REGIMEN LEGAL DEL GAS EN VENEZUELA

1998

Allan R. Brewer-Carías

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. LA EXPLOTACION DEL MERCADO INTERNO DE LOS GASES DE PETROLEO LICUADO Y LA DISTRIBUCIÓN Y VENTA DE GAS EN LAS POBLACIONES COMO SERVICIOS PUBLICOS NACIONAL Y MUNICIPAL, RESPECTIVAMENTE

1. *La reserva estatal respecto de los servicios públicos*
2. *Implicaciones de la noción de servicio público*
   - A. *El servicio público y los derechos constitucionales*
   - B. *La noción del servicio público*
   - C. *Consecuencias del servicio público en relación a los particulares*
   - D. *El servicio público y la libertad económica*
     - a. *Los servicios públicos exclusivos y excluyentes*
     - b. *Los servicios públicos exclusivos pero concedibles*
     - c. *Los servicios públicos concurrentes*
3. *El reserva al Estado del servicio público nacional de explotación del mercado interno de los gases de petróleo licuado (GPL) (excepto gas natural licuado)*
   - A. *El servicio público nacional y su reserva al Estado.*
   - B. *El ámbito de la reserva*
   - C. *La participación de los particulares en el servicio: los convenios de comercialización*
   - D. *El régimen de preferencia en el suministro a favor de las empresas de la*

Industria Petrolera Nacionalizada

E. *El régimen de inspección y control*

a. *El control de la planta física del servicio: los permisos previos*

b. *El régimen tarifario*

F. *El régimen sancionatorio*

4. *El servicio público municipal de distribución y venta de gas en las poblaciones*

A. *El principio constitucional de la distribución territorial del Poder Público*

B. *El carácter municipal del servicio de distribución y venta de gas en las poblaciones*

a. *El régimen en la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978*

a′. Las *limitaciones impuestas por las leyes nacionales*

b′. *Las limitaciones derivadas de la forma de prestación*

b. *El régimen en la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989*

C. *Las formas de prestación de los servicios públicos municipales*

D. *La regulación del servicio público de distribución y venta de gas en las poblaciones*

III. LA INDUSTRIA Y EL COMERCIO DEL GAS COMO ACTIVIDADES ECONOMICAS RESERVADAS AL ESTADO NACIONAL

1. *La figura de la reserva estatal respecto de explotaciones o actividades económicas*

2. *La reserva al Estado de la industria del gas natural (1971)*

3. *La reserva al Estado de la industria y comercio de los hidrocarburos (1975)*

A. *La nacionalización petrolera*

B. *El monopolio de derecho respecto de la industria y el comercio de los hidrocarburos.*

C. *Reserva y expropiación*

D. *Las características políticas y jurídicas de la nacionalización petrolera.*

E. *Efectos de la Ley Orgánica de Reserva de 1975 sobre la industria y el comercio del gas*

IV. REGIMEN DEROGATORIO DE LA LEY DE NACIONALIZACION LERA (1975) EN RELACION CON LAS LEYES ANTERIORES DE RI RELATIVAS A LA INDUSTRIA Y A LA COMERCIALIZACIÓN DEL

1. *Derogación de las normas de la Ley de Reserva de la industria del gas natural de 1971 por la Ley de Nacionalización de 1975*

2. *Derogación de normas de la Ley de Hidrocarburos por la Ley de Nacionalización de 1975.*

V. APRECIACION GENERAL DEL REGIMEN LEGAL DEL GAS Y SOBRE LA PARTICIPACION DE LOS PARTICULARES EN LA INDUSTRIA Y EL COMERCIO DEL GAS

INTRODUCCIÓN

En Venezuela, puede considerarse que legalmente toda lo relacionado con el negocio del gas está excluido del ámbito de la libertad económica, de la libre iniciativa privada o de libre competencia. La industria y el comercio del gas es un actividad que la República se ha reservado en forma exclusiva y excluyente; la explotación del mercado interno de los gases de petróleo licuado se ha declarado como un servicio público nacional en forma exclusiva y excluyente; y la distribución y venta de gas en las poblaciones se ha establecido como un servicio público, competencia exclusiva de los Municipios.

En relación al negocio del gas en Venezuela, por tanto, se dan en paralelo, dos de las formas de intervención del Estado en la actividad económica, de la más grande intensidad: el Estado (la República) se ha reservado para sí, a través de un proceso de nacionalización, la industria y el comercio del gas; y el Estado (la República) en primer lugar, se ha reservado para sí como servicio público nacional, la explotación del

mercado interno de los gases de petróleo licuado; y en segundo lugar, ha reservado a los Municipios, como servicio público municipal, la distribución y venta de gas en las poblaciones.

El fundamento constitucional de esta triple intervención del Estado en la actividad económica relativa al gas está en el artículo 97 de la Constitución que dispone:

> "Art. 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".

Conforme a dicha norma, por una parte, mediante ley, se declaró tanto la explotación del mercado interno de gases de petróleo licuado, como el servicio de distribución y venta de gas en poblaciones, como un servicio público o servicio de interés público nacional y municipal, respectivamente, reservándose su prestación, en el primer caso, a la Industria Petrolera Nacionalizada (PDVSA y sus empresas filiales) en los términos de la Ley que Reserva al Estado la Explotación del Mercado Interno de los productos derivados de Hidrocarburos (*G.O.* Nº 1.591 Extra de 27-06-73); y en el segundo caso, a los Municipios en los términos del artículo 36, ord. 2º de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (*G.O.* Nº 4.409 Extra. de 15-6-89).

También, conforme a dicha norma constitucional, mediante ley, se reservó al Estado la industria del gas natural y en general la industria y

el comercio del gas, la cual sólo se puede realizar por los entes estatales que conforman la Industria Petrolera Nacionalizada (PDVSA y sus filiales) conforme a lo dispuesto en la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural (*G.O.* Nº 29.594 de 26-8-71), y la Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (*G.O.* Nº 1.769 Extra. de 29-8-75).

Conforme a esas leyes, por tanto, la participación de los particulares en las actividades reservadas es solo marginal: En primer lugar, en materia de servicio público nacional de explotación del mercado interno de los gases de petróleo licuado, los particulares sólo pueden participar en el mismo a través de *convenios de comercialización* celebrados con las empresas de la Industria Petrolera Nacionalizada; en segundo lugar, en materia de servicio público municipal de distribución y venta de gas en las poblaciones, los particulares sólo pueden participar en el mismo como *concesionarios* para la prestación del servicio en los Municipios, o como socios en *empresas mixtas* que mediante contrato presten el servicio en los Municipios; y en tercer lugar, en general, en materia de la industria y el comercio del gas (exploración, explotación, almacenamiento, transporte, distribución, venta), los particulares sólo pueden participar en dichas actividades, mediante *convenios de asociación* con las empresas de la Industria Petrolera Nacionalizada o mediante *contratos operativos* con ellas para la realización de determinadas actividades.

Este marco regulatorio, sin duda, presenta un esquema legal muy estrecho para la apertura del negocio del gas a la libre competencia, pues para lograrlo habría que proceder a la modificación sustancial del mismo, que fue producto de una decisión política fundamental adoptada por el Estado Venezolano en los años 70, como fue la nacionalización de la industria y el comercio de los hidrocarburos, que, sin duda, consti-

tuye la mayor riqueza del Estado Venezolano, pues el subsuelo es y ha sido siempre considerado legalmente como dominio público.

I. LA EXPLOTACION DEL MERCADO INTERNO DE LOS GASES DE PETROLEO LICUADOS Y LA DISTRIBUCIÓN Y VENTA DE GAS EN LAS POBLACIONES COMO SERVICIOS PUBLICOS NACIONAL Y MUNICIPAL, RESPECTIVAMENTE

En primer lugar, como hemos dicho, en cuanto a la explotación del mercado interno de los gases de petróleo licuado, conforme al artículo 97 de la Constitución, la misma se consideró por razones de conveniencia nacional, como un servicio público o de interés público nacional. Por otra parte, a la distribución y venta del gas en las poblaciones, de acuerdo con el artículo 30 de la Constitución, el legislador ha considerado que dicha actividad es una materia propia de la vida local y, en tal virtud, la ha declarado como una actividad reservada a los Municipios, con el carácter de servicio público o de interés público municipal.

Estas declaratorias establecidas en la Ley que Reserva al Estado la Explotación del Mercado Interno de los productos derivados de Hidrocarburos de 1973; y en el artículo 36, ordinal 2º de la Ley Orgánica de Régimen Municipal desde 1978, implica, ante todo, una importante limitación a la libertad económica en ese campo, al atribuirla o reservarla a la República, a través de las empresas de la Industria Petrolera Nacionalizada o a los Municipios, respectivamente, conforme a lo previsto en el artículo 97 de la Constitución.

1. *La reserva estatal respecto de los servicios públicos*

Para precisar el alcance de esta reserva y de la intervención estatal en esta materia consideramos necesario precisar, en primer lugar, el significado jurídico de la noción de servicio público en relación a la libre competencia; en segundo lugar, la forma de regulación del servicio

público de explotación del mercado interno de los gases de petróleo licuado; y en tercer lugar, la forma de regulación del servicio público de distribución y venta de gas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

2. *Implicaciones de la noción de servicio público*

A. *El servicio público y los derechos constitucionales*

La Constitución establece como base del Estado de Derecho, una serie de derechos de los particulares. En el Título III estos derechos han sido regulados y clasificados en cuatro capítulos destinados, respectivamente, a los Derechos Individuales (arts. 58 a 71); a los Derechos Sociales (arts. 72 a 94); a los Derechos Económicos (arts. 95 a 109); y a los Derechos Políticos (arts. 110 a 116).

Sin embargo, a pesar de la terminología común empleada, la naturaleza de estos derechos es variada pues determinan una distinta relación jurídica entre el Estado y los ciudadanos. Así, en general, pueden distinguirse dos tipos entre estos derechos: en primer lugar, las libertades públicas, como por ejemplo el derecho a que la libertad personal sea inviolable (art. 60), que imponen al Estado una *obligación de no hacer,* es decir, de abstenerse de perturbar el derecho y de asegurar y cuidar su vigencia; y en segundo lugar, los derechos propiamente dichos, como el derecho a la protección de la salud (art. 76) o el derecho a la educación (art. 78) que imponen al Estado *obligaciones de hacer,* es decir, *obligaciones prestacionales de servicios concretos*.

En el primer caso, la situación jurídica en la cual se encuentra el Estado en la relación jurídica que surge de la consagración del derecho, es la de una obligación de no hacer (abstención); en cambio, en el segundo caso, la situación jurídica en la cual se encuentra el Estado en la relación jurídica que surge de la consagración del derecho, es la de una *obligación de hacer* (prestación). En cuanto a los particulares, en el caso

de las libertades públicas, éstos tienen frente al Estado derecho a que éste garantice su vigencia y efectividad; y en de los derechos propiamente dichos, los administrados tienen frente al Estado *derecho a percibir de éste prestaciones* concretas.

El servicio público se constituye, en esta forma, en una prestación que el Estado, es decir, la República, los Estados de la Federación o los Municipios según los casos, están obligados, constitucional o legalmente, a conceder a los administrados en virtud del derecho que también, constitucional o legalmente se ha consagrado a su favor.

B. *La noción del servicio público*

La idea del servicio público por tanto, está indisolublemente unida al Estado y a su Administración Pública. Dentro de los cometidos de aquél está, precisamente, prestar servicios públicos.

En el lenguaje jurídico-administrativo, estos servicios públicos vendrían a constituir aquellas actividades del Estado destinadas a satisfacer necesidades colectivas. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, la noción de servicio público es algo más precisa, y puede decirse que se refiere a las actividades prestacionales del Estado tendientes a satisfacer necesidades colectivas, y que cumple en virtud de *una obligación* constitucional o legal.

Esta idea de la existencia de una obligación constitucional o legal a cargo del Estado para la realización de la actividad prestacional es clave en la conceptualización jurídica del servicio público, pues contribuye a delinear los servicios públicos de las actividades prestacionales que el Estado realiza como mero empresario, y que no se ejecutan en virtud del cumplimiento de obligación legal alguna.

Por otra parte, el hecho de que el servicio público se cumpla por el

Estado en ejecución de una obligación constitucional o legal, da origen a dos consecuencias fundamentales en relación a los particulares: por una parte, el hecho de que con motivo de la obligación jurídica del Estado surge una relación jurídica, en cuyo otro extremo está un derecho de los administrados a tales servicios públicos; y por otra parte, el hecho de que la presencia del Estado como prestador de servicios públicos restringe, a la vez, la libertad económica de los administrados.

El servicio público, así entendido, se presenta entonces siempre, como una restricción a la libertad económica de los particulares. Por ello, la creación de un servicio público, es decir, el establecimiento de la obligación prestacional a cargo del Estado, sólo puede tener su fuente directamente en la Constitución o en la ley, pues sólo en esos textos es que puede, conforme a la propia Constitución (art. 96), limitarse o restringirse la libertad económica. Excepcionalmente, sin embargo, podría crearse un servicio público por Decreto-Ley, en caso de urgencia comprobada y de receso del Congreso, con la autorización previa de la Comisión Delegada (art. 190, Ord. 11).

La Constitución, directamente, establece así algunos servicios públicos, como actividades obligatoriamente, a cargo del Estado.

En efecto, cuando la Constitución establece el derecho de todos a la protección de la salud, prevé expresamente la obligación de las autoridades de velar "por el mantenimiento de la salud pública" y de proveer "los medios de prevención y asistencia a quienes carezcan de ellos" (art. 76). La prestación de servicios de salud y asistencia médica, por tanto, es un servicio público a cargo obligatoriamente del Estado.

Por otra parte, cuando la Constitución establece el derecho de todos a la educación, prevé expresamente la obligación del Estado de crear y sostener "escuelas, institutos y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso a la educación y a la cultura" (art. 78).

Estos dos son ejemplos de servicios públicos, en sentido jurídico, previstos directamente en la Constitución como obligación del Estado.

Por otra parte, además de la Constitución, es la ley la que puede establecer la obligación prestacional a cargo del Estado, erigiendo determinadas actividades en servicios públicos. Es el caso de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989, en cuyo artículo 36 se enumeran algunas actividades prestacionales que competen a los municipios, y que se configuran como servicios públicos pues son de prestación *obligatoria* a cargo de aquéllos (arts. 38) y entre ellos, se destacan, los de abastecimiento de agua potable; y alcantarillado; *la distribución y venta de electricidad y gas en las poblaciones;* el transporte público urbano de pasajeros; el de cementerios; el de aseo urbano y domiciliario, y el de bomberos.

C. *Consecuencias del servicio público en relación a los particulares*

Ahora bien, sea que el servicio público lo establezca como obligación, la Constitución o la ley, como hemos dicho, ello produce dos consecuencias en relación a los particulares: por una parte, un derecho correlativo a la recepción del servicio en cabeza de los particulares; y por la otra, una restricción a la libertad económica de los particulares, en el sentido de que éstos no pueden, libremente, ejercer esas actividades prestacionales que han sido impuestas obligatoriamente a los entes públicos territoriales.

