el objeto de "sustraer los medios de producción y distribución de riquezas de la propiedad privada para ponerlos en manos de la nación o en las de aquellos órganos que representan los intereses colectivos de la misma" (V. León Julliot de la Morandière, Prólogo a la obra de Konstantin Katzarov, *Teoría de la Nacionalización*, p. 5. México, 1963), o en otros términos, el "acto gubernativo de alto nivel, destinado a un mejor manejo de la economía nacional o a su reestructuración, por el cual la propiedad privada sobre empresas de importancia es transformada de manera general e impersonal en propiedad colectiva y queda en el dominio del Estado, a fin de que éste continúe la explotación de ellas según las exigencias del interés general" (V. Eduardo Novoa Monreal: *Nacionalización y recuperación de recursos naturales ante la ley internacional*, p. 50, México, 1974), es indudable que en el ordenamiento constitucional venezolano, el fundamento jurídico de la nacionalización no puede ser otro que el de la reserva de actividades económicas por parte del Estado. Tal como se ha señalado anteriormente, el artículo 97 de la Constitución autoriza al Estado a "reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional", y mediante esta reserva se sustrae del ámbito de la iniciativa privada sectores o actividades económicas, constituyéndose a favor del Estado un verdadero y auténtico "monopolio de derecho" (Cfr. Vincenzo Spagnuolo Vigorita: "Las

Empresas Nacionalizadas", en Evelio Verdera y Juells (ed.): *La Empresa Pública*, tomo II, p. 1.430, Zaragoza, 1970).

Este acto de nacionalización o de reserva, de acuerdo a la Constitución, debe reunir determinados requisitos mínimos: en primer lugar, debe dictarse mediante ley emanada de las Cámaras Legislativas o mediante Decreto-Ley dictado en base a una habilitación legislativa expresa; en segundo lugar, la nacionalización no puede ser discriminatoria, en virtud del principio de la igualdad ante la ley, y en especial, no puede ser discriminatoria para los extranjeros (Art. 45 de la Constitución); y en tercer lugar no debe ser arbitraria, a pesar de la discrecionalidad del Estado en decidirla.

La reserva de actividades económicas por parte del Estado, es decir, la nacionalización de sectores económicos, conlleva fundamentalmente una prohibición impuesta a los particulares de realizar actividades propias del sector reservado o nacionalizado, lo que afecta tanto a aquellos particulares o empresas que venían realizando actividades en el sector, como a cualquier otro particular o empresas, hacia el futuro. Después de la reserva, los particulares o empresas que operaban en el sector, no pueden continuar realizando sus actividades, y hacia el futuro, ningún otro particular puede realizar nuevas actividades en el sector.

Como consecuencia de ello, el acto de reserva o nacionalización, por sí solo, no conlleva obligación alguna de indemnización por parte del Estado hacia los particulares que realizaban las actividades económicas reservadas. Estos, simplemente, cesan en sus actividades, y un deber de indemnización sólo surgirá si el Estado decide asumir las empresas de los particulares, es decir, decide expropiar las empresas que como universalidades venían operando en el sector nacionalizado.

Por otra parte, es de destacar que por el hecho de la reserva, es decir, de la prohibición impuesta por la ley a los particulares de realizar actividades en el respectivo sector, desde el momento mismo en que se produce la reserva, esos particulares o empresas no pueden operar más. Tratándose de concesionarios, como en el caso de los concesionarios de hidrocarburos, el efecto de la Ley de Reserva es la terminación anticipada y automática de la concesión. Por ello, en el caso de la Ley de Reserva de la industria petrolera, desde el momento en que se promulgue la ley quedarán extinguidas las concesiones, y sólo con motivo de asegurar la continuación de la industria hasta hacer efectiva la asunción de las empresas por el Estado, es que podría permitírseles funcionar transitoriamente, sometidas a la fiscalización y control del Estado.

Desde el punto de vista técnico-jurídico no es admisible, de consiguiente, lo estatuido en el artículo 1º del Proyecto de Ley Orgánica que reserva al Es-

tado la industria y el comercio de los hidrocarburos, cuando expresa, después de reservar la industria al Estado, que "en consecuencia, a los ciento veinte días continuos y subsiguientes a la fecha de la promulgación de la presente ley, quedarán extinguidas las concesiones de hidrocarburos otorgadas por el Ejecutivo Nacional".

Si el Estado se reserva la industria, necesariamente se extinguen las concesiones desde el momento en que se produce la reserva. Suspender la extinción de las concesiones por cuatro meses es, en realidad, suspender por dicho lapso, la reserva de la industria al Estado. Por ello, esta parte del artículo 1º, en realidad, no hace otra cosa que suspender la vigencia de la ley durante los cuatro meses siguientes a su promulgación, y, por tanto, mejor ubicación tendría en las disposiciones transitorias. Sin embargo, aparentemente, la intención no es establecer un *vacatio legis* de tal naturaleza, y someter la reserva de la industria al transcurso de cuatro meses, sino que ésta se produzca desde el momento en que se promulgue la ley, para lo cual la extinción de las concesiones se tendría que producir también al promulgarse la ley.

Ciertamente que, como lo señala la Exposición de Motivos de la susodicha Ley Orgánica, "la declaratoria de reserva por el Estado de una industria no existente para el momento en que ella ocurra, permitiría al Estado ejercer la mencionada industria desde el primer momento con exclusión de los particulares. Por el contrario, cuando, como ocurre actualmente, los concesionarios privados ejercen la industria de los hidrocarburos y conservan derechos sobre bienes con los cuales la realizan, no pueden coincidir, por razones prácticas, el momento de la declaración de la reserva y el del ejercicio de la actividad reservada". Sin embargo, ello a lo que debería conducir es al establecimiento de un "régimen transitorio" en el cual, a pesar de la reserva, prohibición y nacionalización, los ex concesionarios continuarán operando la industria bajo la fiscalización y control del Estado, hasta tanto se produzca la transferencia efectiva de la industria a aquél. Un régimen transitorio para el traspaso de las propiedades privadas al Estado, como el que se propone, difiere sustancialmente de la fórmula utilizada por el Proyecto, que equivale a una suspensión de la aplicación de la ley por 120 días.

IV. LA RESERVA AL ESTADO DE LA INDUSTRIA PETROLERA Y EL ESTABLECIMIENTO DE UN MONOPOLIO ESTATAL DE DERECHO

Hemos señalado que la reserva al Estado, mediante ley, de una actividad económico-productiva como la industria petrolera, tiene tres consecuencias fundamentales: en primer lugar, el establecimiento de una prohibición a los particulares de realizar actividades en el sector; en segundo lugar, el establecimiento de una obligación a los concesionarios que venían operando la industria de trans-

ferir forzosamente sus empresas al Estado, para lo cual se establece un procedimiento expropiatorio; y en tercer lugar, la "reserva" de la industria al Estado, es decir, el establecimiento de un "monopolio de derecho" a favor del Estado de operar la industria reservada.

Esta última, en todo caso, es la esencia de la nacionalización, que está envuelta en la reserva de una industria al Estado. Tal como lo precisa Vincenzo Spagnuolo Vigorita: "Es necesario establecer el concepto de nacionalización en su sentido concreto y jurídico. *Consiste ésta en la reserva de un sector*, de una actividad o de una cierta clase de bienes que se concede al Estado, o a los sujetos a él íntimamente unidos, *con la consiguiente exclusión de iure de cualquier sujeto privado*. Sólo tal reserva, *con la prohibición general que a la misma se acompaña*, realiza la auténtica y (potencialmente definitiva) «toma de posesión» del sector por parte del poder público. Equivale a constituir en favor de éste, no un monopolio solamente de hecho, eventualmente realizable por las vías de mayoría pública en sociedades, o de una actividad «competitiva» de las empresas públicas, *sino un verdadero y auténtico monopolio de derecho*". (V. Vincenzo Spagnuolo Vigorita: "Las Empresas Nacionalizadas", *loc. cit.*, p. 1430).

Ahora bien, esta reserva o nacionalización de determinadas industrias al Estado, tal como lo autoriza el artículo 97 de la Constitución, hasta cierto punto como una excepción a la prohibición de los monopolios que la misma norma establece, indudablemente que confiere al Estado un monopolio de derecho sobre la industria reservada, lo que implica que *solamente* el Estado directamente, o a través de entes públicos o de propiedad del Estado, podrán realizar actividades correspondientes a las industrias nacionalizadas. Constitucionalmente, en este sentido, no hay reservas al Estado de industrias que puedan realizarse a medias: o se reserva una industria al Estado mediante la autorización constitucional del artículo 97, lo que implicará que sólo el Estado puede realizar actividades en la industria reservada, o simplemente el Estado entra en concurrencia con los particulares para la operación de la industria, lo que no requiere de Ley de Reserva.

Por tanto, la consecuencia de la Ley que reserva al Estado la Industria y el Comercio de Hidrocarburos, tal como se ha dicho, tendría que ser la prohibición impuesta a los particulares de realizar actividades en el campo de la industria reservada, derivada del monopolio establecido a favor del Estado. Esta ha sido la intención, por ejemplo, en las leyes de reserva al Estado de la industria del gas natural y de la comercialización de hidrocarburos, que se atribuyeron exclusivamente a un ente público: la Corporación Venezolana del Petróleo; y en el Decreto-Ley que reserva al Estado la industria de la explotación de mineral de hierro, que también atribuye exclusivamente la misma a un ente público: la Corporación Venezolana de Guayana.

Pues bien, la intención de la Comisión Presidencial de la Reversión Petrolera, en el caso de la reserva de la industria petrolera al Estado, era conforme a la técnica constitucional: atribuir con carácter exclusivo a la Administración Petrolera Nacional la operación de la industria, mediante la asignación a los entes de la propiedad exclusiva del Estado de los derechos para ejercer una o más de las actividades reservadas; derechos que no podrían ser enajenados, gravados o ejecutados, so pena de nulidad de los respectivos actos (art. 5 del Proyecto de la Comisión). En este sentido, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de la Comisión Presidencial aclaraba expresamente que *“está totalmente descartada la posibilidad de crear empresas mixtas o de participación, para la realización de las actividades reservadas, pero ello no excluye la celebración de convenios o contratos con empresas privadas para la ejecución de determinadas obras o servicios para los cuales éstas recibirían el pago en dinero o en especie, sin que en este último caso se pueda comprometer un porcentaje fijo de la producción de un determinado campo o la entrega de una cantidad substancial de petróleo que desdibuje la figura del simple contrato de servicio u operación. El Estado podría participar como socio en una de estas empresas prestadoras de tales servicios, lo que redundaría en acopio de experiencia para el Estado y sus entes en el campo operativo-industrial”* (V. *Informe, cit.*, pp. 1-62 y 1-63).