Puede decirse que esta consecuencia del servicio público es la más importante desde el punto de vista jurídico. Cuando una actividad prestacional se erige en servicio público, es decir, se impone obligatoriamente al Estado, (es decir, a la República, a los Estados o a los Municipios), se restringe automáticamente la libertad económica de los particulares en el sentido de que no pueden, libremente, ejercer dicha actividad. Sin embargo, el ámbito de esta restricción no es uniforme, pues

depende de la regulación concreta que establezca la ley. Esta puede establecer una variada gama de restricciones a la libertad económica que pueden ir desde la exclusión total de la actividad económica de los particulares, cuando el Estado se reserva dicha actividad prestacional con carácter de exclusividad, hasta una concurrencia casi sin restricciones entre actividad pública y actividad privada, pasando por los supuestos en los cuales, a pesar de que el Estado se reserve el servicio, los particulares pueden prestarlo mediante concesión.

Es conveniente distinguir estas tres categorías de servicios públicos según la mayor o menor incidencia y restricción de la libertad económica.

D. *El servicio público y la libertad económica*

En efecto, según la intensidad de la restricción a la libertad económica que acarrea la consideración de una actividad del Estado como servicio público, pueden distinguirse tres grandes categorías de servicios públicos: los servicios públicos exclusivos y excluyentes; los servicios públicos exclusivos, pero concedibles; los servicios públicos concurrentes.

a. *Los servicios públicos exclusivos y excluyentes*

La primera categoría de servicios públicos son aquellos reservados al Estado en forma absoluta, de manera que no pueden los particulares, en forma alguna, prestarlos. La Constitución, directamente, no establece ningún servicio público de esta naturaleza, pero permite que la ley los establezca en determinados supuestos.

En efecto, como hemos dicho, el artículo 97 de la Constitución establece expresamente la posibilidad que tiene el Estado de "reservarse determinadas industrias, explotaciones o *servicios de interés público* por razones de conveniencia nacional". De acuerdo a este artículo, por tanto,

mediante ley puede establecerse un servicio público para ser prestado en forma exclusiva por el Estado, reservada, excluyendo a los particulares del ámbito del mismo. Esta reserva, sin duda, tiene por efecto fundamental establecer una exclusión a la libertad económica de los administrados, la cual no puede realizarse respecto del servicio reservado.

En efecto, la reserva de servicios públicos por parte del Estado conlleva básicamente una prohibición impuesta a los particulares de realizar actividades propias del servicio reservado, lo que afecta tanto a aquellos particulares o empresas que venían realizando actividades de prestación del servicio, como a cualquier particular o empresa que pretendiera, en el futuro, realizar dichas actividades. Después de la reserva, por tanto, los particulares que prestaban el servicio no podrían continuar prestándolo, y hacia el futuro ningún otro particular puede realizar nuevas actividades de prestación del servicio. Por otra parte, con motivo de la reserva del servicio, sólo el Estado tendría la potestad de prestarlo, no existiendo derecho alguno de los particulares a ello, pues la libertad económica en el mismo habría sido excluida y sería imposible ejercerla. La reserva de servicios, por tanto, provoca el establecimiento de un *monopolio de derecho* a favor del Estado.

Como consecuencia de ello, el acto de reserva, *per se,* no conlleva derecho alguno de los particulares afectados, a indemnización, por parte del Estado. Aquéllos, simplemente, cesan en sus actividades, y un deber de indemnización sólo surgiría si el Estado decidiese apropiarse de las instalaciones o de las empresas de los particulares que prestaban el servicio, es decir, decidiese nacionalizar el servicio.

Ahora bien, debe señalarse que si bien la Constitución autoriza al legislador a reservar al Estado determinados servicios públicos en forma exclusiva y excluyente, ello no ha sido muy frecuente. Una de las excepciones, es decir, uno de los supuestos en los cuales la ley ha reservado la República, con carácter exclusivo y en cierta forma excluyen-

te, un servicio público, es precisamente el servicio de explotación del mercado interno de los gases de petróleo licuado (GPL) por la Ley que Reserva al Estado la Explotación del Mercado Interno de los productos derivados de Hidrocarburos de 1973. Con anterioridad, también había sido el caso del servicio público de correos, conforme a la Ley de Correos que también es una ley nacional, ya que el correo entra dentro de las competencias del Poder Nacional (art. 136, ord. 22).

b. *Los servicios públicos exclusivos pero concedibles*

Una segunda categoría de servicios públicos está configurada por aquellos que también son atribuidos en forma obligatoria y exclusiva al Estado, (la República, los Estados o los Municipios) y han sido reservados al mismo, pero no en forma excluyente, en el sentido de que mediante una concesión, puede permitirse que los particulares presten el servicio público en ciertas condiciones.

La Constitución Nacional tampoco regula expresamente esta categoría de servicios públicos, por lo que es la ley la que los ha establecido. Como ejemplo deben destacarse las regulaciones de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989. En esta ley se establece una serie de servicios públicos mínimos para los núcleos urbanos de más de un mil habitantes (art. 38) En relación a todos estos servicios públicos, entre los cuales se encuentra el de distribución y venta de gas en las poblaciones en la ley se enumeran las formas de prestación entre los cuales está la concesión.

En las leyes nacionales también se encuentran regulaciones concernientes a servicios públicos, que pueden otorgarse en concesión a los particulares. La Ley de Ferrocarriles de 1957, por ejemplo, establece expresamente que "los ferrocarriles de servicio público serán construidos por el Estado o por empresas particulares, mediante concesión cuyo otorgamiento es potestativo del Ejecutivo Nacional" (art. 8).

En esta materia, recientemente se ha dictado la Ley sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales (Decreto-Ley N° 138 de 1994), en el cual se ha regulado todo lo concerniente a las concesiones de servicios públicos nacionales, entendiéndose por tales concesiones: "el modo indirecto de gestionar, mediante contrato, los servicios públicos de competencia nacional que tengan contenido y sean susceptibles de explotación por los concesionarios, quienes asumen, por la cuenta y riesgo, la responsabilidad de explotar el servicio a cambio de percibir de los usuarios una cantidad de dinero que se determinará mediante tarifa". (art. 3)

En todos estos supuestos, puede decirse que los servicios públicos regulados por ley son de prestación exclusiva del Estado; éste se los reserva pero no en forma excluyente, pues puede conceder su prestación a particulares. En virtud de la reserva, éstos no tienen libertad económica respecto de las actividades que configuran estos servicios, es decir, los particulares *no tienen derecho* a realizar las actividades económicas que configuran el servicio público. Pueden, sí, obtener ese derecho mediante un acto administrativo bilateral, que es la concesión. La concesión de servicio público, por tanto, transfiere a los particulares un derecho que antes no tenían y que se constituye por dicho acto.

c. *Los servicios públicos concurrentes*

Un tercer tipo de servicio público está configurado por aquellas actividades prestacionales impuestas obligatoriamente al Estado, pero respecto de las cuales el ordenamiento también consagra un derecho a prestarlos por los particulares. Un típico ejemplo de estos servicios públicos concurrentes, respecto de los cuales se consagra la obligación y potestad del Estado y el derecho de los particulares a hacer lo mismo, bajo ciertas condiciones, son los servicios educativos.

En efecto, la Constitución establece expresamente, al consagrar el

derecho de todos a la educación, que "El Estado *creará y sostendrá* escuelas, instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso a la educación y a la cultura" (art. 78). Es decir, establece un típico servicio público al imponer al Estado *la obligación constitucional* de crear y sostener institutos educativos. Pero además, la Constitución en su artículo 79 consagra el derecho de todos a establecer servicios educativos, en la forma siguiente: "Toda persona natural o jurídica podrá dedicarse libremente a las ciencias o a las artes, y, previa demostración de su capacidad, fundar cátedras y establecimientos educativos bajo la suprema inspección y vigilancia del Estado".

La demostración de que paralelamente a la consagración de un servicio público de prestación *obligatoria* por el Estado, se establece también un *derecho* de los particulares a prestar dichos servicios la precisa el mismo artículo 79 de la Constitución al establecer que: "El Estado estimulará y protegerá la *educación privada* que se imparta de acuerdo con los principios contenidos en esta Constitución y en las leyes".

Ahora bien, en estos casos, si bien el establecimiento del servicio, como un servicio público, limita la libertad económica de los particulares, no es de tal naturaleza que la excluya, como sucede en los casos anteriormente analizados. El derecho de los particulares a prestar servicios educativos existe directamente establecido en el ordenamiento jurídico, y la ley lo único que establece son mecanismos de control, para asegurar que estos servicios se presten en forma adecuada.

3. *El reserva al Estado del servicio público nacional de explotación del mercado interno de los gases de petróleo licuado (GPL) (excepto gas natural licuado)*

A. *El servicio público nacional y su reserva al Estado.*

Como se ha señalado, en 1973 se dictó la Ley que Reserva al Esta-

do la Explotación del Mercado Interno de los productos derivados de Hidrocarburos (*G.O.* Nº 1.591 Extra. de 27-6-73), en la cual se reguló formalmente como servicio público nacional la explotación del mercado interno de los productos de hidrocarburos, incluyendo los gases de petróleo licuado (GPL).

En efecto, conforme al artículo 1º de dicha ley

> "Art. 1 Se reserva al Estado como servicio de interés público y por razones de conveniencia nacional la explotación del mercado interno de los siguientes productos derivados de hidrocarburos: combustibles, gases de petróleo licuado (GPL), aceites, lubricantes, grasas, solventes, ligas para sistemas de frenos, fluidos para sistemas hidráulicos, petrolatos, parafinas y asfaltos. El servicio de interés público reservado al Estado por la presente ley comprende las actividades de importación, de transportación, suministro, almacenamiento, distribución y expendios de los mencionados productos en el Territorio Nacional".

Las disposiciones de la Ley de Reserva, sin embargo, no se aplicaron al suministro, venta y manejo del gas natural licuado entendiéndose por esto, las mezclas líquidas de hidrocarburos en cuya composición porcentual predomine el metano (art. 31).

En esta forma, la Ley de Reserva de 1973 vino a sustituir el régimen de intervención y regulación que se había establecido por Decreto-Ley Nº 187 de 9-11-64 (*G.O.* Nº 27.583 de 3-11-64) respecto al expendio de productos derivados de los hidrocarburos que se había sometido a permiso previo del Ministerio de Minas e Hidrocarburos (art. 1). Dicho Decreto-Ley, dictado con fundamento en el régimen de restricción de la libertad económica que estaba impuesto desde 1962, estableció, además, la posibilidad de que:

> "Art. 7. El Ministerio de Minas e Hidrocarburos *podrá reservar* al Estado, para ser ejercida por intermedio de la Corporación Venezolana del Petróleo, la prestación del servicio de expendio de productos derivados de los hidrocarburos en determinadas áreas en que lo considere conveniente, lo cual se dará a conocer en la respectiva Resolución".

Sin duda, esta "delegación" mediante Decreto-Ley al Ministerio de Energía y Minas de ejercer una atribución que constitucionalmente corresponde al Congreso mediante ley (art. 97 y 139 de la Constitución) de reservar al Estado determinados servicios públicos o actividades económicas, era de muy dudosa constitucionalidad. La situación, en todo caso, fue remediada por la Ley de Reserva del 1973 la cual, además, declaró todas las actividades reservadas al Estado del servicio de explotación del mercado interno de los productos derivados de hidrocarburos, incluyendo los gases de petróleo licuado, como de utilidad pública (art. 2).

La consecuencia de la reserva fue la obligación impuesta a las estaciones de servicio y equipos que estaban afectos al servicio, que indicara el Ministerio de Energía y Minas, de cederlas en obligatoria forma a la Corporación Venezolana del Petróleo (art. 17 y 21). La consecuencia de lo anterior fue la apertura de la vía de la expropiación de estaciones de servicio y otras instalaciones y equipos necesarios para el almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de hidrocarburos, propiedad de empresas concesionarias distribuidoras o terceros, que no acordasen ceder sus derechos a la Corporación Venezolana del Petróleo (art. 23 y sigts.).

B. *El ámbito de la reserva*

Tal como lo precisó el artículo 3 de la Ley de reserva:

> "Art. 3º El servicio de interés público reservado al Estado por el Artículo lº, lo ejercerá el Ejecutivo Nacional por intermedio de la Corporación Venezolana del Petróleo. Las actividades de almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos en el mercado interno las ejercerá la Corporación Venezolana del Petróleo directamente o mediante convenios que celebre con personas naturales o jurídicas domiciliadas en el país.

En esta forma, la reserva establecida a favor del Estado fue exclusiva y excluyente, en el sentido de que el servicio público en todos sus aspectos como almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados del petróleo y entre ellos de los gases de petróleo licuado (excepto gas natural licuado), no puede ser objeto de concesión a particulares. Se establece la reserva al Estado del servicio, que debía ejercer a través de la Corporación Venezolana del Petróleo. Esta empresa luego integrada en la Industria Petrolera Nacionalizada, a su vez podía prestar el servicio directamente o mediante convenios operativos con particulares.

C. *La participación de los particulares en el servicio: los convenios de comercialización*

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley de Reserva, en efecto, se reguló la posibilidad de que los particulares pudiesen participar en la explotación del servicio reservado, mediante la obtención de un permiso del Ministerio de Energía y Minas y la suscripción de convenios de comercialización con las empresas de la Industria Petrolera Nacionalizada para la realización de las siguientes actividades reservadas: almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos, y entre ellos de los gases de petróleo licuado.

Dicha norma, en efecto establece lo siguiente:

> "Art. 7º Las personas naturales o jurídicas que deseen ejercer las actividades de almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos, señalados en el artículo 1°, en el mercado interno, deberán obtener previamente del Ministerio de Minas e Hidrocarburos, el respectivo permiso y celebrar con la Corporación Venezolana del Petróleo los convenios a que se refiere el Artículo 3º de esta ley. El permiso indicado no podrá ser cedido o traspasado sin autorización del Ministerio de Minas e Hidrocarburos".

Además, y a los efectos de facilitar la adaptación de la situación que existía con anterioridad a la promulgación de la ley, en el Parágrafo Unico del art. 3 de la misma se consagró un derecho de preferencia a favor de los particulares que realizaban actividades en el servicio nacionalizado, para continuar prestándolo, así:

> Parágrafo único. Las personas naturales o jurídicas que actualmente ejercen las actividades a que se refiere el presente artículo, tendrán derecho preferente ante terceras personas para continuar ejerciéndolas, siempre que cumplan las condiciones que establezca la Corporación Venezolana del Petróleo (CVP).

En todo caso, y a los efectos de hacer efectiva la reserva a favor de la Corporación Venezolana del Petróleo de prestar el servicio público, en la Ley de Reserva se estableció el derecho de la Corporación Venezolana del Petróleo de suministrar al público sus productos derivados de hidrocarburos en las estaciones de servicio u otras instalaciones de expendio, de manera tal que la negativa de los propietarios, arrendatarios o subarrendatarios o de quien estuviere explotando dichas estaciones o instalaciones a permitir a la Corporación Venezolana del Petróleo el ejercicio de su derecho, da lugar a la cancelación del permiso

del funcionamiento del establecimiento y a la imposición de las sanciones previstas en la ley (art. 20).

Debe señalarse, que los requisitos para la obtención de los permisos respectivos del Ministerio de Energía y Minas, son los que se establezcan en el Reglamento de la Ley y en las Resoluciones que dicte el Ministerio (art. 9).