En este aspecto, el Proyecto de Ley presentado al Congreso se ha apartado de la orientación definida por la Comisión Presidencial, y permite la participación de empresas privadas en la operación de la industria, a través de empresas mixtas, lo cual no armoniza “la reserva”, con el “monopolio de derecho”. En efecto, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley presentado al Congreso, se señala expresamente que “en razón de la importancia que la industria de los hidrocarburos tiene para el desarrollo presente y futuro del país, el proyecto no elimina la posibilidad de que, en casos especiales y cuando así se justifique en razón de los más altos intereses nacionales, puedan el Ejecutivo Nacional o los entes estatales, según fuere el caso, celebrar convenios de asociación con entes privados y por tiempo determinado, respecto a cualquiera de las actividades atribuidas, en forma tal que, de acuerdo con su participación mayoritaria, el Estado conserve, en todo caso, el control de las decisiones que se adopten conforme al convenio en cuestión. Desde luego que en su preocupación por revestir tales casos excepcionales de la mayor seguridad jurídica y de extremo control, dichos convenios de asociación requerirán para su validez la aprobación de las Cámaras en sesión conjunta, dentro de las condiciones que éstas fijen, una vez que el Ejecutivo Nacional las haya informado suficientemente, de todo lo relativo a la negociación de que se trata”. Como consecuencia de esta orientación, el artículo 5 del Proyecto de Ley presentado al Congreso por el Ejecutivo Nacional permite la constitución de empresas de capital mixto que podrán ejercer

“cualquiera de las actividades reservadas”, con la característica de que la participación pública, “garantice el control por parte del Estado”.

Diversas observaciones pueden formularse a este artículo y, en particular, que la permisión de que el Estado se asocie con empresas privadas, no armoniza, como se dijo, con las exigencias propias de la reserva y la nacionalización. La Constitución venezolana no admite la nacionalización y la reserva a medias: o sea, nacionaliza y el Estado exclusivamente operará á la industria; o simplemente el Estado entra a realizar operaciones en una industria en el porcentaje que decida, en virtud del régimen abierto de economía mixta del sistema venezolano. Pero si se opta por la vía de la nacionalización o la reserva de una industria al Estado, deben admitirse todas las consecuencias de dicha vía: prohibición a los particulares de ejercer actividades en la industria reservada, y exclusividad del Estado en la operación de la industria.

Es claro, sin embargo, que la figura de los “convenios operativos” o contratos de servicios, que autorizan realizar tanto el Proyecto de Ley de la Comisión Presidencial como el Proyecto de Ley presentado al Congreso por el Ejecutivo, por su misma naturaleza, por cuanto no implican asociación ni participación de las empresas privadas en la conducción del negocio petrolero, serían compatibles con la figura de la nacionalización y reserva. Esta sería, en efecto, la vía para utilizar la tecnología de las empresas privadas en la industria, sin alterar el principio nacionalizador, cual es, sustraer en virtud del interés general, de la dirección privada, las empresas del sector nacionalizado. (Cfr. J. Rivero: *Le Régime des Nationalisations*, cit. p. 1).

V. LA RESERVA DE LA INDUSTRIA PETROLERA Y LA EXPROPIACION DE LOS CONCESIONARIOS

Hemos señalado que la reserva —establecida legislativamente—, para el Estado, de cualquier actividad económica, no origina *per se* ninguna obligación de éste de indemnizar a los particulares que ya no pueden realizar actividades en ese sector. De allí que tantas diferencias existan entre la “reserva” y la “expropiación”. La primera recae sobre una actividad económica o de servicios en su totalidad, sobre un sector económico; en cambio, la “expropiación” requiere la individualización de un bien, de un derecho o de un conjunto de derechos, y eventualmente de una empresa (unidad productiva). La “reserva”, por otra parte, implica que ninguna actividad particular o privada podrá realizarse en el sector económico reservado. La “expropiación” de una empresa, en cambio, no afecta las actividades que puedan desarrollar otras empresas en el mismo sector económico. La “reserva”, por sí sola, no da derecho alguno a los particulares a ser indemnizados, pues el Estado no necesariamente asume las empresas privadas;

en la "expropiación", en cambio, siempre existe derecho del expropiado a recibir una justa indemnización.

Sin embargo, en todos aquellos supuestos en que como consecuencia de una reserva de actividades económicas por el Estado, éste decide, además adquirir para sí las empresas privadas que operaban en el sector reservado, el Estado deberá pagar una indemnización. Aquí, para perfeccionar el proceso de nacionalización, la técnica expropiatoria debe acompañar la figura de la reserva.

En el caso de la Ley que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, la declaratoria de reserva al Estado de "todo lo relativo a la exploración del territorio nacional en busca de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; a la explotación de yacimientos de los mismos, a la manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento; al comercio interior y exterior de las sustancias explotadas y refinadas, y a las obras que su manejo requiera" (Art. 1), deberá haber sido acompañada de un mandato a los concesionarios de transferir al Estado, forzosamente, las empresas que operan en el sector. Esta y no otra es la consecuencia de la reserva en el supuesto de la industria petrolera, pues, en todo caso, el Estado tiene que asumir y apropiarse de las empresas para continuar la operación de la industria. Por tanto, la reserva al Estado de la industria petrolera va más allá de la sola reserva, e implica, en todo caso, que el Estado tiene que asumir la industria que hasta ese momento ha sido gestionada por los concesionarios. Siendo esto así, la ley debería establecer que "en consecuencia, los concesionarios quedan obligados a transferir al Estado, forzosamente, las empresas petroleras".

La Ley de Reserva constituye, en sí misma, por tanto, en el caso de la industria petrolera, dada la necesidad que el Estado tiene de asumir las empresas concesionarias, no sólo una prohibición a los concesionarios de seguir operando, sino una orden de entrega forzosa al Estado de las empresas. Jurídicamente, la Ley de Reserva constituye, entonces, pura y simplemente, una nacionalización, al implicar la transferencia forzosa de la propiedad de las empresas de manos de particulares al Estado. Como tal, la reserva o nacionalización no puede ser discutida ni cuestionada por los particulares, y el efecto de la reserva, en este caso, que es la transferencia forzosa de la propiedad de las empresas al Estado, tampoco puede ser discutida por los concesionarios o particulares. Estos sólo podrán reclamar el pago de una justa indemnización, pero nunca la devolución de los bienes que deben traspasar forzosamente al Estado. Con buen juicio, siguiendo esta tesis, el Proyecto de Ley de Reserva que se comenta establece que "la contestación a la solicitud de expropiación versará únicamente sobre el momento de la indemnización propuesta" (art. 13, literal c), y, por tanto, nunca sobre la reserva y nacionalización.

En todo caso, la consecuencia de esta obligación, dirigida a los concesionarios, de transferir obligatoriamente, forzosamente, sus empresas al Estado, que emana directamente de la ley, es la expropiación forzosa de dichas empresas. Atinadamente, entonces, en el Proyecto de Ley de Reserva elaborado por la Comisión Presidencial de la Reversión Petrolera, se estableció la necesidad de que, en todo caso, se intentaran juicios de expropiación de todos los derechos derivados de las concesiones y bienes a ellas afectos (art. 9), por ante la Corte Suprema de Justicia. En esta forma, según aquel Proyecto, sólo era ante la máxima autoridad jurisdiccional del país que debía proponerse una indemnización para los concesionarios, y sólo era ante dicha autoridad que los concesionarios podían convenir en tal indemnización (art. 9, literal d). La presencia del juez en esta parte del procedimiento, indudablemente que abría al público el proceso indemnizatorio, que tantas controversias puede crear.

El Proyecto de Ley que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, presentado al Congreso, se aparta de esa orientación, y abre un proceso de negociación extrajudicial, y previo al juicio expropiatorio, que configura lo que en materia de expropiación general se conoce como "arreglo amigable", y que en el artículo 12 del Proyecto recibe el nombre de "avenimiento".

La Ley de expropiación por Causa de Utilidad Pública e Interés Social, distingue el "arreglo amigable" —convenio entre el Estado y el expropiado, sin intervención jurídica— (art. 3), del "avenimiento" que se produce en el ámbito judicial, después de la sentencia expropiatoria (art. 32). Inclusive, respecto del primero —el arreglo amigable—, para suplir la ausencia de la autoridad judicial en la negociación, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido insistente en exigir que el precio se establezca mediante peritos, para limitar la libertad de negociación.

Así vistas las cosas, en el caso de la Ley de Reserva, se estima conveniente estudiar el regreso a la fórmula original planteada en el Proyecto elaborado por la Comisión Presidencial de la Reversión Petrolera, de no prever la figura del "arreglo amigable" extrajudicial, que es inconveniente, y de abrir la posibilidad de sólo un avenimiento sobre la indemnización, pero de carácter judicial, y por tanto público, en presencia de la Corte Suprema de Justicia, tal como también lo prevé el Proyecto de Ley presentado al conocimiento de las Cámaras Legislativas (art. 13, letra d), pero luego de la determinación del precio mediante peritaje, y sin necesidad de oferta previa.

Si se mantiene la fórmula del "arreglo amigable" previsto en el artículo 12 del Proyecto de Ley, *el compromiso financiero que dicha norma conlleva, en principio, sería de aquellos sometidos al control previo de la Contraloría, tanto conforme a la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional como a la Ley*

Orgánica de la Contraloría General de la República, pues, tal como lo prevé el Proyecto, en este arreglo amigable, el precio —al contrario de lo que sucede en la expropiación general— no es determinado por peritos, conforme a un procedimiento legal, sino fijado directamente entre el Ejecutivo Nacional y los concesionarios.

Sin embargo, tratándose de un contrato de interés nacional, que no puede considerarse como normal para el funcionamiento de la Administración Pública, conforme a la Constitución (art. 126), dicho convenio o “arreglo amigable” debería someterse a la aprobación del Congreso, en cuyo caso no se requeriría el control previo de la Contraloría. En este sentido, debió hacerse mención expresa en el Proyecto de Ley sometido al Congreso, de la aprobación por éste del denominado “avenimiento” en el artículo 12 del mismo, tal como se lo especificó expresamente en el artículo 4º del Decreto-Ley Nº 580, del 26 de noviembre de 1974, que reservó al Estado la industria de la explotación del mineral de hierro, y que llevó a las Cámaras Legislativas, en sesión conjunta, el día 27 de diciembre de 1974, a aprobar los convenios (actos convenios) suscritos entre la Corporación Venezolana de Guayana y las empresas del hierro.

VI. LA NACIONALIZACION DE LAS EMPRESAS PETROLERAS Y LA FIGURA DE LA EXPROPIACION DE EMPRESAS (UNIVERSALIDADES)

La reserva de la industria petrolera —hemos señalado— equivale a una auténtica nacionalización de las empresas que venían operando en manos particulares, nacionales o extranjeras, pues aquéllas deben pasar al Estado para asegurar la continuación de la industria petrolera.

En todo proceso nacionalizador, tal como se ha dicho recientemente, el objeto del mismo está constituido por “bienes que son medios de producción con el objeto de que el Estado continúe dándoles el mismo destino productor que ya tenían en manos del particular. *Es por esto que una nacionalización recae siempre sobre empresas, que pasan al dominio del Estado, a fin de que éste prosiga la explotación de ellas en una forma esencialmente igual. La materia sobre la que recae la nacionalización siempre es, por consiguiente, un conjunto de bienes aptos para la producción o distribución de riqueza, conjunto que en cierta forma puede estimarse como una universalidad, en cuanto consta de una multiplicidad material ordenada a un fin industrial o comercial*” (V. Eduardo Novoa Monreal: *Nacionalización y recuperación de recursos naturales ante la Ley Internacional*, cit., pp. 45 y 46).

La razón por la cual la nacionalización implícita en la reserva al Estado de la industria petrolera, debe recaer en las empresas petroleras concesionarias y no solamente en los bienes de éstas, es que con la nacionalización y reserva se

persigue un objetivo fundamental: asegurar que la industria y las unidades económicas empresariales, continúen funcionando a cabalidad, desde el momento mismo de la expropiación.

Por tanto, para asegurar este objetivo fundamental, el proceso expropiatorio —consecuencia de la Ley de Reserva— debe versar necesariamente sobre las *empresas petroleras*, es decir, sobre las unidades económico-productivas o de servicios que manejan la industria petrolera, de manera que éstas no se vean afectadas, en su funcionamiento, con el cambio de titularidad a favor del Estado. De allí que en un proceso nacionalizador de la industria petrolera, lo ideal sería que la expropiación fuera de empresas más que de bienes particularizados, mediante un simple traspaso de acciones de los particulares al Estado. Esta fue la modalidad utilizada, por ejemplo, en las nacionalizaciones efectuadas en Francia con posterioridad a la liberación, sobre las empresas bancarias, de seguros y de transporte aéreo (Cfr. Jean Rivero: *Le Régime des Nationalisations*, Extrait du *Juris Cleasseur Civil*, annexes, 2º, Catrier, París, 1948, pp. 13 y 16). En estos casos se produjo la transferencia de las empresas con todo su patrimonio al Estado, mediante una cesión de acciones. Sin embargo, sea que jurídicamente se utilice la modalidad de adquisición de la empresa en su totalidad, o de su activo, o de sus acciones, lo importante es que el objetivo del Estado es tomar la “empresa” a su cargo, utilizando el término “empresa” en el sentido de unidad económica (V. B. Chenot, *Organisation Economique de l'Etat*, París, 1965, p. 425, cit. por E. Novoa Monreal: *op. cit.*, p. 45).

La expropiación que debe hacerse de las empresas petroleras, conforme a la Ley de Reserva, deberá, por tanto, referirse y afectar a dichas “empresas” como tales, las cuales deberán pasar al Estado. Esta parece ser la intención del Proyecto de Ley de Reserva elaborado por la Comisión Presidencial de la Reversión Petrolera, en el cual se justifica la inclusión en el Proyecto de normas específicas que regirán la expropiación de las empresas petroleras, en los siguientes términos: “El Proyecto de Ley establece un procedimiento judicial expropiatorio especial, suficientemente ágil y expedito, para asegurar mejor la protección de los intereses nacionales, y que hace inaplicable el procedimiento general expropiatorio contemplado en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, concebida para expropiaciones individuales y no para expropiaciones de carácter universal, como es el caso, y los procedimientos expropiatorios vigentes conforme a otras leyes” (V. *Informe* de la Comisión, noviembre 1974, pp 1-54 y 1-55). Sin embargo, es de destacar que el Proyecto de Ley presentado al Congreso habla de la “expropiación de todos los derechos que tengan los concesionarios sobre los bienes afectos a las concesiones de las cuales sean titulares” (art. 13); de la “ocupación previa de los bienes objeto de la expro-

piación" (artículo 14); y del "monto de la indemnización de los derechos sobre los bienes expropiados" (art. 15); y no utiliza la expresión "expropiación de las empresas concesionarias", que parece ser la adecuada, sin perjuicio de que la indemnización se fije según el valor neto de los activos depreciados y amortizados según los libros. Se estima, en todo caso, que en el Proyecto de Ley debe quedar claramente expresado la intención de nacionalizar y expropiar "las empresas petroleras concesionarias", las cuales deberán pasar, como tales empresas, al Estado, pues esa sería la única posibilidad de que el Estado las continúe operando sin alteraciones.

Por supuesto que la solución más rápida y simple para lograr ese traspaso, sería que la expropiación afectara a las acciones de las empresas, produciendo un cambio de titularidad de las mismas, de los particulares al Estado. Ello no obstante, para la aplicación de una solución de este tipo se exigiría que en el caso de la industria petrolera, jurídicamente hablando, las empresas concesionarias tuvieran la forma de sociedades anónimas constituidas en Venezuela.

Sólo así podría operarse el traspaso de acciones. La realidad, sin embargo, es otra: la casi totalidad de las empresas petroleras son empresas extranjeras domiciliadas en Venezuela, conforme al artículo 354 del Código de Comercio. Por ello, al no estar constituidas en Venezuela, el patrimonio de las mismas afectado a actividades productivas o de servicios en Venezuela, no está representado por títulos accionarios específicos.

Por ello, el objetivo del Estado de tomar las empresas concesionarias, no se puede lograr mediante la adquisición forzosa de sus acciones; es necesario recurrir a otras figuras para que el Estado asuma la empresa, y en este sentido el Proyecto de Ley propone la expropiación de "los derechos que tengan los concesionarios sobre los bienes afectos a las concesiones de las cuales sean titulares" (art. 13). Sin embargo, esta modalidad expropiatoria no implica necesariamente la expropiación de las empresas como unidades económicas, y por supuesto no asegura la continuidad de la industria, al no comportar la transferencia inmediata de "las empresas" al Estado. Este no podría asumir de inmediato la industria, si sólo adquiere "los derechos de los concesionarios sobre los bienes afectos a las concesiones" y no adquiere "las empresas" como tales.

De consiguiente, sea cual fuere la modalidad jurídica que se utilice para determinar el valor de la indemnización a pagar, y para hacer efectiva la expropiación, en la ley debe establecerse, con diaphanidad, que el objeto de la expropiación son las empresas, y que son éstas, como unidades económicas, las que se trasladarán al Estado.

Para asegurar la continuidad de la industria, entonces, si se expropian y nacionalizan las empresas, la propia Ley de Reserva debe dotar de personalidad

jurídica a las mismas, sin necesidad de que el Ejecutivo Nacional las tenga que "crear" por acto posterior (art. 6). De este modo, la Ley de Reserva debería autorizar al Ejecutivo Nacional, para reorganizar la industria nacionalizada, posteriormente, la cual debe pasar a propiedad del Estado tal como viene operando, sin necesidad de "crear" nuevas empresas.

VII. LAS EMPRESAS PETROLERAS NACIONALIZADAS Y LA ADMINISTRACION PETROLERA NACIONAL

El Proyecto de Ley que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, elaborado por la Comisión Presidencial de la Reversión Petrolera, establecía que las actividades reservadas sólo podían ser ejercidas por el Ejecutivo Nacional y "*por entes de la propiedad exclusiva del Estado* creados mediante leyes especiales, a los cuales les sean asignados por el Ejecutivo Nacional, previa aprobación del Senado, los correspondientes derechos para ejercer una o más de las indicadas actividades" (art. 5). En dicha norma se autorizaba a dichos entes, además, para "crear empresas de su exclusiva propiedad, para realizar una o varias de las actividades comprendidas en los derechos que se les asignen". El referido Proyecto, en todo caso, dejaba para una ley posterior la organización de la Administración Petrolera Nacional, sin contener mayores precisiones sobre su organización.

En el Informe de la Comisión (pp. 1-38 a 1-44), sin embargo, se expusieron una serie de criterios, que es de interés destacar:

1. "La A.P.N. atenderá, con toda independencia administrativa y en base a los más sanos principios gerenciales y técnicos", las actividades que se le asignarán.

2. Con la creación de la A.P.N. a corto plazo debía mantenerse "la eficiencia de las unidades operativas y de apoyo existentes, para garantizar la continuidad de las actividades de la industria".

3. "Adoptar para la A.P.N. la estructura de una organización integrada verticalmente, multiempresarial y dirigida por una casa matriz".

4. "Crear las empresas de la A.P.N. como entes de la propiedad exclusiva del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio distintos del Fisco Nacional, *aptos para actuar con entera eficiencia en el campo mercantil*".

5. "Proporcionar a la A.P.N. máxima autonomía administrativa y plena flexibilidad de acción, dentro de la adhesión que deberá guardar con respecto a las pautas y estrategias de la planificación nacional".

6. "Adscribir la A.P.N. a la Presidencia de la República, a través del Consejo Nacional de Empresas del Estado".

7. "Dotar a la A.P.N. de un régimen propio de administración de personal, independiente de la Administración Pública... y garantizar que los obreros, empleados, supervisores, gerentes y directores de la A.P.N. no serán considerados empleados públicos".

En el mencionado Informe, en todo caso, no se adelantó opinión en torno a la forma jurídica concreta que debían tener las empresas públicas de la A.P.N. según las figuras clásicas del derecho venezolano (Instituto autónomo o sociedad mercantil), sino que, al contrario, se propugnó con gran acierto la creación de una figura jurídica nueva, que se apartara de los esquemas tradicionales. En las conclusiones sobre los aspectos "jurídico-organizativos", el Informe señaló que se había llegado a la conclusión de que era "oportuno y necesario promulgar una *ley de empresas del Estado, capaz de dotar a la Nación de un instrumento legal que le permita crear empresas estatales, suficientemente ágiles en el orden administrativo y comercial, las cuales, en consecuencia, sin descuidar la seguridad que corresponde a los intereses nacionales a ellas confiados, capaciten a la Nación para intervenir eficazmente en el ámbito del comercio y la negociación*" (pp. 1-56).

El Proyecto de Ley de Reserva presentado al Congreso Nacional se apartó de algunas de las más importantes recomendaciones de la Comisión Presidencial.

En la Exposición de Motivos de ese Proyecto, se estableció lo siguiente: "En razón de la exigencia de asumir lo más pronto posible el ejercicio de la industria por parte del Estado, al vencerse el lapso establecido en el proyecto para la extinción de las concesiones, se ha creído prudente no someter la creación de las empresas del Estado a una ley especial. Según las bases referidas, el Ejecutivo *queda facultado para crear las empresas que juzgue necesario para el desarrollo regular y eficiente de las actividades, pudiendo atribuirles el ejercicio de una o más de ellas. El Estado será el propietario de dichas empresas, aunque le está permitido asignar la propiedad de las acciones de cualesquiera de dichas empresas, a la empresa matriz, encargada de coordinar, supervisar y controlar las actividades de las demás. La Ley no determina la forma jurídica que hayan de adoptar las empresas del Estado, dejando ello al buen criterio del Ejecutivo Nacional, pero a fin de obviar el requisito del Código de Comercio para la creación de sociedades anónimas, de dos socios por lo menos, se permite la constitución de la sociedad anónima con un solo socio, es decir, el Estado. Tomando en consideración que, conforme al decreto de su creación, la Corporación Venezolana del Petróleo reviste la forma de Institutos autónomos y con el fin de integrarla en el complejo del organismo operativo del Estado en la industria, la ley dispone que se convierta a la Corporación en sociedad mercantil*".