Conforme al artículo 10 de la Ley de Reserva, el Ministerio de Minas e Hidrocarburos quedó facultado para otorgar o negar los permisos, así como para anular los concedidos cuando se produzca alguna de las infracciones establecidas en la Ley de Reserva en el Reglamento o en Resoluciones del Ministerio (art.10).

D. *El régimen de preferencia en el suministro a favor de las empresas de la Industria Petrolera Nacionalizada*

Como consecuencia de la reserva al Estado del servicio, la Ley de Reserva estableció un régimen de preferencia en el suministro de los productos a favor de las empresas de la Industria Petrolera Nacionalizada, en la siguiente forma:

> "Art. 5º Las empresas que directa o indirectamente ejerzan actividades de refinación, manufactura o elaboración de productos derivados de los hidrocarburos, señalados en el artículo 1°, deberán suministrar a la Corporación Venezolana del Petróleo, en las refinerías, plantas de manufactura o elaboración y centros de distribución, los productos que ella requiera para el abastecimiento del mercado interno, en proporción al volumen de productos que refinen, manufacturen o elaboren en el país, por sí o por intermedio de otras empresas. El suministro se hará a los precios y demás condiciones que determine el Ejecutivo Nacional".

A los efectos de hacer efectivo este derecho de preferencia, el ar-

tículo 6 de la Ley de Reserva facultó al Ejecutivo Nacional, para fijar, mediante Resolución del Ministerio de Energía y Minas, el volumen de los productos que debe suministrar cada empresa, los precios al por mayor y los fletes para su transporte a través del territorio nacional, tomando en cuenta las zonas de consumo y la distancia de éstas, con la ubicación de las refinerías, plantas de manufactura o elaboración y centros de distribución.

E. *El régimen de inspección y control*

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley de Reserva, las actividades del servicio de explotación del mercado interno de los productos derivados del petróleo, entre ellos de los gases de petróleo licuado, están "sujetas al control e inspección del Ejecutivo Nacional".

A tal efecto, en la Ley de Reserva se establecen diversas normas reguladoras de esta potestad de control del servicio público, que atribuyen diversas potestades al Ministerio de Energía y Minas.

a. *El control de la planta física del servicio: los permisos previos*

En primer lugar, el artículo 8 de la Ley de Reserva estableció la exigencia de aprobación previa por parte del Ministerio de Energía y Hidrocarburos mediante el otorgamiento del permiso correspondiente, para la construcción, modificación, ampliación, destrucción o desmantelamiento de establecimientos, instalaciones o equipos destinados a la explotación del mercado interno de los productos derivados de los hidrocarburos, señalados en el artículo 1º. Se precisó, además que también se requieren los permisos municipales y otros que sean procedentes.

Los requisitos para la obtención de los permisos por parte del Ministerio son los establecidos en los Reglamentos de la Ley y las Resolu-

ciones del propio Ministerio.

En todo caso, el Ministerio de Minas e Hidrocarburos quedó facultado para otorgar o negar los permisos, así como para anular los concedidos cuando se produzca alguna de las infracciones establecidas en la Ley de Reserva en el Reglamento o en Resoluciones del Ministerio (art.10).

El artículo 11 de la Ley de Reserva, y a los efectos de controlar el cumplimiento de los requisitos de aprobación previa del Ministerio de Energía y Minas, estableció una prohibición a los registradores, notarios, jueces y cualquier otra autoridad, de dar entrada, protocolizar, reconocer, autenticar u otorgar documentos en los cuales se pretenda efectuar cualquiera de los actos previstos en el Artículo 8º de esta ley, si no se acompaña autorización escrita del Ministerio de Minas e Hidrocarburos. La Ley además estableció que:

> "Sin esta autorización tales actos son nulos y no tendrán ningún efecto con respecto a la Nación, sin perjuicio de aplicar multas a los funcionarios que hubieren intervenido".

b. *El régimen tarifario*

A los efectos de la fijación y regulación de precios de los productos objeto del servicio público reservado, el artículo 4 de la Ley de Reserva declaró como artículos de primera necesidad los productos señalados en el artículo lº de la ley; en consecuencia, atribuyó al Ejecutivo Nacional la facultad de regular y fijar los precios de esos productos, al por mayor y al detal, así como también los fletes para su transporte, mediante Resolución del Ministerio de Minas e Hidrocarburos. La declaratoria de los mencionados productos como de primera necesidad hace entrar, en aplicación, además, a la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.

F. *El régimen sancionatorio*

Conforme a lo establecido en el artículo 12 de la Ley de Reserva, cualquier infracción de la Ley o sus Reglamentos se sanciona con multa de un mil bolívares (Bs. 1.000,00) a doscientos mil bolívares (Bs. 200.000,00) que debe imponer el Ministerio de Minas e Hidrocarburos según la gravedad de la infracción.

Además de dichas multas, la enajenación o cualquier otro acto de disposición de productos derivados de los hidrocarburos, sometidos a reserva, con violación de las normas de la ley, da lugar al comiso de dichos productos, siguiéndose el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en cuanto sea compatible (art. 13).

En todo caso, estas sanciones deben aplicarse sin perjuicio de las sanciones establecidas en otras disposiciones legales o reglamentarias, así como de las acciones civiles, penales o fiscales que la infracción origine (art. 14).

4. *El servicio público municipal de distribución y venta de gas en las poblaciones*

A. *El principio constitucional de la distribución territorial del Poder Público*

Conforme a la Constitución, el Estado en Venezuela es un Estado Federal (art. 2), configurado conforme a un esquema de distribución vertical del Poder Público en tres niveles territoriales: la República, los Estados miembros de la Federación y los Municipios, correspondiendo a cada uno de estos niveles una rama del Poder Público: el Poder Nacional, el Poder Estadal o de los Estados y al Poder Municipal

En la Constitución, por tanto, la expresión "Estado" comprende al conjunto de la organización política que ejerce el Poder Público, por lo

que se refiere tanto a la República, a los Estados y a los Municipios.

En consecuencia, cuando la Constitución dispone que una actividad o servicio puede reservarse al Estado, implica que por ley puede reservarse dicha actividad o servicio a cualesquiera de los mencionados niveles territoriales, de manera que si el servicio público se reserva a la República (ferrocarriles, por ejemplo) el servicio público es exclusivo de esta o de los institutos autónomos nacionales que se creen para tal fin; y si el servicio público se reserva a los Municipios, como la distribución o venta de gas en las poblaciones, el servicio público es exclusivo de estos.

Ello implica, en el sistema de distribución territorial del Poder Público conforme a la Constitución venezolana, que una vez reservado un servicio público a los Municipios, estos gozan de autonomía para la gestión de las materias de su competencia conforme al artículo 29, ordinal 2° de la Constitución, la cual no puede ser interferida por el Poder Nacional, so riesgo de incurrir en usurpación de funciones o inconstitucionalidad.

B. *El carácter municipal del servicio de distribución y venta de gas en las poblaciones*

La distribución y venta de gas en las poblaciones como se dijo, fue declarada como servicio público municipal en 1978, al dictarse la Ley Orgánica de Régimen Municipal (art. 7, ord. 2).

Hasta ese momento y con anterioridad, como se ha dicho, desde 1964, se había regulado la intervención del Estado en la materia mediante el Decreto-Ley Nº 187 de 9-11-64; y posteriormente, con la Ley que Reserva al Estado la Explotación del Mercado Interno de los productos derivados de Hidrocarburos de 1973, se había declarado como servicio público nacional la explotación del mercado interno de productos derivados del petróleo entre ellos, los gases de petróleo licuado

(con excepción del gas natural licuado).

No se había dictado Ley Nacional alguna que regulara el servicio de distribución de gas en poblaciones, como servicio público municipal. Sólo existía, en esta materia, la Ley del Poder Municipal del Estado Portuguesa que en la enumeración de las competencias de los Concejos Municipales, señalaba a "la distribución y venta de gas en las poblaciones", siendo esta la única disposición legislativa vigente en 1978 que declaraba a la distribución y venta de gas en las poblaciones como servicio público municipal.

a. *El régimen en la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978*

La Ley Orgánica de 1978, sin embargo, al regular los diversos servicios públicos municipales, entre ellos el de distribución y venta de gas en las poblaciones, estableció dos limitaciones que permitían una intervención del Poder Nacional de gran importancia en el campo de la regulación del servicio (ord. 2).

a'. Las *limitaciones impuestas por las leyes nacionales*

En efecto, el segundo aparte del mismo artículo 7° de la Ley Orgánica que definía la competencia municipal estableció que, "las competencias a que se refieren los ordinales 1, 2, 5, 6 y g serán ejercidas por los Municipios en los términos que establezca la legislación nacional", y esos ordinales se referían, precisamente, a casi todas las actividades declaradas como servicios públicos municipales, entre ellas las de distribución y venta de gas en las poblaciones (ord. 2).

Ahora bien, al señalar este artículo que la competencia municipal en relación a sus servicios públicos "serán ejercidos por los Municipios *en los términos que establezca la legislación nacional*", sin duda, estaba diciendo que sólo en esos términos es que podían ejercerse aquellas com-

petencias, por lo que si no habían sido establecidos, no podían ejercerse por los Municipios, y cuando lo fueran, sólo podían ejercerse en los términos que se establecieran. Se trataba de una norma de dudosa constitucionalidad, pues colidía con el artículo 30 de la Constitución que prescribe que son de la competencia municipal algunas de dichas actividades, las cuales conforme al artículo 29 del mismo texto, son del libre ejercicio de los Municipios, derivado de la autonomía municipal.

En todo caso, esta limitación exigía del Poder Nacional la necesidad de dictar una ley reguladora respecto de cada uno de los servicios enumerados y, en particular, de una ley reguladora de los servicios de distribución y venta de gas en las poblaciones que nunca se ha dictado. Y sólo en los términos que estableciera esas leyes es que los Municipios podían ejercer sus competencias. Pero sin duda, la ausencia o deficiencia de muchas de esas leyes, planteaba la necesidad de que los servicios continuasen, y que continuasen aplicándose las normas nacionales y locales existentes.

Sin embargo, de la enumeración del artículo 7° de la Ley Orgánica, había dos servicios públicos que, por primera vez en la legislación nacional, se los definía como servicios públicos municipales. Se trataba, como hemos dicho precisamente, de los servicios de distribución y venta de electricidad y gas en las poblaciones de la jurisdicción del Municipio.

Como consecuencia de ello puede decirse, que el ordinal 2º del artículo 7º decretó la "municipalización" de los servicios públicos de distribución y venta de electricidad y de gas, actividades que por primera vez habían adquirido en una ley nacional la categoría formal de "servicio público". Ahora bien, salvo por lo que se refiere al Distrito Federal, cuya Ley Orgánica (que es una ley nacional) prescribía el carácter de servicio público *del alumbrado público,* ninguna otra ley nacional regulaba con carácter general la distribución y venta de electricidad y gas. Sin

embargo, los servicios eléctricos estaban regulados, conforme al régimen anterior a la Ley Orgánica, por las leyes estadales relativas a los Municipios, en las cuales se consideraba como servicios públicos municipales.

Sin embargo, por lo que respecta a la distribución y venta de gas en las poblaciones, en este caso sí se trataba de un auténtico caso de "municipalización", pero de ejercicio y ejecución limitada hasta tanto se dictase una ley nacional que los regulare. Se destaca, en todo caso, que tres años antes ya se había nacionalizado las actividades relativas a la industria y el comercio de los hidrocarburos, por la Ley de Reserva de 1975.

Por tanto, de todos los servicios públicos municipales enumerados en la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978, el que requería de una ley nacional como condición previa de ejercicio era el servicio de distribución y venta de gas; y los otros, se podían continuar prestando por los Municipios con arreglo a las precarias disposiciones legales preexistentes. Todos, sin embargo, en el futuro, y de acuerdo al texto de dicha Ley Orgánica, podían ser regulados y limitados por la legislación nacional que podía prescribir los términos conforme a los cuales podían ser ejercidos y prestados.

b'. *Las limitaciones derivadas de la forma de prestación*

Por otra parte, el mismo artículo 7º de la Ley Orgánica, en cuanto a los servicios públicos municipales, establecía otra limitación tan amplia, que también la hacía de dudosa constitucionalidad, al prescribir que en ciertos casos esos servicios que se declaraban como municipales, dejaban de serlo y adquirían carácter nacional, si se prestaban en determinada forma.

En efecto, el segundo aparte del artículo 7º, de la Ley Orgánica de Régimen Municipal prescribía, que "cuando un servicio público tenga o requiera instalaciones ubicadas en jurisdicción de más de un Munici-

pio, o sea prestado a más de un Municipio, por un mismo organismo, entidad o empresa, públicos o privados, el régimen de tal servicio será de la competencia del Poder Nacional", en cuyo caso el Ejecutivo Nacional fijará las tarifas de dichos servicios.

Ahora bien, aparte de que la Constitución no autorizaba al Poder Nacional a cambiar la categoría de una competencia municipal en nacional por la amplitud territorial de la prestación de un servicio público, esa norma hacía que materialmente fuera difícil que un servicio público tuviera jamás carácter municipal, pues de acuerdo a ella, en el mundo contemporáneo ya es difícil encontrar un servicio de carácter estrictamente local. Por ejemplo, de acuerdo a esa norma, la distribución de agua era normalmente de la competencia nacional, no sólo porque la empresa pública que prestaba los servicios, el INOS, (ahora Hidroven, C.A. y las demás empresas hidrológicas) lo prestaba a más de un Municipio, sino porque tenía instalaciones ubicadas en más de un Municipio, y la escasez del agua provoca trasvases que vienen de otras jurisdicciones. Lo mismo se puede decir de los servicios de electricidad y gas. Estos tres servicios sólo eran municipales, conforme a esa norma, si se generaban y distribuían en el mismo Municipio. Ello era posible en el caso de un Municipio cuya agua, por ejemplo, proviniera exclusivamente de pozos y que tuviera una planta local de generación de electricidad. En el caso del gas, siempre hubiera sido un servicio público nacional, pues la generación del mismo proviene de jurisdicciones distintas. Argumentaciones similares podían realizarse respecto de los servicios de transporte, de abastecimiento y mercadeo, y de aseo urbano. Sólo los servicios funerarios y de cementerios habrían sido estrictamente locales.

Esta norma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978, por tanto requería no sólo de una interpretación racional, sino de una modificación que clarificase la intención del legislador, particularmente

en lo referente a la expresión "régimen de servicio", que comprende la regulación total de orden administrativo del servicio, y no una parte de ella. Por tanto, régimen, abarca la regulación del servicio, o sea, su normación, la prestación y en ella, la concesión; y la policía del servicio.

Por tanto, aun cuando la última parte del artículo atribuía al Ejecutivo Nacional la fijación de las tarifas, no parecía racional interpretar que eso era lo único que abarcaba el "régimen" que en la norma se nacionalizaba, pues entonces la norma habría sido redundante e inútil. Esa, sin embargo, pudo haber sido la intención del legislador, pero resultó otra cosa, es decir, una verdadera nacionalización de servicios municipales, evidentemente inconstitucional.