Con base en esta motivación, el artículo 6º del Proyecto de Ley presentado al Congreso, atribuye al Ejecutivo Nacional la facultad de organizar la administración y gestión de las actividades reservadas, conforme a las siguientes bases:

1º “Crearé, con las formas jurídicas que considere conveniente, las empresas que juzgue necesario para el desarrollo regular y eficiente de tales actividades, pudiendo atribuirles el ejercicio de una o más de éstas, modificar su objeto, fusionarlas o asociarlas, extinguirlas y liquidarlas y aportar su capital a otra u otras de esas mismas empresas. Estas empresas serán de propiedad del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la base segunda de este artículo, y en caso de revestir la forma de sociedades anónimas, podrán ser constituidas con un solo socio”.

2º “Atribuiré a una de las empresas las funciones de coordinación, supervisión y control de las actividades de las demás, pudiendo asignarle la propiedad de las acciones de cualesquiera de esas empresas”.

3º “Llevaré a cabo la *conversión en sociedad mercantil* de la Corporación Venezolana del Petróleo, creada mediante decreto N° 260, del 19 de abril de 1960”.

El artículo 8 del Proyecto de Ley, además, agrega que “los directivos, administradores, empleados y obreros de las empresas... inclusive los de la Corporación Venezolana de Petróleo una vez convertida en sociedad mercantil, no serán considerados funcionarios o empleados públicos”.

Ahora bien, diversas observaciones pueden hacerse a esta normativa. En primer lugar, siendo el objetivo primordial, a corto plazo, asegurar la continuación de las operaciones de las empresas petroleras una vez que pasen a ser propiedad del Estado, debería regularse directamente en la ley que las empresas concesionarias seguirán operando como empresas nacionalizadas, del Estado, y por tanto, *con la personalidad jurídica que debe otorgarles directamente la Ley*. Es decir, que todas las empresas conservarán su unidad económico-operativa, y pasarán a ser controladas por el Estado tal cual venían operando. Hecho esto, la Ley debería facultar al Ejecutivo, no para “crear” empresas, que ya existen y tendrían personalidad jurídica en virtud de la propia Ley, sino *para reorganizar* la industria a través de un ente matriz que se debería crear también en la Ley, y que en definitiva asumiría las funciones que se asignaran a la “Comisión Supervisora de la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos” (art. 9 y ss.).

En efecto, si se tiene programado “adoptar para la A.P.N. la estructura de una organización integrada verticalmente, multiempresarial y dirigida por una Casa Matriz” (Informe de la Comisión Presidencial de la Reversión Petrolera, p. 1-39), y ello mismo se anuncia en el artículo 6º, base segunda, lo más ló-

gico es que la Ley, *directamente*, cree el ente Petrolero Nacional matriz, y le atribuya a su Directorio las funciones de la denominada "Comisión Supervisora", que no son otras que el "ejercer la representación del Estado en todas las actividades de los concesionarios, a los fines de fiscalización, control y autorización, hasta tanto las empresas estatales previstas en esta ley asuman el ejercicio de la industria reservada" (art. 9). Tal como lo señala el artículo 10 del Proyecto de Ley, "la fiscalización y control se ejercerá, primordialmente, sobre la planificación y prácticas operacionales, financieras y comerciales de las empresas y sobre los sistemas y prácticas laborales de las mismas, así como sobre los costos de la industria petrolera. Las funciones de autorización se ejercerán, primordialmente, sobre los contratos de venta y de intercambio de crudos y de productos, las remisiones de fondos y pagos al exterior, los presupuestos de inversión y los contratos relativos a la transferencia de tecnología".

Otra observación que puede formularse al Proyecto de Ley es en relación a la forma jurídica de las empresas operativas de la industria que serán de propiedad estatal. Cierto es que el Proyecto no dice expresamente cuál forma jurídica debe darse a las empresas, si instituto autónomo o sociedad mercantil, es decir, forma jurídica de derecho público o de derecho privado; sin embargo, es indudable que la tendencia del mismo es a la constitución de las empresas como sociedades mercantiles, lo cual se evidencia de la regulación expresa de la sociedad mercantil de una sola persona (art. 6, base 2), así como la previsión de que la CVP debe ser convertida de instituto autónomo que es, en sociedad mercantil (art. 6, base 3, y art. 8).

Se aprecia de estas normas que al Proyecto de Ley presentado al Congreso le seduce la figura de la "sociedad anónima" como forma eficiente *per se*, para manejar los asuntos del Estado. La misma orientación prevalece en el Proyecto de Ley sobre el Sistema Nacional de Empresas del Estado, presentado al Ejecutivo por la Comisión de Reforma Integral de la Administración Pública, que pretende atribuir la forma societaria mercantil materialmente a todas las empresas del Estado; y en el Proyecto de Decreto sobre normas para el desarrollo de la Industria Petroquímica (publicado en *El Nacional*, Caracas, 25 de marzo de 1975) que atribuye la forma de sociedad mercantil anónima a todas las empresas del complejo petroquímico (p. e. art. 9).

Ahora bien, en una materia de tanta importancia como la nacionalización de la industria petrolera, la A.P.N. debe al menos satisfacer dos exigencias: por una parte, en que efectivamente responderá a los fines públicos que tendrán asignada conforme al Sistema Nacional de Planificación; y por otra parte, en que la operación de las empresas deberá realizarse eficientemente, con criterio gerencial y mercantil. El legislador, en este sentido, tendría que tratar de conciliar ambas exigencias, y ello indudablemente que no se lograría atribuyendo

a todas las empresas la forma jurídica de derecho público clásico (el instituto autónomo), ni la forma jurídica clásica de derecho privado (la sociedad mercantil). Dotar a todos los entes petroleros de una u otra forma jurídica, indudablemente que podría producir una distorsión en cuanto a los objetivos perseguidos de combinar los fines públicos con el carácter gerencial, combinación que se señaló así en el Informe de la Comisión Presidencial de la Reversión Petrolera: "adoptar medidas que protejan el interés nacional en cuanto al manejo del negocio petrolero y que aseguren el mantenimiento de un nivel operativo de la industria cónsono con los requerimientos inmediatos y mediatos del país" (pp. 1-35).

Esta combinación podrá lograrse a través de dos vías: por una parte, mediante la creación de un nuevo ente jurídico en el ordenamiento venezolano, semipúblico o semiprivado en cuanto al régimen jurídico que le es aplicable, de Empresa del Estado o Empresa Nacionalizada. Esta, indudablemente, era la intención de la Comisión Presidencial señalada cuando recomendaba la promulgación de una Ley de Empresas del Estado "capaz de dotar a la Nación de un instrumento legal que le permita crear empresas estatales, suficientemente ágiles en el orden administrativo y comercial, las cuales, en consecuencia, sin descuidar la seguridad que corresponde a los intereses nacionales a ellas confiados, capaciten a la nación para intervenir eficazmente en el ámbito del comercio y la negociación, pp. 1-56.

Es de destacar que una fórmula similar, intermedia entre las figuras de derecho público (instituto autónomo o establecimiento público) y las de derecho privado (sociedades mercantiles), se originó en Francia con las empresas nacionalizadas de la postguerra; en Inglaterra con las industrias nacionalizadas, también de la postguerra, con forma de *Public Corporation*; y en los países socialistas, con la figura intermedia de Empresas del Estado, producto también de las nacionalizaciones.

El otro medio para lograr la combinación entre formas jurídicas públicas y privadas, sería utilizando en la A.P.N. las figuras clásicas combinadas. En esta forma, por sus funciones, es indudable que la Casa Matriz tendría que tener forma jurídica de derecho público (instituto autónomo o establecimiento público), y las empresas operativas, por sus actividades, podrían tener forma jurídica de derecho privado (sociedades anónimas). Esta es la fórmula seguida, por ejemplo, en el *holding* petrolero italiano, en el Ente Nazionale Idrocarburi (E.N.I.). El Ente es uno de los denominados ente público económico (establecimiento público), igual que el I.R.I., y las empresas filiales del mismo tienen forma mercantil (V. Stuart Holland: *The State as Entrepreneur. New dimensions of public enterprise: The Iri State Shareholding formula*, London, 1972; Piero Meschini: "Alcune considerazioni intorno alla natura giuridica degli enti pubblici

economici nell'ordinamento italiano", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Nº 4, oct.-dic. 1957, Milano, 1957, pp. 858 y ss). Con una combinación semejante, se aseguraría la vinculación estrecha a los niveles políticos del Estado de la A.P.N. a través de la Casa Matriz, que no realizará funciones operativas, sino sólo de planificación, supervisión, programación y control, con forma de derecho público (instituto autónomo), y la operación eficiente de la industria a través de sus filiales (empresas operativas), con forma de sociedad mercantil. .

Así las cosas, la casa matriz, es decir, el *holding* sectorial de la industria petrolera estatal, se convertiría en lo que debe ser: un instrumento de la política económica gubernamental (Cfr. Pietro Meschini: *loc. cit.*, p. 892) que controla, programa, supervisa y planifica, en nombre del Estado, las actividades de operación de la industria a cargo de las empresas filiales, con forma societaria. Tal como se señaló anteriormente, debería considerarse la posibilidad de que este *holding* petrolero público fuese directamente creado mediante la Ley de Reserva, de manera que de inmediato comience a desarrollarse, mediante el ejercicio, por su Directorio, de las funciones que el Proyecto atribuye a la denominada "Comisión Supervisora de la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos".

Por otra parte, y en relación al régimen del personal que estará al servicio de la A.P.N., se observa tanto del Informe de la Comisión Presidencial como del Proyecto de Ley presentado al Congreso por el Ejecutivo, la insistencia de que dicho personal a todos sus niveles "no serán considerados funcionarios o empleados públicos" (art. 8). En realidad, debe señalarse que no se aprecia de los diferentes planteamientos del Informe de la Comisión ni de las Exposiciones de Motivos de los Proyectos, razón alguna valedera para excluir a algunos niveles directivos de las empresas petroleras nacionalizadas de la calificación como "funcionarios públicos". En este campo parece que falta mayor claridad de conceptos y de ámbito del régimen aplicable a los funcionarios o empleados públicos.

Coincidimos con la apreciación del Informe de la Comisión Presidencial de que la A.P.N. debe ser dotada "de un régimen propio de administración de personal, independiente de la Administración Pública" (pp. 1-44); sin embargo, este criterio por sí solo no justifica la exclusión total de la calificación de funcionarios o empleados públicos a algunos niveles de la A.P.N. La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley presentada al Congreso se limita a dar como justificación de la exclusión que ese ha sido el "firme criterio sostenido por el Ejecutivo Nacional y que encuentra eco en el propio sentir del personal de la industria" (p. 6).

Sobre el particular, cabe ante todo señalar lo siguiente: una cosa es la calificación de funcionario o empleado público y otra cosa es la Ley de Carrera Administrativa. Si lo que se quiere es establecer un régimen de administración

de personal propios de la A.P.N., independiente del que existe en la Administración Pública, en ello no hay ningún inconveniente, y bastaría la indicación expresa de que la Ley de Carrera Administrativa no se aplicará al personal al servicio de la A.P.N. Es de recordar que la propia Ley de Carrera Administrativa excluye de su ámbito de aplicación a diversas categorías o grupos de funcionarios públicos (art. 5), y ello mismo podría hacerse con los empleados de la A.P.N. Pero, en todo caso, la exclusión del régimen de la Ley de Carrera Administrativa de determinado personal al servicio del Estado, no le quita el carácter de funcionario o empleado público, derivado del derecho de prestar servicios en forma permanente en un ente público. Ello es importante, porque a pesar de que no se les aplique la Ley de Carrera Administrativa, sí se les aplicarían las limitaciones constitucionales establecidas respecto de los funcionarios públicos.

Por ejemplo, la incompatibilidad de que se pueda desempeñar más de un destino público remunerado (art. 123); la prohibición para quienes estén al servicio de personas públicas de contratar con la República, los Estados y los Municipios y demás entidades públicas, por sí ni por interpuesta persona ni en representación de otro (art. 124); la incompatibilidad establecida respecto de los funcionarios o empleados públicos de ser elegidos senadores o diputados, cuando la elección tenga lugar en la jurisdicción en la que actúan (art. 140, ord. 3º). No consideramos que el interés en dotar a la A.P.N. de un sistema propio de administración de personal, separado del que rige en la Administración Pública Nacional, que compartimos, pueda llevar a una conclusión diametramente distinta, cual es la exclusión de la categoría de funcionarios públicos a todo dicho personal, con la consecuencia de que no se le aplicarían, por ejemplo, las incompatibilidades señaladas.

Esto permitiría ver, por ejemplo, a un directivo de una empresa petrolera estatal ocupando un cargo público o celebrando un contrato de obra pública o suministro con el Estado, lo cual no parece aceptable.

Se estima, en definitiva, que el afán de dotar al personal al servicio de la A.P.N. de un régimen de administración de personal propio e independiente del que rige en la Administración Pública Nacional, no debe conducir a que no tenga dicho personal, en ninguno de sus niveles, la categoría de funcionarios o empleados públicos. Al menos los directivos de todas las empresas petroleras nacionalizadas tendrían que tener la categoría de funcionarios o empleados públicos a los efectos de las prohibiciones e incompatibilidades constitucionales, de las sanciones y penas establecidas en el Código Penal, y de las limitaciones de la Ley contra el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos; ello, aun cuando no se les aplique la Ley de Carrera Administrativa, ni el sistema de Administración Pública Nacional.

Por tanto, se estima que debería considerarse la modificación del artículo 8 del Proyecto de Ley, en el sentido de excluir al personal empleado de las empresas petroleras nacionalizadas de la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa, y sin perjuicio de atribuirle expresamente la categoría de funcionarios o empleados públicos.

A pesar de que, como hemos dicho, el efecto inmediato de la ley que reserva al Estado la industria petrolera debería ser la prohibición a los concesionarios de seguir operando las empresas y la extinción anticipada e inmediata de las concesiones, es evidente de evidencia incontestable que, como lo señala la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley presentado al Congreso, en un caso como el de la industria petrolera, en que "los concesionarios privados ejercen la industria de los hidrocarburos y conservan derechos sobre bienes con los cuales la realizan, no pueden coincidir, por razones prácticas, el momento de la declaratoria de la reserva y el del ejercicio de la actividad reservada". Como consecuencia de esta innegable realidad, el Proyecto de Ley prevé tres mecanismos para hacer frente al período de transición que se abre entre la promulgación de la Ley y la apropiación efectiva de las concesiones por el Estado: en primer lugar, tal como lo hemos señalado, contempla una virtual suspensión de la reserva o nacionalización por un lapso de 120 días contados a partir de la promulgación de la ley, pues es sólo al vencimiento de dicho término que se consideran extinguidas las concesiones de hidrocarburos otorgadas por el Ejecutivo Nacional (art. 1); en segundo lugar, abre un proceso de negociación directa con los concesionarios a los fines de "la adquisición" de las empresas petroleras mediante un "arreglo amigable" (llamado "avenimiento"), y en su defecto, la realización de un proceso expropiatorio (arts. 12 y 13); y en tercer lugar, crea una Comisión Supervisora de la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, con funciones de fiscalización, control y autorización, "hasta tanto las empresas estatales previstas en la ley asuman el ejercicio de la industria reservada" (art. 9).

Diversas observaciones pueden formularse respecto de este régimen transitorio, algunas de las cuales ya han sido comentadas. En primer lugar, sobre los efectos de la ley de reserva: a partir de su promulgación surge *una prohibición* a los particulares concesionarios de seguir operando las empresas, y surge también *una obligación* para los mismos concesionarios de transferir las empresas al Estado.

Este debería ser el sentido del artículo 1º de la ley. Sin embargo, para garantizar la continuidad de la industria petrolera, la ley podría permitir que los concesionarios, a pesar de la extinción formal de las concesiones a partir de su promulgación, pueden seguir operando las empresas, hasta tanto se con-

sume el traslado efectivo de las mismas al Estado, mediante el procedimiento expropiatorio. El régimen transitorio, por tanto, tendría cabal sentido en su carácter excepcional: extinguidas las concesiones, los concesionarios (a pesar de la prohibición de operar las empresas) pueden seguirlas operando sometidas a las normas de la Ley de Hidrocarburos y al control del Estado. En esta forma la reserva y nacionalización surte todos sus efectos a partir de la promulgación de la ley. El Proyecto de Ley presentado al Congreso, sin embargo, tal como se ha dicho al señalar que las concesiones se extinguen a los 120 días contados a partir de la promulgación de la ley, en realidad suspende la nacionalización y reserva durante ese lapso.

En segundo lugar, en cuanto al procedimiento previsto para la adquisición de las empresas petroleras por el Estado, ya hemos dicho nuestro parecer sobre la negociación directa entre el Ejecutivo y los concesionarios a través de un arreglo amigable. Sin embargo, tanto sobre el llamado avenimiento, como sobre la expropiación prevista, es de destacar que con ello lo que se busca es el traslado efectivo de las empresas al Estado. La Ley de Reserva, en este sentido, dentro del procedimiento expropiatorio, sustituye al denominado Decreto de Expropiación o de Ejecución. En sí misma, la Ley de Reserva es una ley prohibitiva hacia el futuro, destinada a impedir que particulares realicen actividades en la industria reservada, y, por tanto, es una ley expropiatoria. Es decir, la Ley de Reserva, en realidad, es la que decreta u ordena la expropiación, y todo el régimen transitorio debería estar concebido para hacer efectiva la apropiación por el Estado de las empresas petroleras. Por tanto, la ocupación previa, por ejemplo, si en alguna hipótesis ello se estima conveniente, debería poder decretarse de inmediato en los casos en que sea necesario, y no solamente al vencimiento del lapso de 120 días señalado o cuando el concesionario no conviene en el monto de la indemnización (art. 14).

Ahora bien, precisamente por la situación excepcional en que se encontrarán los concesionarios de hidrocarburos después de la Ley de Reserva, en que a pesar de la prohibición que contiene dicha ley, aquéllos podrán seguir operando hasta tanto se materialice la transferencia de las empresas al Estado, es que se justifica regular un período de transición en el cual debe acrecentarse el control, vigilancia y fiscalización de parte del Estado sobre los concesionarios. Para ello, el Proyecto de Ley crea una "Comisión Supervisora de la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos" (art. 9). Sobre una Comisión configurada como la del Proyecto, se ha dicho: "...una «Comisión» de composición tan variada y numerosa no es la mejor manera de asegurar el ejercicio efectivo de dicho control y vigilancia; es más una «Comisión», en definitiva, será la mejor manera de ahogar en sesiones interminables, conflictivas y multitudinarias, las muy importantes decisiones que debe asumir el Estado durante el período de

transición". (V. Allan R. Brewer-Carías: "Comentarios en torno a la nacionalización petrolera", Revista *Resumen*, Nº 55, Caracas, 24-11-74, p. 23).

En realidad, tal como lo hemos apuntado, las funciones de fiscalización, vigilancia y control de las empresas concesionarias, después de promulgada la ley, podrían ser atribuidas tanto al Ministerio de Minas e Hidrocarburos, como al ente petrolero nacional (Casa Matriz), que en definitiva deba tener el control de la industria petrolera venezolana, y que, debería ser creado directamente por la Ley de Reserva. Dicha entidad, con forma de derecho público y como *holding* sectorial, en sus funciones de fiscalización, vigilancia y control durante el período de transición, puede decirse que contará con la asesoría y eventual participación activa de una "Comisión" como la que prevé el proyecto; sin embargo, lo que no parece apropiado desde el ángulo administrativo, es que sea esa "Comisión" la que "administre" el período de transición, la Comisión puede asesorar y colaborar en la administración, fiscalización, vigilancia y control; sin embargo, la experiencia nos enseña, en el ordenamiento administrativo venezolano, lo poco conveniente que resulta el cumplimiento de tareas administrativas por el sistema de Comisiones.

Las decisiones que habrán de ser adoptadas durante el período de transición serán, indudablemente, decisiones de primera importancia para el futuro de la industria petrolera nacionalizada. Por otra parte, será durante ese período de transición que la A.P.N. deberá estructurarse para asumir progresivamente el control de la industria, y nada mejor para el futuro de ella que sea la casa matriz de la A.P.N. quien "administre" el período de transición.

IX. EL CONTROL DE LA ADMINISTRACION PETROLERA NACIONAL Y SU INTEGRACION A LAS POLITICAS ESTATALES

La nacionalización de las empresas petroleras y la asunción de éstas por entes de la propiedad exclusiva del Estado, necesariamente conduce a la estatización de la industria petrolera, y a la atribución de carácter público a los entes operativos de la misma. Es el Estado quien asumirá la industria con la nacionalización, porque los entes que se creen para operarla necesariamente tendrán que estar sometidos al control del Estado. Como consecuencia, sea cual fuere la organización administrativa concreta que tenga la A.P.N., necesariamente habrá de estar sometida a la conducción y control del Estado, y de su instrumento, la Administración Pública Nacional; es más, la organización administrativa que se diseñe para la A.P.N. debe garantizar ese control y orientación por parte de la Administración Pública Nacional. Esto plantea respecto a la A.P.N., la problemática tradicional de las relaciones entre el gobierno central y las empresas públicas.

Esta cuestión la pretende resolver el Informe de la Comisión Presidencial de la Reversión Petrolera, proponiendo lo siguiente: "Adscribir la A.P.N. a la Presidencia de la República a través del Consejo Nacional de Empresas del Estado por ante el Consejo Nacional de Empresas del Estado" (pp. 1-40). Por esta adscripción a la A.P.N. recibirá dirección política del Jefe de Estado, señalamientos programáticos de los organismos de planificación nacional, control normativo de los Ministerios sectoriales y control fiscal posterior por parte de la Contraloría General de la República, rindiendo cuenta de sus resultados por ante el Consejo Nacional de Empresas del Estado" (p. 1-40). El Proyecto de Ley presentado al Congreso no establece nada al respecto.