Esta norma, en efecto, no se adaptaba a la Constitución ni estaba dentro de su orientación, pues cuando se diera el supuesto, es decir, cuando un servicio se prestase a más de un Municipio o requiriera de instalaciones ubicadas en más de un Municipio, a lo que habría habido que acudir hubiera sido a la figura de la mancomunidad, que prevé el artículo 28 de la Constitución. Eso es, en efecto, lo que justifica una mancomunidad municipal para determinados fines de su competencia.

b. *El régimen en la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989*

La Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989, actualmente en vigencia, continuó señalando dentro de las competencias municipales, a "la distribución y venta de gas en las poblaciones" (art. 36, ord. 2), eliminando, sin embargo, las limitaciones y restricciones centralizadoras establecidas en la Ley de 1978. En su lugar, se estableció una regulación derivada del ámbito territorial de prestación que debe conducir a establecer mancomunidades forzosas.

En efecto, conforme al Parágrafo Unico del artículo 36 de la Ley

Orgánica,

> "Cuando un servicio público municipal, tenga o requiera instalaciones, o se preste, en dos o más Municipios limítrofes, por un mismo organismo o empresa pública o privada, dichos municipios deberán establecer una mancomunidad entre sí para la determinación uniforme de las regulaciones que corresponden a su competencia, sin menoscabo de las competencias nacionales referentes a la reglamentación técnica para instalaciones y modificaciones de las mismas, requisitos y condiciones de producción y suministro, facultades de inspección y potestades sancionadoras que se encuentren establecidas o se establezcan en normas nacionales".

Como se ha dicho, esta mancomunidad forzosa está prevista evidentemente en caso de conurbaciones, es decir, de Municipios urbanos contiguos territorialmente en los cuales se preste un servicio público en la forma antes indicada. No podría deducirse de esta norma, por ejemplo y por tanto, que por el hecho de que CADAFE preste el servicio de distribución y venta de electricidad en casi todos los Municipios del país, todos éstos deban mancomunarse para establecer el régimen de la prestación del servicio, el cual, en esos casos, por su naturaleza, sería de la competencia nacional.

C. *Las formas de prestación de los servicios públicos municipales*

De acuerdo con el Artículo 41 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la prestación de los servicios públicos municipales, entre ellos, la distribución y venta de gas en las poblaciones, puede ser hecha por:

1º El Municipio en forma *directa*;

2º Institutos Autónomos Municipales, mediante *delegación*;

3º Empresas, Fundaciones, Asociaciones Civiles y otros Orga-

nismos descentralizados del Municipio, mediante *contrato*;

4º Organismos de cualquier naturaleza de carácter Nacional o Estadal, mediante *contrato*;

5º *Concesión* otorgada en licitación pública.

En particular, debe destacarse dentro de la modalidad de prestación mediante contrato (ord. 2 y 3), la posibilidad de que ellos se celebren con empresas mixtas regionales, estadales o municipales para la prestación del servicio de gas, previstas en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público.

Ahora bien, cuando se trate de prestación del servicio por particulares, ello sólo puede hacerse mediante concesiones de servicios públicos municipales, que de acuerdo con el artículo 42 de la Ley Orgánica, en las mismas deben regir las siguientes condiciones mínimas:

1º La concesión, conforme al artículo 97 de la Constitución, debe tener un plazo que, en esta materia, en ningún caso puede ser mayor de veinte (20) años;

2º La concesión debe prever un precio que debe pagar el concesionario al Municipio, por los derechos que le otorgue la concesión; contraprestación que puede consistir en una cantidad fija anual durante el plazo de la concesión. En el contrato de concesión debe establecerse el procedimiento de revisión periódica del precio;

3º En la concesión debe establecerse además, la participación del Municipio en las utilidades o ingresos brutos que produzca la explotación del servicio;

4º Durante todo el plazo de la concesión, el concesionario debe constituir a favor y a satisfacción del Municipio, una garantía

fideyusoria, por una empresa de seguro o institución bancaria, para el cumplimiento de las obligaciones del concesionario.

5º En la concesión debe establecerse el capital que debe invertir el concesionario y la forma de su amortización.

6º La concesión debe establecer la tarifa o precio por cobrar a los usuarios del servicio, la cual podrá ser modificada en la oportunidad de la revisión periódica antes indicada (N° 2).

7º En el contrato de concesión debe establecerse la forma en que el Alcalde debe supervisar la gestión del concesionario, el mantenimiento y uso apropiado de los equipos e instalaciones empleados en la explotación de la concesión;

8º La concesión debe regular el derecho del Municipio a intervenir temporalmente la concesión y de asumir su prestación por cuenta del concesionario cuando el servicio sea deficiente o se suspenda sin su autorización; pero en el caso de prestación deficiente, deberá darse al concesionario un plazo perentorio para restablecer la buena marcha del servicio;

9º La concesión debe regular el derecho del Municipio a revocar en cualquier momento la concesión, previo el pago de la indemnización correspondiente, la cual no incluirá el monto de las inversiones ya amortizadas ni el lucro cesante;

10º Por último, en la concesión debe preverse el traspaso gratuito al Municipio, libre de gravámenes, de todos los bienes, derechos y acciones objeto de la concesión al extinguirse ésta por cualquier causa.

Conforme al mismo artículo 42 de la Ley Orgánica, se entiende por bienes afectos a la reversión todos los necesarios para la prestación del servicio, salvo aquellos propiedad de terceros cuya utilización hubiere

sido expresamente autorizada por el Municipio.

Sin embargo, conforme al aparte del artículo 42 de la Ley Orgánica, cuando por la naturaleza del servicio se requieran inversiones adicionales a las previstas en el contrato original, la reversión operará de acuerdo con las condiciones establecidas en los contratos suplementarios que se suscriban al efecto y en los cuales se establecerá la forma de indemnizar al concesionario la parte no amortizada. Sin embargo, no se considerarán como nuevas inversiones los gastos de reparación y mantenimiento de las instalaciones y equipos.

Por último, debe señalarse que la Ley Orgánica de Régimen Municipal ha establecido en forma expresa el régimen de la administración descentralizada del Municipio, previendo así la posibilidad de que las competencias municipales, entre ellas, la prestación de servicios públicos municipales se realicen a través de institutos autónomos, empresas municipales, fundaciones municipales y asociaciones municipales, por delegación o contrato, según los casos.

Estas entidades asociativas y descentralizadas, en todo caso, se las reconoce en la Ley como entidades locales siempre que tengan personalidad jurídica (Art. 13, Ord. 4).

Los Institutos Autónomos Municipales, son entidades de carácter público creadas por Ordenanza, dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente del Fisco Municipal, (art. 43); no gozan de los privilegios y prerrogativas que la Ley Orgánica acuerda al Fisco Municipal, a menos que una Ley Nacional así lo establezca (Art. 44).

Expresamente prevé la Ley Orgánica que en su condición de personas jurídicas de carácter público, los Institutos Autónomos Municipales quedan sujetos a la Ley Orgánica (nacional) de Procedimientos Administrativos, en cuanto ésta les sea aplicable (Art. 45).

En cuanto a las empresas municipales, el artículo 47 de la Ley Or-

gánica las define como las sociedades mercantiles en las cuales el Municipio solo o conjuntamente con otras Entidades locales con personalidad jurídica, tenga una participación mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social.

Por último, las Asociaciones Civiles Municipales son personas jurídicas de derecho privado que no persiguen un fin de lucro para sus asociados y en las cuales el Municipio, solo o conjuntamente con otras Entidades locales con personalidad jurídica, tenga una participación mayor al cincuenta por ciento (50%) de su patrimonio (Art. 49).

D. *La regulación del servicio público de distribución y venta de gas en las poblaciones*

Tratándose de un servicio público municipal, la regulación de la distribución y venta de gas en las poblaciones corresponde, en principio, al propio Municipio, de manera que en esta materia, cada Municipio es, en su jurisdicción, o el prestador directo del servicio o el ente regulador cuando la prestación se realice en forma indirecta, mediante contrato o concesión. Sin embargo, habiéndose declarado previamente, por la Ley de Reserva de 1973, la explotación del mercado interno de los gases del petróleo licuado como un servicio público nacional, atribuyéndose al Ministerio de Energía y Minas funciones de inspección y control, este se configura como un ente nacional regulador del servicio público de distribución y venta de gas de carácter nacional, que debe compatibilizarse con la municipalización del servicio público de distribución y venta de gas en las poblaciones.

En efecto, dada la naturaleza del servicio en Venezuela, que implica el manejo y distribución final del gas, que es un producto derivado de los hidrocarburos, cuya explotación ha correspondido a la República por el régimen previsto en la Ley de Hidrocarburos, (dado que estos son parte del dominio público), mediante concesiones otorgadas a par-

ticulares; y, a partir de 1975, por las empresas de la Industria Petrolera Nacionalizada, en virtud de la reserva al Estado de la industria y el comercio de los Hidrocarburos; en una ley nacional podría regularse un Ente Regulador Nacional del servicio de gas, que atienda, entre otros aspectos, a los asuntos referentes a la reglamentación técnica para instalaciones y modificaciones de las mismas; requisitos y condiciones de prestación y suministro; régimen tarifario; y facultades de inspección y potestades sancionatorias a que se refiere el aparte único del artículo 36 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

III. LA INDUSTRIA Y EL COMERCIO DEL GAS COMO ACTIVIDADES RESERVADAS AL ESTADO NACIONAL

1. *La figura de la reserva estatal respecto de explotaciones o actividades económicas*

En la Constitución de 1961, como se dijo, siguiendo la orientación de la Constitución de 1947, se estableció expresamente la posibilidad que tiene el Estado de "reservarse determinadas *industrias, explotaciones* o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional" (Art. 97). Se abrió así la posibilidad, no ya de que el Estado realice actividades empresariales, sino que las realice en forma exclusiva, reservada, excluyendo a los particulares del ámbito de las mismas. Esta reserva, sin duda, tiene por efecto fundamental establecer una limitación a la libertad económica de los individuos, excluyéndola del sector reservado.

En efecto, la reserva de actividades económicas por parte del Estado conlleva básicamente una prohibición impuesta a los particulares de realizar actividades propias del sector reservado, lo que afecta tanto a aquellos particulares o empresas que venían realizando actividades en el sector, como a cualquier particular o empresa, que pretendiera, en

el futuro, realizar dichas actividades. Después de la reserva, por tanto, los particulares o empresas que operan en el sector, no pueden continuar realizando sus actividades, y hacia el futuro, ningún otro particular puede realizar nuevas actividades en el sector. En estos casos la libertad económica en dicho sector, ha sido excluida y es imposible ejercerla.

Como consecuencia de ello, el acto de reserva, *per se*, no conlleva derecho alguno de los particulares afectados a indemnización por parte del Estado. Aquellos, simplemente, cesan en sus actividades, y un deber de indemnización sólo surgiría si el Estado decide apropiarse de las instalaciones o de las empresas de los particulares que operaban en el área reservada, es decir, decide nacionalizar esas empresas.

Este principio, en nuestro criterio, se deduce de las normas de la Ley que reserva al Estado la industria del Gas Natural, de 26 de agosto de 1970 (*Gaceta Oficial* N° 29.594, de 26 de agosto de 1971). En efecto, esta Ley reservó al Estado la "industria del gas proveniente de yacimientos de hidrocarburos" (Art. 1°), y estableció, por tanto, la obligación a los concesionarios de "entregar al Estado, en la oportunidad, medida y condiciones que determine el Ejecutivo Nacional, el gas que se produzca en sus operaciones" (Art. 3°). Corría por cuenta del Estado el pago a los concesionarios de "los gastos de recolección, compresión y entrega del gas" (Art. 7°). La reserva, *per se,* no daba ningún derecho a indemnización por parte de los concesionarios, y el Estado sólo pagaba los costos de la recolección, compresión y entrega del gas. La ley sólo previó una compensación "*en el caso de que el Estado decida asumir las operaciones de recolección, compresión y tratamiento en plantas que actualmente realizan los concesionarios*", en cuyo caso, la misma equivaldría "a la parte no depreciada del costo de las instalaciones y equipos que requiere para esas operaciones o el valor de rescate de los mismos si éste fuere menor que aquél" (Art. 8°). De acuerdo a esto, la indemnización sólo procedía si el Estado decidía apropiarse de las instalaciones, y por esa apropia-

ción indemnizaba al concesionario; la reserva, en sí misma, en cambio, como prohibición impuesta a los concesionarios de seguir aprovechándose del gas natural, no dio derecho alguno a indemnización.

La nacionalización de empresas, es decir, la obligatoriedad impuesta a todas las empresas que operan en ciertas áreas o sectores de la economía que el Estado se reserva por razones de conveniencia nacional, de transferir a éste la propiedad de las mismas, mediando indemnización, es un institución que en Venezuela tiene fundamento constitucional en la ya señalada figura de la reserva al Estado.

En efecto, la reserva tienen como consecuencia dos efectos fundamentales: en primer lugar, establecer a favor del Estado un monopolio de derecho; y en segundo lugar, establecer, como consecuencia, una prohibición para los particulares de realizar actividades en el sector reservado, en virtud de la exclusión de la libertad económica que implica. Por esta sola reserva, no tiene el Estado obligación alguna de indemnizar a los particulares excluidos. Pero si además de la reserva, ésta se acompaña con la exigencia y obligación impuesta a los particulares y empresas afectadas, de transferir forzosamente al Estado las instalaciones con que operaban, estaremos en presencia de la figura de la nacionalización, que sí da derecho a indemnización.

En el ordenamiento jurídico venezolano, por tanto, la figura de la reserva junto con la expropiación, dan origen a esta nueva institución: que es la nacionalización, sometida a sus propias normas indemnizatorias, de acuerdo a la interpretación que la Ley haga de la "justa indemnización" a que se refiere el artículo 101 de la Constitución. En este sentido, por ejemplo, las normas para calcular la indemnización con motivo de las nacionalizaciones de las industrias del hiero y del petróleo, establecidas en el Decreto-Ley que reserva al Estado la industria de la explotación de mineral de hierro (Decreto-Ley N° 580, de 26-11-74, en *Gaceta Oficial* N° 30.577, de 16-12-74) y en la Ley Orgánica que reserva al Es-

tado la industria y el comercio de los hidrocarburos, de 29 de agosto de 1975 (*Gaceta Oficial* N° 1.769, Extra. de 29-8-75), son distintas a las previstas en la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social; y entre otros factores, porque no se trata de una expropiación pura y simplemente.

La expropiación de empresas, por su parte, es una restricción a la propiedad de una determinada organización económica: no afecta, *per se*, la libertad económica en un determinado sector, y el hecho de que se expropie una empresa no impide que otros particulares realicen actividades en ese mismo sector.

En cambio, en la nacionalización, la reserva afecta y excluye la actividad económica privada en el sector reservado, y la transferencia forzosa de las empresas se produce respecto de todas las que operan en el sector, con la prohibición para los particulares de seguir realizando o realizar en el futuro actividades en dicho sector. Aquí no hay una restricción a la libertad económica de un particular o grupo de ellos, sino la exclusión de la libertad económica respecto a un determinado sector. Por eso, los principios de la expropiación no pueden aplicarse, tal como están en la legislación tradicional, a la expropiación que acompaña a la reserva estatal, pues en este caso, la nueva institución que surge, la nacionalización, condiciona el tratamiento del proceso.

Ahora bien, con fundamento en el artículo 97 de la Constitución, la industria y comercio del gas natural ha sido objeto de reserva al Estado, mediante dos leyes: la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural de 1971 (*G.O.* Nº 29.594 de 26-08-71) y la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (*G.O.* Nº 1.769 Extra. de 29-08-75).

2. *La reserva al Estado de la industria del gas natural (1971)*

La Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural de 1971 cuyas disposiciones se consideraron como de orden público y de aplicación inmediata a los concesionarios de hidrocarburos que en ese momento existían (art. 14); reservó al Estado, por razones de conveniencia nacional "la industria del gas proveniente de yacimientos de hidrocarburos", (art. 1), precisando como consecuencia que "la industria del gas será ejercida por el Ejecutivo Nacional y la explotará por intermedio de la Corporación Venezolana del Petróleo" (art. 2). La Ley tenía un claro objetivo conservacionista, pudiendo encontrarse su antecedentes normativo más inmediato en el Reglamento sobre Conservación de los Recursos de Hidrocarburos dictado por Decreto Nº 1316 de 11-2-69 (*G.O.* Nº 28.851 de 13-2-69).

Se estableció, así un régimen único de la industria del gas proveniente de yacimientos de hidrocarburos, de manera que cualquier otro medio de explotación de esta industria debía ser autorizado por Ley Especia (art. 2).

La consecuencia inmediata de la reserva fue la obligación impuesta legalmente a los concesionarios de hidrocarburos de entregar al Estado "en la oportunidad, medida y condiciones que determine el Ejecutivo Nacional, el gas que se produzca en sus operaciones" (art. 3). En el caso de concesiones que no estaban en explotación o que lo estaban en forma no satisfactoria, el Ejecutivo Nacional debía determinar, asimismo, "las condiciones para la extracción y entrega del gas, sin perjuicio de la facultad de asumir la realización de las operaciones" (art. 4).

La Ley estableció como principio general, una limitante en cuanto a la industria del gas, al establecer que:

> "Art. 5º. Sólo podrá licuarse el gas que se produzca asociado con el petróleo y que no esté almacenado por razones de conservación, excepto que se estime más conveniente para la Nación reinyectarlo

> al yacimiento o utilizarlo para otros fines de mayor interés público. Cuando la reinyección del gas al yacimiento sea eficiente y económica en función de que se conserva o por la cantidad de crudo recuperable, dicha reinyección se efectuará con preferencia a la de otra sustancia. Los concesionarios deberán prestar todas las facilidades operacionales para los programas de conservación de gas.
>
> El Ejecutivo Nacional dispondrá el destino que deba darse al gas que no pueda ser recibido por el Estado"

Sin embargo, la Ley previó, además, que el Ejecutivo Nacional debía establecer la medida y las condiciones en las cuales los concesionarios de hidrocarburos podían utilizar en sus operaciones el gas que se produjera asociado con el petróleo (art. 6).

Ahora bien, como consecuencia de la obligación que la Ley imponía a los concesionarios de entregar al Estado el gas que produjera en sus operaciones (art. 3), el artículo 7º de la Ley prescribió que el Estado debía pagar a los concesionarios, en virtud de la obligación que les impone el artículo 3º, los gastos de recolección, compresión y entrega del gas, de acuerdo con las normas que debía fijar el Ejecutivo Nacional.

En esta forma, la reserva no implicó la nacionalización de las instalaciones industriales para la producción del gas natural. Sin embargo, la Ley previó la posibilidad de que ello ocurriese al disponer que:

> "Art. 8º En el caso de que el Estado decida asumir las operaciones de recolección, compresión y tratamiento en plantas que actualmente realizan los concesionarios, pagará a éstos una compensación equivalente a la parte no depreciada del costo de las instalaciones y equipos que requiera para esas operaciones o el valor de rescate de los mismos si éste fuere menor que aquél. El pago de esta compensación podrá ser diferido por tiempo determinado, no mayor de diez (10) años, o cancelarse mediante la emisión de bonos de aceptación obligatoria con garantía suficiente"

Debe señalarse que además de las facultades de inspección y fiscalización que le atribuía la Ley de Hidrocarburos al Ejecutivo Nacional, la Ley de Reserva de 1971 lo facultó para inspeccionar y fiscalizar todos los trabajos y actividades relacionados con el gas a los fines previstos en la reserva de la industria del gas (art. 9).

La Ley de Reserva de 1971, por último, previó un régimen sancionatorio de manera que cualquier infracción de la ley se castiga con multa de veinticinco mil bolívares (Bs. 25.000,oo) a quinientos mil bolívares (Bs. 500.000,oo), que debe imponer el Ministerio de Energía y Minas (art. 9).

Además, se precisó que la enajenación o cualquier otro acto de disposición del gas con violación de las normas de la ley, da lugar al comiso del gas, de acuerdo con el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en cuanto sea aplicable (art. 11).

En todo caso, las disposiciones sancionatorias mencionadas, deben aplicarse sin perjuicio de las sanciones establecidas por otras disposiciones legales o reglamentarias y de las acciones civiles, penales o fiscales que la infracción origine (art. 12).

Por último, la Ley de 1971 dispuso, como norma transitoria que:

> "Art. 16. Quedan en todo su vigor las situaciones jurídicas relacionadas con el gas natural y existentes para la fecha de la promulgación de esta ley a favor de cualquier municipalidad de la República".

Esta norma, como se dijo, para ese momento, solo se refería legalmente, a los Municipios del Estado Portuguesa, pues sólo allí se regulaba la distribución y venta de gas en las poblaciones como servicio público municipal.

3. *La reserva al Estado de la industria y comercio de los hidrocarburos (1975)*

A. *La nacionalización petrolera*

El Estado venezolano, mediante la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, del 29 de agosto de 1975, indudablemente nacionalizó esta industria, transformando de manera general en el sector, la propiedad privada de las empresas petroleras concesionarias en propiedad pública, mediante la reserva que hizo de esa industria y comercio de los hidrocarburos; y, adquiriendo la propiedad los bienes de las empresas, reestructuró, así, la economía nacional.

En efecto, la Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975, estableció, siguiendo la orientación constitucional,

> "que se reserva al Estado, por razones de conveniencia nacional, todo lo relativo a la exploración del territorio nacional en búsqueda de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; a la explotación de yacimientos de los mismos, a la manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento; al comercio exterior e interior de las substancias explotadas y refinadas, y a las obras que su manejo requiera, en los términos señalados por esta ley".

Dentro de las actividades reservadas, por supuesto, están todas las relativas a la industria y el comercio del gas.

Como consecuencia de lo establecido en este artículo 1° de la Ley, el mismo agregó que las concesiones otorgadas por el Ejecutivo Nacional quedaban extinguidas, aun cuando dicha extinción se haría efectiva el día 31 de diciembre de 1975.

Este artículo de la Ley estableció, en primer lugar, la reserva a favor del Estado de la actividad económica relacionada con la industria y comercio de los hidrocarburos. La consecuencia fundamental de esta reserva, fue, en primer lugar, la extinción de las concesiones otorgadas para la exploración y explotación de los hidrocarburos a empresas particulares, con anterioridad a la ley, extinción que se hizo efectiva el día 31 de diciembre de 1975; y en segundo lugar, el establecimiento de un monopolio de derecho a favor del Estado ya que, conforme a lo que establece el artículo 5° de la ley, el Estado ejercería todas esas actividades reservadas:

> "directamente por el Ejecutivo Nacional o por medio de entes de su propiedad, pudiendo celebrar los convenios operativos necesarios para la mejor realización de sus funciones, sin que en ningún caso estas gestiones afecten la esencia de las actividades atribuidas".

Al día siguiente de la promulgación de la Ley de Nacionalización, el Presidente de la República dictó el decreto N° 1.123, del 30 de agosto de 1975, mediante el cual se creó la empresa Petróleos de Venezuela S.A., como "una empresa estatal, bajo la forma de Sociedad Anónima, que cumplirá y ejecutará la política que dicte en materia de hidrocarburos el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Minas e Hidrocarburos, en las actividades que le sean encomendadas", dictándose, además, sus estatutos. La motivación central de la creación de Petróleos de Venezuela S.A. fue la consideración de que era "de prioritaria necesidad proceder a la constitución e integración de las empresas estatales que tendrán a su cargo la continuación y desarrollo de la actividad petrolera reservada al Estado". La empresa se creó con un capital representado en acciones de la exclusiva propiedad de la República de Venezuela, como única accionista, y los estatutos sociales de la misma fueron registrado en el Registro Mercantil.

Como se dijo, la Ley de Reserva estableció un período de transición de cuatro meses para hacer efectiva la nacionalización, el cual se extendió hasta el 31 de diciembre de 1975, oportunidad en la cual se hizo efectiva la extinción de las concesiones de hidrocarburos que habían sido otorgadas por el Ejecutivo Nacional a través de más de medio siglo de explotación petrolera. Durante ese período se negoció con las empresas petroleras la indemnización que la Ley había acordado cancelarles, y se las hizo constituir sendas empresas en el país, cuyas acciones fueron transferidas a Petróleos de Venezuela, S.A. A partir del 1° de enero de 1976, en esta forma, Venezuela comenzó a regir la Industria Petrolera Nacionalizada, a través de las empresas estatales que fueron creadas para tal fin (PDVSA y sus empresas filiales).

Tal como señalamos, la peculiaridad de mayor importancia del proceso venezolano de nacionalización petrolera, es que se realizó dentro del marco permitido por el ordenamiento jurídico vigente del país, sin violentárselo en forma alguna; y se realizó, además, como un proceso político, realizado políticamente, sin violentarse los derechos particulares.

B. *El monopolio de derecho respecto de la industria y el comercio de los hidrocarburos.*

El fundamento constitucional de la nacionalización petrolera en Venezuela, como se ha dicho, está en el figura de la reserva de actividades económicas por el Estado. Conforme al artículo 97 de la Constitución, el Estado, al reservarse la industria y el comercio de los hidrocarburos, estableció un verdadero y auténtico monopolio de Derecho. Puede decirse entonces que, en Venezuela, el proceso nacionalizador de las actividades petroleras se inició con la declaratoria de reserva señalada, lo que correspondía hacer a las Cámaras Legislativas mediante ley.

Pero indudablemente, como se dijo, la reserva no es el único elemento del proceso de nacionalización. La reserva, conllevó fundamentalmente una prohibición impuesta a los particulares de realizar actividades propias del sector reservado o nacionalizado, lo que afectó tanto a aquellos concesionarios o empresas que venían realizando actividades en el sector, como a cualquier otro particular o empresa, hacia el futuro. Después de la reserva, los concesionarios o empresas que operaban en el sector, no pudieron continuar realizando sus actividades; y hacia el futuro ningún otro particular pudo ni puede realizar nuevas actividades en el sector. Por ello, la nacionalización no se agotó con la reserva, sino que requería de actos complementarios mediante los cuales se asegurara que la gestión de las empresas y bienes existentes afectados a la industria y el comercio de los hidrocarburos, la cual se nacionalizaba, se transferirían al Estado, y que la actividad productiva o de servicios no se detendría ni entorpecería.

De allí que la reserva estuviese acompañada, como lo exige el ordenamiento jurídico venezolano, de la expropiación de las empresas que operaban en el sector nacionalizado, para asegurar el traspaso rápido de los bienes de los concesionarios del Estado.

Debe destacarse, además, que por el hecho de la reserva, es decir, de la prohibición impuesta por ella a los concesionarios de realizar actividades en el respectivo sector, desde el momento mismo en que se produce la reserva, esos particulares o empresas no debían operar más. En el caso de la industria petrolera, sin embargo, después del momento en que se promulgó la Ley de Reserva, se permitió a las empresas existentes la posibilidad de operar durante 4 meses, sólo con motivo de asegurar la continuación de la industria hasta hacer efectiva la expropiación, y en forma transitoria, sometidas a la fiscalización y control del Estado.

C. *Reserva y expropiación*

De lo señalado anteriormente, resulta claro que una auténtica nacionalización de un sector económico se produce cuanto se dan conjuntamente la medida de reserva con la técnica expropiatoria. Esta última es el mecanismo para hacer efectiva la voluntad del Estado de asumir la actividad económica objeto de la reserva. Esto fue lo que sucedió en el proceso de nacionalización de la industria petrolera, el cual, además, indudablemente que estaba condicionado por un objetivo fundamental: que la industria y las unidades económicas empresariales, continuaran funcionando a cabalidad, desde el momento mismo de la expropiación.

Para asegurar este objetivo fundamental, el proceso expropiatorio en la nacionalización petrolera, en principio, debía tender a versar sobre las *empresas* petroleras, es decir, sobre las unidades económico-productivas o de servicios que manejaban la industria petrolera, de manera que éstas no se vieran afectadas en su funcionamiento con el cambio de titularidad a favor del Estado.

En este sentido, en el proceso nacionalizador de la industria petrolera, lo ideal hubiera sido que la expropiación hubiese versado sobre las *empresas* más que sobre bienes particularizados, mediante un simple traspaso de acciones de los concesionarios al Estado. Esta fue la modalidad utilizada, por ejemplo, en las nacionalizaciones efectuadas en Francia con posterioridad a la liberación sobre las empresas bancarias, empresas de seguros y empresas de transportes aéreos. En estos casos, se produjo la transferencia de las empresas con todo su patrimonio, al Estado, mediante una transferencia de acciones.

Sin embargo, una solución simple y rápida como la anotada, hubiera exigido, en el caso de la industria petrolera venezolana, la existencia, jurídicamente hablando, de sociedades anónimas constituidas en Venezuela, para que pudiera operarse el traspaso de acciones. La realidad, sin embargo, era otra: la casi totalidad de las empresas petro-

leras eran 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 las actividades productivas o de servicios en el país, no estaba representado por títulos accionarios específicos que pudieran ser transferidos a la República.

La expropiación de las empresas petroleras en Venezuela, como resultado de la nacionalización de la industria, se refirió por tanto, a los bienes afectos a los procesos productivos o de servicios. No podía, en general, expropiarse propiamente a las empresas, sino a los bienes que las formaban, y con ellos, el Estado hizo constituir las nuevas empresas, cuyo capital fue transferido al Estado.

D. *Las características políticas y jurídicas de la nacionalización petrolera.*

La peculiaridad de la nacionalización petrolera en Venezuela, no sólo resulta de su realización con apego al ordenamiento jurídico vigente, sino de que fue un proceso político, políticamente realizado, sin la producción de conflictos con las empresas concesionarias, realizado por políticos y sometido a un amplísimo debate político-democrático en el país. Por eso, el proceso de nacionalización petrolera en Venezuela, afortunadamente, no fue un proceso que condujo a confrontaciones con las empresas transnacionales, es decir, no fue un proceso traumático, sino que se caracterizó por ser un proceso de nacionalización concertada.

Para realizarla, como ya se señaló, se acudió a las figuras que permitía el ordenamiento jurídico: la reserva al Estado de sectores económicos y el pago de la indemnización por la apropiación, por el Estado, de los bienes que estaban afectados a la actividad reservada; sin que esto se hubiese realizado violentando ni el orden jurídico ni el de-

recho que correspondía a las empresas transnacionales. Venezuela, así, negoció la nacionalización, o si se quiere, evitó el conflicto.