Antes de comentar las posibles implicaciones de la adscripción de la A.P.N. al propuesto Consejo Nacional de Empresas del Estado, es necesario tener en cuenta que con la nacionalización petrolera, el Ministerio de Minas e Hidrocarburos tendrá que ser reformado. Con la creación de las empresas estatales de petróleo, se ha dicho —con acierto— que debe reformarse el Ministerio de Minas e Hidrocarburos "para que, concluidas como queden sus absorbentes tareas de fiscalización de las concesionarias extranjeras, el Ministerio se convierta en *el órgano del Ejecutivo* para la elaboración y fijación de la política a ser ejecutada por la empresa estatal en materia de planes, inversiones, comercio exterior, investigación científica y tecnológica, etc., y como *principal contralor* de eficiencia y rendimiento de la dicha empresa" (V. Rubén Sader Pérez: "La Empresa Estatal y la Nacionalización Petrolera", *El Nacional*, Caracas, 18-1-75, p. D-14). Por tanto, de acuerdo con este criterio, que compartimos, al Ministerio de Minas e Hidrocarburos tendrán que redefinírsele y reformulársele sus funciones para que sea el brazo del Ejecutivo en la orientación y control de la A.P.N. En esta forma, la adscripción de la A.P.N. (de la Casa Matriz) al Ejecutivo Nacional, o en otras palabras, las relaciones entre el Estado (el Ejecutivo Nacional) y la Casa Matriz de la A.P.N. forzosamente tendrán que producirse a través del Ministerio de Minas e Hidrocarburos. De lo contrario, sea que se adscriba la A.P.N. a la Presidencia de la República, o al propuesto Consejo Nacional de Empresas del Estado, el Ministerio de Minas e Hidrocarburos tendría que desaparecer, por falta de competencias y funciones sustanciales; a esta situación, en nuestro criterio, no debe llegarse. Hay que confiar más en la capacidad de los Ministerios, como órganos ejecutivos del Presidente de la República, y si la adscripción de empresas públicas a los Ministerios no "ha servido para la supervisión real" de aquéllas, a pesar de que se le ha otorgado "autoridad plena y directa a los Ministerios", tal como lo ha señalado el señor Presidente de la República (*Mensaje al Congreso*, marzo 1975), ello se debe, a una deficiente configuración de los Ministerios, que hay que corregir. La reforma de cualquier sector de la administración descentralizada —tal como su-

cederá con la industria petrolera nacionalizada— debe provocar la reforma de la estructura ministerial, puesto que el régimen administrativo y constitucional venezolano es un auténtico régimen ministerial (art. 193 de la Constitución: “Los Ministros son los órganos directos del Presidente de la República...”). Por tanto, no sería atinado propender a una reforma de todas las empresas del Estado, tal como lo ha sugerido la Comisión de Reforma Integral de la Administración Pública Nacional, sin una reforma de la estructura ministerial; y en los mismos términos, cualquier organización que se vaya a formular respecto de la futura A.P.N., debe estar acompañada de una reforma del Ministerio de Minas e Hidrocarburos, para convertirlo en el brazo ejecutivo de supervisión y control de la A.P.N.; de lo contrario estaría expuesto a desaparecer.

A todo evento, la pretendida adscripción al propuesto Consejo Nacional de Empresas del Estado de la Casa Matriz (Corporación Sectorial) de la A.P.N., podría crear desajustes significativos en la política administrativa gubernamental.

En el caso de la nacionalización de la industria petrolera, y de la formación de una corporación sectorial (Casa Matriz) en materia petrolera, la adscripción de la misma al propuesto Consejo Nacional de Empresas del Estado, podría ser objeto de las siguientes observaciones:

En primer lugar, como se dijo, siendo el régimen constitucional y administrativo venezolano, un régimen ministerial, el Ministro de Minas e Hidrocarburos necesariamente es el órgano de ejecución directa del Presidente, y por tanto, de las políticas del Estado en esos sectores. El Ministro, en este sentido, no sólo gobierna los diversos sectores de actividad pública a su cargo, sino que, inclusive, participa en la formulación y concepción de todas las políticas estatales a través del Consejo de Ministros. Siendo por tanto el Ministro, el órgano de ejecución de las políticas estatales, es indudable que todo esquema de organización de la A.P.N. en particular y de reordenación o estructuración de un sistema de empresas estatales, debe apoyarse en una forma u otra en los Ministerios Sectoriales. De lo contrario, se correrá el riesgo, al socaire de la búsqueda de una mayor eficacia, de desligar los órganos de ejecución (empresas) de los órganos de gobierno (Ministerios). Y no otra cosa resultaría de una propuesta que constituyera como “órgano supremo de planificación, promoción, coordinación, supervisión y control” del Sistema Nacional de Empresas del Estado a un Consejo Nacional de Empresas del Estado constituido como organismo desligado de la estructura ministerial, adscrito a la Presidencia de la República, y eventualmente presidido por un Ministro de Estado. Una organización de este tipo, indudablemente que alejaría a las empresas del Estado de las políticas sectoriales definidas por los Ministerios, y en el caso de las empresas de la A.P.N. las alejaría totalmente del Ministerio sectorial (Minas e Hidrocarburos). Ello, salvo

que el Consejo Nacional señalado —que no es el caso en el proyecto de la CRIAP— estuviese integrado por los Ministros Sectoriales. En esta forma, a pesar de que las Corporaciones sectoriales, y entre ellas la de petróleo, no estuviesen adscritas a los Ministerios sectoriales correspondientes, el hecho de que todos los Ministros interesados formaran parte del Consejo Nacional que se constituiría en el órgano central del sistema, aseguraría la participación de ellos en la definición y control de la actividad de las diversas empresas. En todo caso, de optarse por la figura del Consejo Nacional de Empresas del Estado integrado por funcionarios distintos a los Ministros, y por la no adscripción de las Corporaciones sectoriales a los respectivos Ministros sectoriales, no sólo no se aseguraría que éstos tengan la fiscalización y control de las Corporaciones sectoriales, sino que se estarían creando dos sistemas políticos y administrativos paralelos: uno representado por los Ministros, a cargo de unos Ministros cada vez más debilitados, y otro representado por ese sistema de empresas del Estado, independiente de los Ministros Sectoriales.

De otro lado, si se opta por la estructuración del mencionado Consejo Nacional de Empresas del Estado, en realidad se estaría creando una Super-Holding-Diversificada, con todos los riesgos que ello comportaría. Además, esa organización sería demasiado grande, concentraría excesivo poder de decisión y sus actividades serían demasiado disímiles (al lado de la Corporación Sectorial de la A.P.N. estaría, por ejemplo, la del sector turismo) para integrarlas en un solo ente responsable de su conducción; a lo que habría que agregar que se le restaría a los Ministros Sectoriales toda injerencia en relación a la ejecución de sus políticas sectoriales que se realicen a través de las empresas del Estado.

En segundo lugar, los riesgos de adoptar una fórmula existente ya en otros sistemas administrativos, como la del Consejo Nacional de Empresas del Estado, que quitaría responsabilidad a los Ministros sectoriales en la conducción de sus sectores, podría desajustar el Sistema Nacional de Planificación. En efecto, bien sabido es que todo sistema de planificación debe tener, ante todo, un órgano central, que en Venezuela es la Oficina Central de Coordinación y Planificación. El hecho de que exista un órgano central no impide, por supuesto, que existan órganos sectoriales, pero bajo las orientaciones técnicas del órgano central. Pero si se optara por la alternativa del Sistema de Empresas del Estado que atribuya al Consejo Nacional de Empresas del Estado, como en la propuesta que ha formulado, el carácter de "órgano supremo de planificación" del sistema, no sólo podría desarticularse el sistema venezolano de planificación, sino que se crearía un sistema de planificación paralelo al que dirige Cordiplán. No hay que olvidar que quizás la parte más importante y dinámica de la actividad económica del Estado se va a realizar a través del proyectado Sistema Nacional de Empresas Públicas, que incluiría al sector de las empresas petroleras naciona-

lizadas, por lo que sustraer la planificación de las actividades de todas las Empresas del Estado del mismo Cordiplán, no sólo significaría establecer un sistema de planificación paralelo más importante que el que le quedaría a Cordiplán, sino —como se dijo— desarticular el mismo sistema nacional de planificación. Además, la fórmula proyectada del Sistema de Empresas Estatales, pugna con el criterio sectorial de la planificación, pues desvincula las empresas públicas de cada sector de los otros organismos de cada uno de ellos.

En tercer lugar, cabe observar en cuanto a la integración del Consejo Nacional de Empresas del Estado, al cual presumiblemente estaría adscrito la Casa Matriz (Corporación Sectorial) de la A.P.N., que según el proyecto del Sistema Nacional de Empresas del Estado, aquél estaría integrado, no por los Ministros Sectoriales, sino por particulares y, además, por los Presidentes de las Corporaciones Sectoriales. Esta conformación del Consejo Nacional de Empresas sectoriales, significaría el establecimiento de un mecanismo de "administración por comisión", con lo cual se correría el riesgo de que resulte inoperante, dado el carácter de "asamblea" que tendría dicho Consejo. Con un Consejo de gran magnitud, indudablemente que resultará difícil la adopción de las importantes decisiones que corresponderá tomar al mismo y que no sólo abarcarán al sector petrolero nacionalizado sino presumiblemente a diez sectores más.

Debe advertirse, además, que si se piensa que formen parte del Consejo, los Presidentes de las Corporaciones sectoriales, incluyendo a la Casa Matriz de la A.P.N., se transformaría a dichos Presidentes en jueces y partes. Un Consejo formado por los Presidentes de las Corporaciones Sectoriales no podría realmente controlar a dichas corporaciones, si en las decisiones sobre control, los propios Presidentes de las mismas fueran a participar. Es universal el criterio de que una misma persona no puede participar en el control de sus propias acciones, pues de lo contrario no sólo se correría el riesgo de quebrar el principio de autoridad, sino de hacer nugatorio el control.

De lo anteriormente expuesto, resulta que si bien es conveniente la estructuración de la A.P.N. en un *holding* sectorial de empresas públicas petroleras, dicho *holding* (Casa Matriz) debe estar adscrito al Ministerio Sectorial respectivo, es decir, al Ministerio de Minas e Hidrocarburos, el cual a su vez debe ser reformado. Al contrario, no parece conveniente la adscripción de la A.P.N. al proyectado Consejo Nacional de Empresas del Estado. La vinculación del *holding* petrolero al Ministerio responsable del sector, en definitiva, será la mejor vía para garantizar la adecuación de las actividades de la A.P.N. a las políticas gubernamentales.

En cuanto a la organización misma de la A.P.N., debe insistirse en que si bien las empresas filiales de la misma pueden tener la forma jurídica de socie-

dades anónimas —lo ideal sería que se creara una nueva figura jurídica, de Empresas del Estado—, la Casa Matriz de la A.P.N. necesariamente debe tener forma jurídica de derecho público. Esta es la única forma para garantizar un adecuado control de parte de la Administración Central sobre la A.P.N. descentralizada.