Por tanto no sólo se estableció una reserva a favor del Estado, sino que la Ley, además, conllevó a una verdadera nacionalización, es decir, a la asunción por parte del Estado de las actividades económicas que venía estando a cargo de las empresas concesionarias. A tal efecto, la ley estableció los mecanismos necesarios para expropiar a dichas empresas, si acaso no se llegada a un arreglo amigable o avenimiento en relación al monto de la correspondiente indemnización.

En tal sentido, el artículo 12 de la Ley estableció que el Ejecutivo Nacional, dentro de los 45 días continuos y subsiguientes a la fecha de promulgación de la misma, es decir, dentro de los 45 días siguientes al 29 de agosto de 1975, y por órgano del Ministerio de Minas e Hidrocarburos, debía hacer a los concesionarios una oferta formal de una indemnización, por todos los derechos que los concesionarios tuvieran sobre los bienes afectos a las concesiones de las cuales era titulares.

La indemnización que el Estado debía cancelar a los concesionarios, de acuerdo al artículo 15 de la ley, correspondía a los derechos sobre los bienes expropiados, y no podía ser superior al valor neto de las propiedades, plantas y equipos, entendiéndose como tal, el valor de adquisición menos el monto acumulado de depreciación y amortización, a la fecha de la solicitud de expropiación, según los libros usados por el respectivo concesionario a los fines del Impuesto sobre la Renta. El mismo artículo 15 de la Ley estableció una serie de deducciones que debían hacerse a dicha indemnización antes de su pago.

De acuerdo a esas normas, el Ministro de Minas e Hidrocarburos presentó a las veintidós (22) empresas concesionarias las ofertas de indemnización, previéndose el pago de acuerdo a dos sistemas: una parte pagada en efectivo, cancelándose el material existente para el 31 de

diciembre; y otro para el pago por concepto de equipos e instalaciones, que debía efectuarse en bonos de la deuda pública, conforme a lo autorizado por el artículo 16 de la Ley. Las empresas concesionarias contestaron la oferta presentada por el Ejecutivo Nacional dentro de los 15 días siguientes, y como consecuencia de ello, se llegó, entre el Ejecutivo Nacional y las empresas concesionarias, a un avenimiento, el cual se hizo constar en las llamadas Actas- Convenios, suscritos por el Procurador General de la República y las empresas concesionarias, conforme a las instrucciones impartidas por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Minas e Hidrocarburos; Actas de Avenimiento o Convenios cuyos efectos se producirían para la fecha de extinción de las concesiones, es decir, para el 31 de diciembre de 1975.

El día 28 de noviembre de 1975 concluyó la firma de las Actas Convenios entre la Procuraduría General de la República y las empresas concesionarias. De acuerdo a lo previsto en el artículo 12 de la Ley, el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministro de Minas e Hidrocarburos, sometió las Actas Convenios a la aprobación y consideración de las Cámaras Legislativas, en sesión conjunta, habiéndose iniciado del debate en el Congreso el día 10 de diciembre. Las Actas Convenios fueron aprobadas y el acuerdo de aprobación respectivo fue publicado el 18 de diciembre de 1975.

La Ley había previsto mecanismos para expropiar a las empresas concesionarias si no se lograba el avenimiento previsto en el artículo 12 de la ley, pero no fue necesario acudir a dicho procedimiento, ya que se logró el acuerdo.

En todo caso, en la Cláusula Cuarta de las Actas Convenios suscritas por la República y algunas de las principales empresas concesionarias, se establecieron las bases para que éstas procedieran a constituir sendas compañías anónimas que progresivamente irían asumiendo la operación integral de la industria; compañías anónimas, que luego fue-

ron traspasadas a la República, al extinguirse las concesiones el 31 de diciembre de 1975, tal como sucedió.

E. *Efectos de la Ley Orgánica de Reserva de 1975 sobre la industria y el comercio del gas*

La Ley de Nacionalización petrolera de 1975, por supuesto, abarcó a la industria y el comercio del gas, es decir, conforme a dicha ley, se reservó al Estado todo lo relativo a la explotación del territorio nacional en la búsqueda de gas; a la explotación de yacimientos del mismo, a la manufactura o refinación, transporte por vías especiales (gas ductos) y almacenamiento; al comercio exterior e interior del gas explotado y refinado, y a las obras que su manejo requiriera.

En esta forma, la Ley de 1975 superó en su ámbito de aplicación, a la Ley de Reserva de la Industria del Gas Natural de 1971, porque aquella sólo se refería a la industria del gas natural "proveniente de yacimientos de hidrocarburos" (art. 1). Dicha actividad, sin duda, quedó abarcada en la Ley Orgánica de Reserva de 1975.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978 y luego de 1989, sin embargo, fueron leyes posteriores a la Ley Orgánica de Reserva de 1975, teniendo como efecto que, sin dejar de ser el universo general de la industria y el comercio de los hidrocarburos una actividad reservada al Estado, sin embargo, el aspecto de distribución y venta de gas en las poblaciones, se declaró como un servicio público municipal.

IV. REGIMEN DEROGATORIO DE LA LEY DE NACIONALIZACION PETROLERA (1975) EN RELACION CON LAS LEYES ANTERIORES DE RESERVA RELATIVAS A LA INDUSTRIA Y A LA COMERCIALIZACIÓN DEL GAS.

La explotación del gas de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente está sometido, en principio, al régimen legal previsto en la *Ley de Hidrocarburos (Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 1.149 de 15-9-67), cuyo artículo 1° establece que:

> "todo lo relativo a la exploración del territorio nacional en busca de petróleo, asfalto, gas natural y demás hidrocarburos; a la explotación de yacimientos de los mismos, cualquiera que sea su origen o colocación; a la manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento de las sustancias explotadas y a las obras que su manejo requiera, se declara de utilidad pública y se regirá por las disposiciones de la presente ley".

En consecuencia, de acuerdo a esta norma, básicamente, el régimen jurídico aplicable a la industria del gas en Venezuela, es el establecido en las normas contenidas en la Ley de Hidrocarburos.

Sin embargo, el artículo 28 de la *Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de Hidrocarburos* de 1975 que también se aplica a la industria del gas, *derogó las disposiciones de la Ley de Hidrocarburos que colidieran con dicha Ley Orgánica.* Por tanto, respecto de la industria del gas no toda la normativa de la Ley de Hidrocarburos resulta aplicable, pues la sanción de la Ley Orgánica de Reserva de 1975, entre otros aspectos, implicó fundamentalmente, que todo el régimen de las *concesiones,* como forma de ejercer los derechos de explorar, explotar, manufacturar, refinar y transportar por vías especiales los hidrocarburos, comprendido el gas natural (Art. 3, Parágrafo Tercero), quedaron tácitamente derogadas, pues coliden con las normas de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975.

Debe señalarse, además, que con anterioridad a la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos

de 1975, en 1971 se había dictado la *Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural* cuyas normas, conforme al artículo 1° de la Ley Orgánica de Reserva de 1975, *continúan en vigor, en cuanto no colidan con lo previsto en esta Ley Orgánica de Reserva de 1975.*

Resulta indispensable, por tanto, tratar de precisar el efecto derogatorio de la Ley Orgánica de Reserva de 1975 en relación a las leyes anteriores.

1. *Derogación de las normas de la Ley de Reserva de la industria del gas natural de 1971 por la Ley de Nacionalización de 1975*

En efecto, como hemos dicho, el Congreso sancionó en 1971, la *Ley que Reserva al Estado la industria del gas natural* en la cual, específicamente, se reservó al Estado "la industria del gas proveniente de yacimientos de hidrocarburos" (art. 1). Posteriormente, en 1975, se dictó la *Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos* en la cual genéricamente se reservó al Estado

> "lo relativo a la exploración del territorio nacional en busca de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; a la explotación de yacimientos de los mismos, a la manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento; al comercio interior y exterior de las sustancias explotadas y refinadas, y a las obras que su manejo requiera, en los términos señalados por esta Ley" (art. 1).

Sin embargo, en el mismo artículo 1° de la Ley Orgánica, se estableció que:

> "Lo referente a la industria del gas natural y al mercado interno de los productos derivados de hidrocarburos, se regirá por lo dispuesto en la Ley que reserva al Estado la Industria del Gas Natural y la Ley que reserva al Estado la explotación del *mercado interno*

de los productos derivados de hidrocarburos, respectivamente, en cuanto no colida con lo dispuesto en la presente Ley".

La industria del gas natural está sometida al régimen que establece, como *ley ordinaria, especial y anterior,* la *Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural* de 1971, siempre que las disposiciones de la misma no colidan con lo previsto en la Ley *Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos* de 1975, que ha de considerarse como una ley *general y posterior* en la materia, además de ser *orgánica,* lo que implica que a ella deben someterse las leyes ordinarias que se dicten en las materias que regula.

La consecuencia de esta relación entre las dos leyes, es que por ejemplo, habiendo quedado extinguidas las concesiones de hidrocarburos por la Ley Orgánica de Reserva de 1975 (art. 1°), todas las normas relativas a los concesiones de hidrocarburos y a la explotación del gas con motivo de la explotación de concesiones previstas en la Ley de Reserva de 1971, quedaron derogadas por colidir con la Ley Orgánica de 1975. La misma derogación tácita también puede considerarse que ocurrió con otras normas de la Ley que Reserva al Estado la industria del gas natural de 1971, lo que exige el análisis individualizado de dicha Ley, que hacemos a continuación,

A) Artículo 1°. El artículo 1° de la Ley, reserva al Estado, por razones de conveniencia nacional, "*la industria del gas proveniente de yacimientos de hidrocarburos*" cualquiera que sea su forma de presentación, es decir, asociado o no asociado. Esta norma puede considerarse que ha quedado tácitamente sustituida por la Ley Orgánica de reserva de 1975, pues ésta va mucho más allá en la identificación de las actividades reservadas al Estado, al indicar en su artículo 1° que se reserva al Estado, la exploración, explotación, manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento, comercio interior y exte-

rior y las obras que requiera el manejo del petróleo, asfalto y demás hidrocarburos, comprendido el gas natural.

B) Artículo 2°. El artículo 2° de la Ley prescribe que "la industria del gas será ejercida por el Ejecutivo Nacional y la explotará por intermedio de la Corporación Venezolana del Petróleo".

Esta norma también fue tácitamente derogada por lo establecido en los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica de reserva de 1975, que establecen que las actividades reservadas las ejercerá el Estado "directamente por el Ejecutivo Nacional o por medio de entes de su propiedad", para cuya constitución, en el artículo 6° de la Ley Orgánica de Reserva de 1975, se establecieron las bases para la organización de la administración y gestión de las actividades reservadas. En base a ello, por Decreto Nº 1123 de 30-8-75 (*G.O.* Nº 1.770 Extraordinaria de 30-8-75) se constituyó la empresa Petróleos de Venezuela S.A. para asumir las actividades reservadas como ente de coordinación, supervisión y control de las actividades de las diversas empresas filiales que se constituyeron, y entre ellas, la Corporación Venezolana del Petróleo, que se transformó en compañía anónima conforme a lo ordenado expresamente en la base Tercera del artículo 6° de la Ley Orgánica de Reserva de 1975, mediante acta constitutiva registrada el 18-12-75.

En consecuencia, cualesquiera de las empresas de la industria petrolera nacionalizada puede realizar las actividades reservadas al Estado en el campo de la industria del gas natural.

Artículo 2° (Párrafo Segundo). Al establecer que la industria del gas sería ejercida por el Ejecutivo Nacional y explotada por intermedio de la Corporación Venezolana del Petróleo, lo que, como se dijo, quedó derogado tácitamente al regularse en la Ley Orgánica de Reserva de 1975 la organización de la Industria Petrolera Nacionalizada (PDVSA y sus filiales), la Ley de Reserva de 1971 estableció que "cualquier otro

medio de explotación de esta industria deberá ser autorizado por Ley Especial".

Es decir, de acuerdo a la Ley de Reserva de 1971, cualquier otro medio de explotación de la industria del gas natural *distinto a su explotación por el Ejecutivo Nacional directamente o a través de las empresas que conforman la industria petrolera nacionalizada,* debía ser autorizado por Ley especial, sin que ello implicase modificación de la Ley. En esta materia, sin duda, hay una colisión entre esta norma (a pesar de estar en una ley especial), y el contenido del artículo 5° de la Ley Orgánica de reserva de l975, que prevé otros medios de explotación, en casos especiales, pero estableciendo determinadas condiciones restrictivas.

En efecto, el artículo 5° de la Ley Orgánica de reserva de 1975 establece que:

> "En casos especiales cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional o los referidos entes podrán, en el ejercicio de cualquiera de las señaladas actividades, celebrar convenios de asociación con entes privados, con una participación tal que garantice el control por parte del Estado y con una duración determinada. Para la celebración de tales convenios se requerirá la previa autorización de las Cámaras en sesión conjunta, dentro de las condiciones que fijen, una vez que hayan sido debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes".

Por tanto, habiendo sido establecido en una *Ley orgánica posterior,* un medio de explotación de los hidrocarburos, y una modalidad de convenios de asociación específica, no podría una Ley ordinaria *especial y anterior* regular ningún otro mecanismo distinto. En consecuencia, en caso de que se opte por otro medio de explotación de la industria del gas natural distinto a la explotación exclusiva por las empresas de la industria petrolera nacionalizada, rige el artículo 5° de la Ley Orgánica de

reserva de 1975 que derogó tácitamente el artículo 2° de la Ley Orgánica de 1971.

Sobre esto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 23-04-91 mediante la cual resolvió el recurso de colisión entre el artículo 5º de la Ley de Nacionalización de 1975 y el artículo 2 de la Ley de Reserva de 1971, al considerar que este había sido tácitamente derogado, señaló lo siguiente:

> "Por las razones expuestas, también es incompatible con las consecuencias anteriores, por ejemplo, la limitación establecida en el artículo 2º de la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural, de que el Ejecutivo Nacional sólo puede explotar dicha industria por intermedio de la Corporación Venezolana del Petróleo, por contradecir las normas previstas en los artículos 5º, 6º y 21 de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, que permiten al Ejecutivo Nacional, en virtud de la reserva integral de las actividades de hidrocarburos llevar a cabo tales actividades por diversos entes de su propiedad, o crear las empresas que juzgue necesarias, y asignarles todas o cualesquiera de dichas actividades. Además, que tal limitación a que se contrae el artículo 2º de la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural, es también inaplicable porque la Corporación Venezolana del Petróleo ya no existe, al haber sido eliminada, y convertida en una sociedad mercantil (Vid art. 6º, Base Tercera, de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos y Decreto Nº 1.127, G.O. Nº 30.864 de 05-12-75). Dentro del mismo orden de ideas expuesto, es incompatible la disposición contenida en el primer párrafo del artículo 2º de la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural, y por ende es inaplicable, que determina que para que el Ejecutivo Nacional pueda explotar el gas natural por otro ente distinto a la Corporación Venezolana del Petróleo, "deberá ser autorizado por Ley es-

pecial", porque los artículos 5º y 6º de la mencionada Ley Orgánica, sin sujeción a autorización o formalidad previa alguna, permiten al Ejecutivo Nacional, a causa de la reserva integral de los hidrocarburos, explotar estos recursos no solo directamente sino a través de cualesquiera entes de su propiedad, y crear, para tal fin, todas las empresas que juzgare necesario y asignarles una o todas de dichas actividades".

C) Artículo 3°. Este artículo establece una obligación a los concesionarios de entregar al Estado el gas que produzcan en sus operaciones. Al quedar extinguidas las concesiones de hidrocarburos, conforme al artículo 1° de la Ley Orgánica de Reserva de 1975, dicha norma puede considerarse que ha sido tácitamente derogada.

D) Artículo 4°. Esta norma se refiere al régimen de concesiones que no estén en explotación o que lo estén en forma no satisfactoria. Al quedar extinguidas las concesiones conforme al artículo 1° de la Ley Orgánica de Reserva de 1975, esta norma puede también considerarse tácitamente derogada.

E) Artículo 5°. El artículo 5° de la Ley de Reserva de 1971, establece una norma de carácter sustantivo sobre la modalidad de explotación del gas natural, aún cuando ésta se haya reservado al Estado, restringiendo la licuefacción del mismo. En efecto, esta norma establece lo siguiente:

> "Sólo podrá licuarse el gas que se produzca asociado con el petróleo y que no esté almacenado por razones de conservación, excepto que se estime más conveniente para la Nación reinyectarlo al yacimiento o utilizarlo para otros fines de mayor interés público. Cuando la reinyección del gas al yacimiento sea eficiente y económica en función del que se conserva o por la cantidad de crudo recuperable, dicha reinyección se efectuará con preferencia a la de

> otra sustancia. Los concesionarios deberán prestar todas las facilidades operacionales para los programas de conservación del gas.
>
> El Ejecutivo Nacional dispondrá el destino que deba darse al gas que no pueda ser recibido por el Estado".

Aparte de las referencias que se hacen a los concesionarios, las cuales, por la extinción de las concesiones en 1975, quedaron tácitamente derogadas, la norma planteaba interrogantes sobre su vigencia en relación a la industria del gas natural, pues había sido concebida como una norma de orientación conservacionista, con la importante implicación, de principio, de que *no permitiría la licuefacción del gas natural sino sólo cuando se produjera con el petróleo, es decir, limitaría la licuefacción sólo al gas natural asociado.*

Sin embargo, la Ley Orgánica de Reserva de 1975, al establecer la reserva a favor del Estado de la industria y el comercio de los hidrocarburos, lo hizo en todas sus normas, de una manera general, sin establecer limitación alguna respecto a forma o modalidad de explotación de los hidrocarburos por parte del Estado. Esto debía conducir a considerar que tratándose de una Ley Orgánica que no establecía limitación en cuanto a las posibilidades de explotación por el Estado del gas natural asociado o no asociado, la limitación de la licuefacción del gas sólo respecto del asociado, habría quedado tácitamente derogada. Esta derogatoria, podía fundamentarse en la remisión expresa que el artículo 1° de la Ley Orgánica de Reserva de 1975, hace respecto a "lo referente a la industria del gas natural" en el sentido de que "se regirá por lo dispuesto en la Ley que reserva al Estado la Industria del Gas Natural... *en cuanto no colida con lo dispuesto en la presente ley*".

Por otra parte, también podría fundamentarse la derogatoria tácita de la norma, al interpretar que la misma sólo tenía por objeto regular la actividad de las antiguas empresas concesionarias, en cuanto a la in-

dustria del gas proveniente de yacimientos de hidrocarburos, y establecer el límite general de que estando en operación las antiguas empresas concesionarias, solo podía licuarse el gas que se produjera asociado con el petróleo, y no cualquier otro. En consecuencia, al haber quedado extinguidas las concesiones, la norma habría perdido vigencia.

En todo caso, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 23-04-91 al resolver el recurso de colisión interpuesto por LAGOVEN, C.A.; entre la Ley de Nacionalización de 1975 y el artículo 5º de la Ley de Reserva de 1971, lo consideró como tácitamente derogado con fundamento en las consideraciones siguientes:

> "...dentro del régimen de concesiones que estaba vigente, la reserva del gas al Estado tuvo como finalidad la de restringir los derechos de los concesionarios respecto de dicho fluido, es decir, razones de naturaleza conservacionistas, y no propiamente la de establecer un monopolio exclusivo en favor el Estado, sobre toda la actividad de hidrocarburos, lo cual aparece lógico, dado que en definitiva tal recurso se hallaba en poder de los concesionarios fundamentalmente, puesto que no se les habían eliminado sus concesiones. Por otra parte, si en el artículo 5º de la Ley citada, se prohibió la licuefacción del gas libre, permitiendo sólo la explotación del gas asociado con el petróleo, se observa que tal limitación se contempló conjuntamente con los términos y condiciones bajo los cuales se puede licuar dicho gas asociado. En efecto, mientras el Ejecutivo Nacional no exigiera a los concesionarios la entrega del gas de sus yacimientos, en razón de la reserva establecida en su favor, éste continuaba en su poder, y de acuerdo con sus concesiones podían seguir explotándolo, y por ello, se les limitó tal derecho al gas asociado y no al gas libre, para preservar éste para la Nación, pero no para excluirlo de toda explotación futura. Si se observa el texto del mencionado artículo 5º podrá concluirse, que el derecho de los concesionarios a licuar el gas ("aprovechar la producción de gas" y

de "extraer de los gases húmedos la gasolina natural" de que habla el artículo 121 del Reglamento de la Ley de Hidrocarburos), quedó sujeto a que no se tratara de gas libre, y de que en todo caso no se hubiere dispuesto (por el Estado) su almacenamiento por razones conservacionistas, o su reinyección al yacimiento, o para otros fines de mayor interés público. Por ello, se explica, que dentro de la misma norma que prevé tales términos y condiciones, se hubiere concluido expresándose, que "Los concesionarios deberán prestar todas las facilidades operacionales para los programas de conservación del gas. El Ejecutivo Nacional dispondrá el destino que deba darse al gas que no pueda ser recibido por el Estado".

Igualmente, el hecho que la norma analizada, el artículo 5º de la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural, después de permitir la licuefacción del gas asociado, hubiere establecido como condiciones para esta explotación, además de la naturaleza asociada del mismo, que dicho fluido no estuviere almacenado por razones de conveniencia nacional, o no se hubiere considerado más conveniente su reinyección al yacimiento, permite concluir en que tal limitación se explica bajo la vigencia de un régimen de concesiones, como una restricción fundamentalmente para los concesionarios, puesto que los hidrocarburos no están bajo el control del Estado. Pero no una restricción permanente para el Estado de utilizar el gas libre, en caso de que ya no existiera el riesgo de una explotación indiscriminada del mismo, al desaparecer, por ejemplo, las concesiones. El espíritu y propósito de esta norma (artículo 5º de la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural), fue el de que se industrializara primordialmente el gas asociado con el petróleo, que era el que se desperdiciaba por los concesionarios, y que tampoco se licuara el gas asociado que estaba almacenado en los yacimientos petrolíferos por razones de conservación (Vid. Informe de la Comisión Permanente de Minas e Hidrocarburos del Senado, de 20-07-71), y por ello fue denominado "artículo de conservación" (Vid. Intervención del Senador Luis Tovar, en la

sesión del Senado de fecha 21-07-71). La idea fue pues la de que se industrializara, en primer término, "el gas que sube asociado con el petróleo y que arrojamos a la atmósfera y quemamos", y que el gas libre, se conservara para las generaciones futuras para explotarlo "al agotarse el gas que se despilfarra" (Intervención del Senador Luis Tovar, antes citada). En otras palabras, que la prohibición de la explotación del gas libre, sólo se justifica en los regímenes en los cuales los yacimientos de hidrocarburos están cedidos en concesión, como una limitación a los derechos de los concesionarios de aprovecharlo, pero no en la hipótesis donde la explotación integral de tales recursos está en manos del Estado, quien puede explotarlo de acuerdo a su política conservacionista. En esta última hipótesis, es el propio Estado quien resuelve precisamente, puesto que el recurso está bajo su control, si lo explota, o si por el contrario lo conserva, o lo reinyecta al yacimiento, lo almacena, o lo destina para otros fines de igual interés público.

De forma que la prohibición de licuar el gas libre se entiende en un sistema de concesiones, como una consecuencia de las limitaciones que supone para los concesionarios la declaración de reserva en favor del Estado de dicho fluido, y del establecimiento en su contra de la obligación de entregarlo al Estado cuando éste lo requiera, y como un régimen provisional, hasta tanto la actividad de hidrocarburos en su totalidad llegare a estar en manos de aquél.

Tal limitación no se explica, ni puede ser la consecuencia necesaria de un régimen totalmente opuesto como es el de la reserva o estatización de la actividad de los hidrocarburos, donde por definición ya no son posibles derechos reales algunos de los particulares sobre los yacimientos de la República, porque las figuras jurídicas que los contemplan, como las concesiones, se extinguen, o no se permiten más. Dentro de este régimen el Estado dueño de los yacimientos, es además quien los aprovecha directamente, es decir, su explotación está totalmente bajo su control. En efecto, al declararse por el Estado reservada una industria o explotación, crea en

su favor, un monopolio fundamentalmente de derecho sobre tal sector productivo o de servicios, eliminándose los derechos de los particulares a continuar con su gestión, y obligándoseles a entregar al Estado los bienes y propiedades destinadas a ello, lo que estrictamente es lo que viene a ser una nacionalización. De modo que la consecuencia de la declaratoria de reserva estatal de una industria, que se encuentra en manos privadas, como monopolio de derecho que es en favor del Estado, trae como consecuencias jurídicas, la extinción de los derechos que el mismo Estado hubiera podido reconocer a los particulares para la gestión del mismo sector; la de la obligación de entregar al Estado sus empresas y propiedades destinadas a dicha industria, y la continuación por aquél de la misma industria en forma integral. Ello se deriva del propio texto constitucional que contempla la facultad de declarar reservas económicas estatales. En efecto, reza el artículo 97 de la Constitución:

> "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".

De forma que si la regla es la prohibición de todo monopolio, las excepciones son las de las concesiones con carácter exclusivo y por tiempo limitado, para la explotación de servicios públicos (monopolios privados), y la reserva estatal de industrias, explotaciones y servicios de interés público, para crear y desarrollar una industria básica bajo el control del Estado (monopolios estatales). Esta reser-

va implica, por tanto, un completo control del Estado sobre la actividad reservada, sujeta sólo a las formalidades de su gestión, organización, y de su dirección estatal. Por tanto, las limitaciones propias derivadas de la participación de la iniciativa privada en la explotación de bienes del Estado, cuyo fin es garantizar su adecuada explotación, y la finalidad de utilidad pública de los mismos, como sucede con los hidrocarburos (art. 1º de la Ley de Hidrocarburos), ya no caben dentro de tales monopolios o reservas estatales, en donde no pueden existir derechos particulares, sino la intervención amplia e integral del Estado.

Ello ha ocurrido con la declaratoria de reserva estatal sobre los hidrocarburos. En efecto, el artículo 1º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, declara reservado al Estado, por razones de conveniencia nacional, no un sector de dicha actividad, sino "todo lo relativo a la exploración del territorio nacional en busca de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; a la explotación de yacimientos de los mismos, a la manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento; al comercio interior y exterior de las sustancias explotadas y refinadas, y a las obras que su manejo requiera, en los términos señalados por esta ley".

En tal virtud, y como consecuencia de la anterior declaratoria, "quedarán extinguidas las concesiones otorgadas por el Ejecutivo Nacional y la extinción se hará efectiva el día 31 de diciembre de 1975", y por ende, los concesionarios deberán entregar sus "derechos que tengan sobre los bienes afectos a las concesiones de las cuales sean titulares (...)", como lo prevé el artículo 12 eiusdem, a cambio de una indemnización por el "(...) valor neto de las propiedades, plantas y equipos (...), de acuerdo a lo que fija el artículo 15 eiusdem, mediante avenimiento o expropiación, conforme lo contemplan los artículos 12 y 13 de la misma Ley. Pero también, y como consecuencia de la referida reserva, sólo el Estado ejercerá las actividades reservadas, "directamente por el Ejecutivo Nacional o

por medio de entes de su propiedad, pudiendo celebrar los convenios operativos necesarios para la mejor realización de sus funciones, sin que en ningún caso estas gestiones afecten la esencia misma de las actividades atribuidas". O en "casos especiales y cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional o los referidos entes podrán, en el ejercicio de *cualquiera de las señaladas actividades*, celebrar convenios de asociación con entes privados, con una participación tal que garantice el control por parte del Estado y con una duración determinada (...)". También, consecuencialmente a la declaratoria de la reserva estatal, se prevén, en el artículo 6º eiusdem, amplias facultades al Ejecutivo Nacional para organizar la administración y gestión de las actividades reservadas, y en concreto, para crear, con las formas jurídicas que considere más conveniente, "las empresas (de su propiedad) que juzgue necesario para el desarrollo regular y eficiente de tales actividades, *pudiendo atribuirles el ejercicio de una o más de éstas* (...)", y en el artículo 21 de la Ley citada, para "determinar las áreas geográficas en las cuales realizarán *sus actividades* las empresas que creare conforme a lo previsto en el artículo 6º,", y para adscribirles o transferirles "los bienes recibidos por el Estado conforme a esta Ley y a la Ley sobre Bienes Afectos a Reversión en las Concesiones de Hidrocarburos, incluidos aquellos que sean del dominio privado de la Nación (...)", donde caben los derechos reales de explorar y de explotar los yacimientos de hidrocarburos de la República.

De forma, que las consecuencias de la creación de la reserva de las actividades de hidrocarburos, relativas a su integralidad (art. 1º), a la ilimitación de las formas plurales de ejercicio, por parte del Ejecutivo Nacional, o de los entes de su propiedad, de cualquiera de las actividades señaladas (art. 5º) y a la facultad de atribuir también ilimitadamente, todas o una de tales actividades, a las empresas creadas por el mismo Ejecutivo (art. 6º), para que las realicen en las áreas geográficas que les determine, con los bienes adquiridos o expropiados de los concesionarios, que aquél les adscriba o

transfiera (art. 21), son todas incompatibles con las limitaciones impuestas dentro de un régimen de concesiones. Esta situación se pone de manifiesto, con el texto del artículo 7º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, cuando el legislador advirtió que las empresas creadas por el Ejecutivo Nacional para ejercer las actividades reservadas de hidrocarburos, se rigen prevalentemente por dicha Ley y sus reglamentos, mientras que sólo "*en cuanto les sean aplicables* (...)", "por las normas que respecto de las concesiones de hidrocarburos "se contengan en leyes, reglamentos, decretos, resoluciones, ordenanzas y circulares (...)". En otras palabras, que por ser las normas analizadas (artículo 5º de la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural) incompatibles con el régimen de reserva, resulta inaplicable a las empresas en cuestión, puesto que éstas ejercen las actividades reservadas en nombre del Estado, que no se autolimitó en lo que respecta a la explotación de tales actividades...