En efecto, dada la naturaleza de organización vertical piramidal que se propone adoptar para las empresas petroleras nacionalizadas, se comprende perfectamente que se opte por la forma de sociedad mercantil en relación a las empresas filiales, como parece sugerirlo el Proyecto de Ley de Reserva sometido al Congreso por el Ejecutivo Nacional, con la previsión, inclusive, de que se establezca expresamente la posibilidad de que se constituyan dichas sociedades con un único accionista (art. 6). Sin embargo, no se comprendería el hecho de que se pretendiera atribuir la forma societaria a la Casa Matriz (Corporación Sectorial) de la industria petrolera (A.P.N.), cuando, al contrario, dada la naturaleza de sus funciones —de supervisión, control y planificación— que no abarcan actividades de carácter operativo, y que, por tanto, tienen carácter eminentemente público, la forma jurídica a adoptarse debería ser la forma jurídica del derecho público (persona pública).

No debe olvidarse, por otra parte, que el tipo de organización que se piensa dar a la A.P.N., mediante la figura del *holding* público, no es una novedad, al menos comparativamente hablando. El esquema se ha ensayado en muchos países, y en la mayoría de las experiencias se puede apreciar que las empresas *holding* de empresas del Estado tienen forma jurídica de derecho público: *enti pubblici economici* en Italia, incluyendo el ENI; *General Board* o *Area Board* en Inglaterra; *établissement public* en Francia; *Trusti* en la Unión Soviética y en los países socialistas. Por tanto, así como seguramente se seguirá la experiencia de la Administración Comparada para la concepción de la organización piramidal, tratándose de empresas del Estado, se estima que conforme a esas orientaciones, la Corporación sectorial de empresas petroleras debería tener forma jurídica de derecho público.

Es indudable que esta figura de derecho público permite el ejercicio de un mayor control por parte del Estado sobre sus empresas. Si hasta ahora los controles de los Ministerios de adscripción no han funcionado adecuadamente, ello lo que debe provocar es una reforma integral de la administración nacional ministerial y descentralizada, pero no la prescripción de la forma jurídica de derecho público para operar la Corporación sectorial petrolera nacionalizada.

X. LA "CONCESION" COMO FORMULA DE CONTROL EN LA INDUSTRIA PETROLERA NACIONALIZADA

La legislación de hidrocarburos en Venezuela está íntegramente elaborada y

desarrollada sobre la figura jurídica de la "concesión". En este sentido, se trata de un cuerpo normativo que presumiendo el otorgamiento de concesiones, ha perfeccionado sucesivamente los más variados mecanismos de regulación, tributación y control respecto de las concesiones y los concesionarios.

En los mismos términos, el Ministerio de Minas e Hidrocarburos ha sido un órgano administrativo esencialmente de fiscalización y control de concesiones y concesionarios; en otras palabras, si cabe la expresión, un órgano de policía de hidrocarburos. Por ello, muy difícil ha sido el que haya podido asumir, por ejemplo, la supervisión y control de una industria como la petroquímica, pues si el I.V.P. le está adscrito e inclusive el Ministro de Minas e Hidrocarburos es Presidente de su Consejo Directivo, ello no ha sido suficiente para cambiar la naturaleza y papel del Ministerio regulador, fiscalizador y contralor de concesionarios.

Ahora bien, la industria petrolera es muy compleja; el Estado y sus entes operativos, si bien tendrán la propiedad formal de las empresas, necesitarán de algún tiempo (años) para llegar a manejarlas total y realmente. Por ello, estimamos que a pesar de la nacionalización, será indispensable el que continúen operando los controles actualmente existentes, y nada mejor para ello, que sigan existiendo los mecanismos de control propios del régimen de concesiones. Conforme a esta orientación, con evidente acierto, la Comisión Presidencial de la Reversión Petrolera formuló como una de sus recomendaciones la de "mantener las empresas de la A.P.N. sujetas, en cuanto les sean aplicables, a las disposiciones legales que rigen las relaciones del Estado venezolano con las *empresas concesionarias*, de acuerdo a lo previsto en la Ley Orgánica propuesta por la Comisión" (pp. 1-48).

El mecanismo que se consagraba en el Proyecto de Ley de la Comisión fue el de sustituir las concesiones por una "asignación de las áreas correspondientes a las concesiones extinguidas" a los entes estatales, buscando que "en cuanto fuere conveniente, las mencionadas áreas conservarán las mismas dimensiones, divisiones y demás especificaciones atinentes a dichas concesiones" (art. 19). Este mismo artículo 19 del Proyecto de Ley de la Comisión Presidencial, agregaba lo siguiente: "*Dichos entes estatales quedarán sujetos, en cuanto les sean aplicables, a las disposiciones establecidas para las concesiones de hidrocarburos en las leyes, reglamentos, decretos, resoluciones, ordenanzas y circulares, y a los convenios celebrados por los concesionarios con el Ejecutivo Nacional, así como a las disposiciones contenidas en la respectiva asignación*".

Indudablemente que esta norma estaba motivada por el hecho de que toda la legislación de hidrocarburos y tributaria vigente, está montada sobre la figura del concesionario. Al pasar las empresas concesionarias al Estado, para "asegu-

rar la necesaria continuidad en los trabajos de la industria de los hidrocarburos y la ininterrumpida fluidez de los recursos fiscales”, tal como lo indica la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de la Comisión (pp. 1-71), se hacía indispensable asimilar las “asignaciones” a las “concesiones”.

En el Proyecto de Ley de Reserva presentado al Congreso por el Ejecutivo Nacional, aun cuando se eliminó la segunda parte del artículo 19 del Proyecto de la Comisión, por el cual se hacía la asimilación señalada, se agregó un nuevo artículo que contiene una asimilación entre los concesionarios y las empresas estatales nacionalizadas, en los siguientes términos: “Las empresas a que se refiere el artículo anterior (empresas públicas) se regirán por la presente ley y sus reglamentos, por sus propios estatutos, por las disposiciones que dicte el Ejecutivo Nacional y por las del derecho común que les fueren aplicables. *Además, quedarán sujetas al pago de los impuestos y contribuciones nacionales establecidos para las concesiones de hidrocarburos*, así como, en cuanto le sean aplicables, *a las otras normas que respecto a éstas contengan las leyes, reglamentos, decretos, resoluciones, ordenanzas y circulares y a los convenios celebrados por los concesionarios con el Ejecutivo Nacional*” (art. 7º).

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley presentado por el Ejecutivo Nacional al Congreso, como justificación de este artículo, se establece lo siguiente: “En el artículo 7º se persigue, al crear las empresas estatales, obtener el mayor rendimiento de ellas, *equiparándolas a las empresas privadas y gravándolas como a éstas*. De esa manera se tiende a que el manejo de estas empresas sea eficiente y productivo y se obtenga *así un beneficio no menor que el usualmente percibido de parte de los actuales concesionarios*” (p. 6).

Tanto del Proyecto de Ley elaborado por la Comisión Presidencial, como del Proyecto de Ley presentado por el Ejecutivo Nacional al Congreso, se evidencia la intención de equiparar y asimilar para fines tributarios y de control y fiscalización a las empresas estatales nacionalizadas con los concesionarios de hidrocarburos. Y no otra cosa podría hacerse, pues las empresas estatales, en realidad, no son otra cosa que “concesionarios” del propio Estado, pero a las cuales se “asigna” un área para explotación, exploración, etc., en lugar de “concedérsela”. Esta diferencia, sin embargo, es de nombre, pues en cuanto al fondo, las empresas estatales serán consideradas como concesionarios, tal como establecen los Proyectos de Ley.

Esta asimilación que hace el Proyecto de Ley de Reserva entre las empresas estatales nacionalizadas y los concesionarios de hidrocarburos, a efectos tributarios y de fiscalización y control, por otra parte, tiene toda justificación, pero llega con muchos años de retraso. En efecto, a comienzos de la década de los sesenta, el Gobierno sostuvo la política de “no más concesiones”, lo que llevó

inclusive a que se consagrara un artículo en la Constitución que sometía el otorgamiento de nuevas concesiones a la aprobación de las Cámaras Legislativas en sesión conjunta (art. 126). Esta política era indudablemente justificada, en el sentido de que implicaba que no se otorgarían más concesiones a *empresas privadas*, particularmente extranjeras. Sin embargo, se pensó, sin razón valedera, que tampoco se podían otorgar concesiones a la empresa estatal de petróleos, la C.V.P., que se había creado en 1960. A partir de ese año, en nuestro criterio, la política gubernamental debió ser el que no se otorgaran más concesiones a las empresas privadas, y al contrario, otorgarle todas las concesiones necesarias a las empresas estatales, la C.V.P. Sin embargo, esto no se hizo y se condenó a la C.V.P. a una inactividad forzada, de la cual sólo salió cuando se reformó la Ley de Hidrocarburos en 1968, para permitir la figura de la "asignación" a la C.V.P., y se autorizó a esta empresa la celebración de los "contratos de servicio". Esta reforma de la Ley de Hidrocarburos, en realidad, fue inútil, pues para "asignar" áreas a la C.V.P. no era necesario esperar la reforma de la ley, y hubiera bastado que el Estado otorgara concesiones a la C.V.P.

El mito de la palabra "concesión" aún está en la mente de muchos venezolanos, y en lugar de establecerse, como una consecuencia de la Ley que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, *que solamente se otorgarán concesiones a los entes públicos de propiedad exclusiva del Estado*, que sería lo lógico, se acude a la figura de la "asignación", pero asimilándola a la "concesión".

En estricto derecho, la concesión no podría ser una figura que permitiera al Ejecutivo Nacional directamente, operar ninguna fase de la industria. Cuando esta se pretenda realizar por cualquier órgano de la Administración central, la figura de la "asignación" es la correcta, y ello, porque siendo la concesión un contrato administrativo, el Ejecutivo Nacional, a nombre del Estado, no podría contratar consigo mismo. Sin embargo, cuando en la relación están dos personas jurídicas distintas, la República por una parte, y una empresa del Estado por la otra, la figura que debería aplicarse es precisamente la contractual, es decir, la "concesión".

De acuerdo a lo señalado, antes que la extinción de las concesiones como tales, al producirse la promulgación de la Ley de Reserva, lo que debería ser consecuencia de dicha ley es el traspaso o cesión forzosa de las concesiones a los entes públicos que la misma ley debería crear. En esta forma, la Ley de Reserva, en lugar de producir la extinción pura y simple de las concesiones, lo que haría sería producir un cambio forzado de "concesionarios", obligar a los concesionarios privados a ceder a las empresas públicas sus concesiones. De este modo, a través de sus entes públicos, sería el único concesionario de la industria petrolera, lo que estaría de acuerdo con la reserva.

Si se optara por mantener las concesiones como tales, y cambiar los concesionarios privados actuales por concesionarios públicos, el período de transición entre la promulgación de la Ley de Reserva y la apropiación efectiva por las empresas públicas de las empresas petroleras, se acortaría y se simplificaría notablemente: las empresas, como unidades económicas, serían las mismas; las concesiones otorgadas, serían las mismas; el procedimiento expropiatorio tendría por objeto lograr el efectivo traspaso de las empresas privadas y las concesiones a las empresas públicas que la misma ley crearía. En esta forma, en corto plazo, al menos, se aseguraría la continuidad de la industria petrolera, que es el primer interés del Estado en esta materia.

Un procedimiento como el previsto evitaría que el Ejecutivo Nacional tuviera que tomar una decisión adicional de "asignar" las áreas correspondientes a las empresas públicas, procurando cuando fuere conveniente "que las áreas antes mencionadas conservaran las mismas dimensiones, divisiones y demás especificaciones correspondientes a las concesiones extinguidas", tal como lo señala el artículo 21 del Proyecto de Ley presentado por el Ejecutivo al Congreso. Esto se aclara en la propia Exposición de Motivos de dicho Proyecto: "Parece aconsejable en la práctica que en lo posible se conserven en el ejercicio de las actividades atribuidas las áreas de las actuales concesiones, teniendo en cuenta que los archivos del Ministerio de Minas e Hidrocarburos contienen una detallada información sobre dichas áreas, la cual debe ser aprovechada por el Estado para el ejercicio de la industria nacional, y además a fin de asegurar la continuidad operativa" (p. 13).

En definitiva, por tanto, y para asegurar dicha continuidad, la Ley de Reserva debería adelantar todos los pasos posibles en el proceso nacionalizador: debe crear directamente las empresas públicas que operarán la industria, sin perjuicio de autorizar al Ejecutivo Nacional para la reorganización total de la industria; y debe ordenar la cesión de las concesiones actuales a los entes públicos, que continuarán actuando como concesionarios, o directamente, si se quiere, "asignar" a esos entes públicos que ella cree, las áreas equivalentes a las concesiones. Estas decisiones no tienen por qué dejarse a un acto ejecutivo posterior; la ley, por tanto, debe limitar al Ejecutivo a las funciones de fiscalización y control y a hacer efectiva la expropiación de las empresas petroleras, para asegurar su traspaso a las empresas estatales. Téngase presente que el objetivo a lograr en materia de nacionalización petrolera es tal, como tantas veces se ha dicho, asegurar la continuidad de la empresa y el flujo ininterrumpido de los ingresos tributarios generados por dicho concepto. Para ello, lo que debe guiar al Estado es la idea de que la industria petrolera debe pasar tal como existe y funciona en la actualidad al control de los entes públicos, a la brevedad posible.

XI. LA GARANTIA DE LOS DERECHOS LITIGIOSOS DEL FISCO Y LAS DEDUCCIONES AL MONTO DE LA INDEMNIZACION

El artículo 15 del Proyecto de Ley que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos prevé una serie de deducciones que habrán de hacerse a la indemnización que el Estado debe pagar a los concesionarios por la expropiación. En particular, se prevé que serán deducidas de dicha indemnización "las cantidades que el respectivo concesionario adeudare al Fisco Nacional y demás entidades de carácter público, y cualesquiera otras que fueren procedentes de acuerdo con la ley" (art. 15, literal d.). Esta norma, indudablemente, abarca sólo cantidades *adendadas* para el momento de la publicación de la sentencia expropiatoria, es decir, que se hubiesen hecho exigibles antes de ese momento. Por ello, el mismo Proyecto de Ley, para garantizar los derechos del Fisco en relación a cualquier otra cantidad que el respectivo concesionario le adeudare, y que no se hubiesen deducido conforme a lo señalado, "o que se hubiesen hecho exigibles *con posterioridad a la publicación de la sentencia de expropiación*", prevé un mecanismo de deducción en la oportunidad de realizar el pago de la indemnización (art. 17).

De dichas normas, sin embargo, resulta que *no fue prevista disposición alguna que vele por la suerte que correrán los derechos litigiosos de la República contra las empresas concesionarias, pendientes para el momento de establecerse el monto de la correspondiente indemnización*. En efecto, no solamente deben tomarse en cuenta a los efectos de las deducciones autorizadas, los derechos litigiosos para el momento en que se realice la expropiación, en los cuales habrá que incluir los reparos formulados tanto por la Administración Central como por la Contraloría General de la República, aún pendientes en la fase administrativa o jurisdiccional del procedimiento, sino todos aquellos que puedan incoarse posteriormente, pues del examen de las correspondientes cuentas de la Administración por la Contraloría, podrían surgir otros.

Las previsiones que se han establecido en el artículo 17, tal como se ha señalado, no alcanzan a garantizar la eventualidad del éxito de los juicios pendientes de la República contra los concesionarios. En efecto, se habla allí de las cantidades que el concesionario adeudare al Fisco Nacional, cualesquiera otras que fueren procedentes de acuerdo con la ley, o que se hubieran hecho exigibles con posterioridad a la publicación de la sentencia de expropiación, cuando fuere procedente, o con posterioridad al "arreglo amigable" (avvenimiento) previsto en el artículo 12, pero antes de la entrega del precio, con lo que no se cubren los derechos litigiosos pendientes. La mención que hace el mismo artículo 17, respecto de la posibilidad que tiene el Ejecutivo de imputar al Fondo de garantía a que el concesionario *adendare*, tampoco incluiría la cobertura del resultado de los juicios pendientes y de los que pueden surgir contra las empre-

sas concesionarias con posterioridad. Se estima, por tanto, que debe concebirse un adecuado mecanismo que —sin quebrantar las exigencias de la justicia— garantice los referidos derechos litigiosos, presentes y futuros.

Por otra parte, así como el Proyecto prevé mecanismos de protección respecto de los intereses del Estado, tratándose de una expropiación, él debe garantizar también, adecuadamente, los derechos de los expropiados. En tal sentido, diversos artículos del proyecto merecen algunas observaciones.

En efecto, el artículo 13, literal a) del Proyecto, expresa que “la solicitud de expropiación deberá señalar el monto de la indemnización respectiva, *caso de que la hubiere*, a los fines del avenimiento sobre dicho monto”. La frase subrayada, que *a contrario sensu* podría reflejar la idea de que eventualmente habría expropiación sin indemnización, sin duda no corresponde a la filosofía del Proyecto, y, en este sentido, podría no adecuarse a la preceptiva constitucional. Dicha frase podría referirse al supuesto de que, como se prevén diversas deducciones a la indemnización, el monto de éstas podría resultar mayor al previsto para la indemnización misma, en cuyo caso ésta no procedería. Sin embargo, si esta fue la intención de los proyectistas, ello debe señalarse expresamente, y no utilizando una forma que dista de ser precisa, como la consignada en el Proyecto.

El artículo 15 da a entender claramente que las deducciones que sus cuatro ordinales contemplan, se harán fuera del procedimiento judicial de determinación del monto definitivo a pagar. Si bien es cierto que esto permite diferenciar la indemnización de las cantidades que de ella se deducen por otros conceptos, debe observarse que tales deducciones quedan entregadas a la mera decisión del Ejecutivo, en algunos casos en forma discrecional. No prevé el Proyecto que las mismas puedan ser impugnados por los expropiados, aun cuando bien pudieren no estar de acuerdo con el monto fijado a cada uno de los capítulos deducibles. Como esto puede originar dificultades, particularmente en el caso del literal b) del artículo 15, parecería más aconsejable que tales deducciones se ventilaran dentro del procedimiento expropiatorio, en el cual los expropiados tendrían suficiente acceso a la defensa.

El artículo 16 permite diferir el pago de la indemnización hasta por diez años, caso de cancelarse en dinero. Sin embargo, llama la atención que en el evento de que tal postergación se produzca, no se diga nada en materia de intereses, lo que podría también producir dificultades que la prudencia aconseja evitar, mediante una estipulación explícita que regule la materia, en cualquier sentido.

Desde otro punto de vista, no se advierte por qué habría de señalarse la circunstancia de la postergación en la solicitud de expropiación, cuando ella no tiene nada que ver con el monto de la indemnización, sino con su forma de

pago, que es opcional para el expropiante, y en relación a ello, ninguna intervención se atribuye a la Corte Suprema de Justicia.

El artículo 17, al facultar al Ejecutivo para deducir otro tipo de deudas, lo que está consagrando en realidad, jurídicamente, es una compensación más que una deducción de determinados valores, y, en tales términos, debería precisarse su contenido. Además, hace falta un dispositivo que declare que al tiempo de ser satisfecha la indemnización, se considerará de plazo vencido todas las obligaciones que las concesionarias puedan adeudarle al Fisco, precisamente a los efectos de que funcione el mecanismo compensatorio.

El artículo 20, cuando faculta al Ejecutivo para llevar a efecto fiscalizaciones y exámenes tendientes a la constatación de la existencia física de los bienes expropiados por la República, así como de su estado de conservación, dentro de un lapso que no excederá de tres años, consagra un sistema y establece un plazo que, en la realidad, es inconciliable con otras disposiciones del mismo Proyecto. En efecto, piénsese que las concesiones quedan extinguidas a los ciento veinte días de promulgada la ley, aun cuando el Ejecutivo pueda, en la forma prevista, ocupar previamente los bienes objeto de la expropiación.

Frente a los términos del artículo 20, el expropiado queda desprovisto de garantías si los bienes desaparecen, se extravían, o se deterioran, por razones no imputables a él, dentro del referido plazo de tres años. A la inversa, a la expiración de dicho plazo la indemnización ya estaría fijada, y el Proyecto nada dice en relación a su monto, si en definitiva el bien resulta inexistente o disminuido de valor por deterioro.

Frente a estas dificultades que presenta ostensiblemente el artículo 20 proyectado, lo aconsejable sería reemplazar sus disposiciones por otro que mantenga los derechos del expropiante, a hacer deducciones, durante un determinado lapso, en el cual pueda verificar la existencia, estado y condiciones de aprovechamiento de los bienes expropiados, y reclamar la deducción que sea procedente ante la misma autoridad que fijó el monto de la indemnización. Ante esta misma autoridad, el expropiado podría alegar sus defensas.

Finalmente, parecería aconsejable precisar el sentido del artículo 22, inciso primero, que establece que: "El Ejecutivo Nacional y las empresas de que trata el artículo 6º tendrán derecho a continuar utilizando los bienes de tercero *en los términos que establezca el Ejecutivo Nacional*". Tal como este artículo está redactado, plantearía dudas sobre el alcance de las potestades atribuidas al Ejecutivo y su conformidad con los textos constitucionales, por lo que su actual redacción debería ser revisada. Jurídicamente, no podría depender del arbitrio de alguien la disposición de bienes de terceros.

Señor Presidente:

Ojalá que las modestas observaciones que me he permitido explicar con precedencia, contribuyan en alguna medida a una mejor concepción de la Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos; he expuesto con la mayor sinceridad y buena fe, y sin pretensiones de hallarme en posesión de la verdad, las reflexiones que me he hecho frente al articulado del Proyecto sometido por el Ejecutivo Nacional a la consideración del Soberano Congreso; he obrado sin ánimo de crítica y con espíritu de leal colaboración hacia el país y sus instituciones. Si en alguna forma se juzga que mi cooperación puede ser útil para el logro de un instrumento legal nacionalizador más acabado, placentero me será prestar el concurso que de mí se requiera.

Atentamente:

JOSÉ MUCI-ABRAHAM

Contralor General de la República