También como se señaló, declarada la reserva integral de las actividades de hidrocarburos, en "todo lo relativo a la exploración del territorio nacional en busca del 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 (...)", como se determina en el artículo 1º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, es inconciliable con dicha declaratoria integral, la prohibición de industrializar el gas libre a que se contrae el artículo 5º de la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural, ya que de admitirse la aplicabilidad de tal prohibición, se estaría dejando fuera de aquella declaratoria integral a un hidrocarburo, cuando lo cierto, en atención al texto transcrito del artículo 1º de la citada Ley Orgánica, es que a aquella declaratoria no escapa ningún hidrocarburo. Aún más, se puede observar, que en el texto citado que contiene la declaratoria

integral antes referida, se determina que ésta se hace "en los términos señalados por esta ley", y ocurre que la Ley Orgánica, que es la que declara dicha reserva, no contempla exclusión alguna respecto a la exploración, explotación, manufactura, refinación, transporte, almacenamiento, comercio interno y externo del gas libre. En consecuencia, la prohibición contenida en el artículo 5º de la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural, contradice los artículos 1º, 2º, 5º, 6º y 21 de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, respecto de la integralidad de la reserva de los hidrocarburos, y de la no prohibición de la explotación de ninguna de estas sustancias.

Las normas citadas de la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural, previstas en sus artículos 2º y 5º, coliden con las disposiciones de los artículos 1º, 2º, 5º, 6º y 21, todos de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y Comercio de los Hidrocarburos, por prever consecuencias jurídicas incompatibles con el régimen jurídico de la reserva estatal de los hidrocarburos, y dentro de ésta la del gas, que por estar igualmente comprendido en este régimen, puede ser explotado por el Ejecutivo Nacional directamente, o por intermedio de cualesquiera ente de su propiedad, o empresas creadas por el mismo Ejecutivo Nacional, con ocasión de la organización de la gestión de las actividades reservadas de hidrocarburos, a las cuales puede atribuirles tales actividades, incluyendo la de explotar el gas asociado o libre, sin necesidad de ley especial alguna que así lo autorice. Por tanto, a tenor de lo dispuesto en el último aparte del artículo 1º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, en concordancia con su artículo 28 eiusdem, los artículos 2º y 5º de la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural han sido derogados tácitamente por las normas antes indicadas de la mencionada Ley Orgánica, al establecer consecuencias jurídicas contrarias e incompatibles al vigente régimen de reserva estatal del gas natural, y así se declara".

F) Artículos 6, 7 y 8. Estas normas estaban destinadas a las antiguas empresas concesionarias, por lo que al quedar extinguidas las concesiones por la Ley Orgánica de Reserva de 1975, también quedaron tácitamente derogadas.

G) Artículos 9 a 15. Estas normas, tienen por objeto regular las facultades de inspección y fiscalización del Ejecutivo Nacional, prever las infracciones y multas, otorgar poderes regulatorios al Ejecutivo Nacional y declarar como de orden público las normas de la Ley Orgánica. Por tanto, puede considerarse que continúan teniendo plena vigencia en materia de industria del gas natural.

2. *Derogación de normas de la Ley de Hidrocarburos por la Ley de Nacionalización de 1975.*

Como se señaló, de acuerdo al artículo 28 de la *Ley que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos* de 1975, las normas de la *Ley de Hidrocarburos* que colidan con dicha Ley Orgánica quedaron derogadas. Por tanto, habiendo quedado extinguidas las concesiones conforme al artículo 1° de la Ley Orgánica de Reserva de 1975, la gran mayoría de las normas de la Ley de Hidrocarburos destinadas a regular las concesiones, carecen de vigencia directa.

En particular, en virtud de la propia reserva al Estado de la industria y el comercio de los hidrocarburos, quedaron derogadas las normas de la Ley de Hidrocarburos tendientes a regular las diversas formas de explotación de los mismos, entre ellas, el artículo 3º de la Ley, que colide con el artículo 5º de la Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos.

En efecto, el artículo 3º de la Ley de Hidrocarburos tenía por objeto regular las diversas formas para ejercer el derecho de explorar con carácter de exclusividad y el de explotar, manufacturar o refinar y

transportar por vías especiales los hidrocarburos, incluyendo la modalidad de las concesiones. Originalmente, en la Ley de Hidrocarburos de 1943, la norma establecía dos formas de ejercer el derecho mencionado: "directamente por el Ejecutivo Nacional o por medio de concesiones" que éste otorgase conforme a la Ley; norma que permaneció idéntica en la reforma de la Ley de Hidrocarburos de 1955.

Ahora bien, la reforma de la Ley de Hidrocarburos sancionada en 1967, tuvo por objeto exclusivo, precisamente, reformar el artículo 3 de la Ley, para incluir otra forma de ejercer este derecho exclusivo de explorar, explotar, manufacturar o refinar y transportar por vías especiales los hidrocarburos, cual fue mediante Institutos Autónomos y empresas del Estado a quienes tales derechos fueran transferidos. Frente a la política de "no más concesiones" que había sido definida por el Estado, para permitir la participación en la industria de entes autónomos del propio Estado sin que los mismos fueran "concesionarios", se estableció en dicha norma la modalidad de la transferencia de los derechos a tales entes, pero sin eliminar el régimen de concesiones.

Esta norma tenía por objeto establecer una coexistencia de regímenes para ejercer el derecho exclusivo de explorar, explotar, manufacturar o refinar y transportar por vías especiales los hidrocarburos, la cual mezclaba el régimen de concesiones que constituye el cuerpo básico de la Ley, con el régimen de transferencia de esos derechos a entes estatales (institutos autónomos y empresas del Estado) y con la posibilidad del ejercicio de esos derechos directa y exclusivamente por el Estado.

Ahora bien, habiéndose producido por efecto de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975, la nacionalización de la industria petrolera y la extinción de las concesiones, puede decirse que quedaron derogadas todas las normas de la Ley de Hidrocarburos que regulaban las diversas formas de ejercicio del derecho exclusivo de explorar, explotar, manufacturar o

refinar o transportar por vías especiales los hidrocarburos, no sólo mediante concesiones sino por la modalidad de la transferencia a institutos autónomos y empresas del Estado, pues el artículo 5 de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos al nacionalizar la industria y establecer un régimen que responde a supuestos y necesidades distintas, las derogó tácitamente, estableciendo un régimen único de reserva al Estado con sus propias modalidades de ejercicio previstas en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Reserva de 1975.

En efecto, este artículo 5 de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, como se ha visto, regula, una vez nacionalizada la industria, las formas conforme a las cuales el Estado puede ejercer las actividades reservadas, habiendo quedado, en consecuencia, tácitamente derogado, por colidir con dicha norma, el artículo 3 de la Ley de Hidrocarburos, que regulaba otras formas y modalidades de ejercer los derechos exclusivos de explorar, explotar, refinar o manufacturar y transportar por vías especiales los hidrocarburos, en un régimen que no era de reserva estatal.

Sobre esta derogación tácita, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23-04-91 al resolver el recurso de colisión del artículo 5 de la Ley de Nacionalización de 1975 y el artículo 3º de la Ley de Hidrocarburos, considerándolo tácitamente derogado, resolvió lo siguiente:

> "Otra norma cuya colisión denuncia la empresa del Estado recurrente, con el artículo 5º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, es la contenida en el artículo 3º de la Ley de Hidrocarburos, incorporada en su reforma parcial de fecha 7 de agosto de 1967, publicada en la Gaceta Oficial Nº 1.149 Extraordinaria de 15 de septiembre del mismo año, cuyo texto fue transcrito in extenso con anterioridad, y al cual se remite. En efecto, el artículo 5º de la mencionada Ley Orgánica

determina, que "El Estado ejercerá las actividades señaladas en el artículo 1º de la presente Ley *directamente* por el Ejecutivo Nacional o por medio de entes de su propiedad, pudiendo celebrar los *convenios operativos* necesarios para la mejor realización de sus funciones, sin que en ningún caso estas gestiones afecten la esencia misma de las actividades atribuidas" (Subrayado de la Corte). Y su último aparte establece que: "En casos especiales y cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional o los referidos entes podrán, en el ejercicio de *cualquiera* de las señaladas actividades, celebrar *convenios de asociación* con entes privados, *con una participación tal que garantice el control por parte del Estado* y con una duración determinada. Para la celebración de tales convenios se requerirá la previa autorización de las Cámaras en sesión conjunta, dentro de las condiciones que fijen, una vez que haya sido debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes" (subrayado de la Corte). Por su parte el artículo 3º de la Ley de Hidrocarburos, establece que las formas jurídicas de ejercer el derecho de explorar y el de explotar, manufacturar o refinar y transportar por vías especiales las sustancias de hidrocarburos, son directamente por el Ejecutivo Nacional, o por Institutos Autónomos y Empresas de la propiedad exclusiva del Estado donde éste conserve por Ley el control de las decisiones, a quienes les hubieren sido *transferidos* aquellos derechos en las áreas que con autorización del Senado de la República hayan sido o sean asignadas por el Ejecutivo Nacional, a cuyo fin podrán celebrar *convenios y promover empresas mixtas y formar parte de ellas*, y por último, mediante *concesiones a los particulares*, que confieren a éstos los derechos reales inmuebles de explorar el área concedida y de explotar, por tiempo determinado, los yacimientos que se encuentren en ella.

Ahora bien, de las anteriores formas, la del ejercicio directo por parte del Ejecutivo Nacional de los derechos de explorar, explotar, manufacturar o refinar y transportar por vías especiales las sustan-

cias de hidrocarburos, incluyendo las del comercio interior y exterior de dichas sustancias, se ha visto reforzada por la declaratoria de reserva integral de las actividades de hidrocarburos en favor del Estado, por cuanto tal declaratoria, significó la extinción anticipada de las concesiones y su eliminación futura, creando en favor de aquél un verdadero monopolio de derecho sobre dicho sector de la economía, al obligar a los concesionarios a entregar sus empresas y propiedades al Estado, precisamente para que se desarrolle una industria básica estatal. De modo que esta forma jurídica de la explotación directa por el Ejecutivo Nacional de sus yacimientos de hidrocarburos, aparentemente no resulta incompatible con el texto del artículo 5º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, y por ende estaría vigente en atención a lo dispuesto en el artículo 28 de la mencionada Ley Orgánica, que sólo dejó sin efecto las normas de la Ley de Hidrocarburos que contradigan las disposiciones de aquélla. Sin embargo, el citado artículo 3º de la Ley de Hidrocarburos forma parte de *un contexto inseparable,* de una materia general, cual es la de la coexistencia de este tipo de explotación directa por el Ejecutivo Nacional, con las concesiones en favor de los particulares. Es más, inclusive esta explotación directa tradicionalmente forma parte y no es contraria al régimen de concesiones (Vid. Arts. 2º de las Leyes de Hidrocarburos de 1922, 1925, 1928, 1936 y 1938, y arts. 3º de las Leyes de Hidrocarburos de 1938, 1943 y 1955, respectivamente). En otras palabras, que la materia en verdad regulada por el artículo 3º de la Ley de Hidrocarburos de 1967, norma general *anterior* al artículo 5º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, norma *posterior* general, es la de la explotación de estas sustancias mediante concesiones y no a través de un monopolio estatal sobre tales sustancias.

En efecto, el artículo 5º de la Ley Orgánica de referencias, si bien contempla igual forma de explotación directa de los hidrocarbu-

ros, la prevé dentro de un contexto de reserva o monopolio estatal, en donde la regla es la intervención excluyente del Estado y en el cual no se conciben concesiones, puesto que éstas fueron eliminadas. La diferencia es sustancial. En el régimen de la Ley de Hidrocarburos, la explotación directa por el Ejecutivo Nacional no excluye la participación de los particulares en el ejercicio de las actividades de hidrocarburos. Es más la supone y admite. Ambas formas de explotación constituyen la regla. Por el contrario, la explotación directa en el régimen de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, excluye de manera general aquella participación, que resulta excepcional. De modo, que aunque aparentemente no se trata de normas contrapuestas, sin embargo, sus materias son diferentes, y sus principios orientadores distintos. En efecto, en la Ley de Hidrocarburos la explotación directa por el Ejecutivo Nacional es una de las formas de explotar hidrocarburos, al lado de las concesiones, que inclusive puede darse o no darse, sin que por ello se afecten los derechos del Estado. La explotación directa por el Ejecutivo Nacional, prevista en el artículo 3º de la Ley de Hidrocarburos, por tanto, no confiere al Estado en verdad exclusividad alguna, ni implica una limitación o restricción a los particulares para participar en las actividades de hidrocarburos. Por el contrario, en la Ley Orgánica mencionada, la materia regulada es precisamente la exclusividad de la explotación del Estado y la exclusión de los particulares como regla general, es decir, esa excluyente explotación por parte del Ejecutivo Nacional es de su esencia, hasta el punto de que sin ella no existe la materia regulada por la Ley Orgánica; porque se trata de un monopolio de derecho en favor del Estado, en razón de la declaratoria de reserva a la cual se refiere el artículo 97 de la Constitución.

En otras palabras, que la Ley *posterior,* en este caso la indicada Ley Orgánica, en su artículo 5º , regula enteramente, y no parcialmente, la materia referente a las formas de explotación de los hidrocar-

buros regulada por una Ley *anterior*, pero cambiando totalmente los principios, las reglas y las excepciones que revela la intención del legislador de regularla ex novo, por lo que debe considerarse derogada cualquier otra norma general precedente referida a tal materia... Todo lo expuesto lleva a la conclusión, que por tratarse de una norma general totalmente nueva, y posterior, que obedece a razones distintas, y donde la regla general es la explotación por parte del Ejecutivo Nacional, directa o indirecta, y la excepción la participación de los particulares (sólo mediante convenios de asociación o convenios operativos), en atención al principio cronológico previsto en los artículos 177 de la Constitución y 7º del Código Civil, y al principio de la jerarquía de las leyes orgánicas contemplado en el artículo 163, último aparte, del citado Texto Fundamental, que el artículo 3º de la Ley de Hidrocarburos está derogado totalmente por el artículo 5º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, y que éste es el aplicable respecto de la explotación del gas en la actualidad, y así se declara.

Aparte de lo anterior, observa la Corte que dentro de las formas de explotación de dichas sustancias, el artículo 3º de la Ley de Hidrocarburos, además de la explotación directa por el Ejecutivo Nacional, y por concesiones, contempla la de su explotación por parte de Institutos Autónomos y empresas de la propiedad exclusiva del Estado, en donde éste conserve por Ley el control de las decisiones, a los cuales les hubieran sido transferidos los derechos de la República de explorar y de explotar sus yacimientos, quedando aquellos entes estatales facultados para celebrar convenios y promover empresas mixtas y formar parte de ellas, que de una manera genérica se llamaron "contratos de servicios" (Vid. Gónzalez Berti, Luis, "Contratos de Servicio. Nuevos Aspectos Impositivos", Colección Iustitia et Ius, Mérida, 1972, págs. 161 a 207). Ahora bien, por su parte, el artículo 5º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, regula

igualmente tal forma de explotación indirecta de los hidrocarburos, "por medio de entes de su propiedad (del Ejecutivo Nacional)", pero por ejemplo, en lo referente a los "convenios operativos necesarios para la mejor realización de sus funciones", que pueden celebrar tales entes, no se requiere, como ocurría con los antiguos contratos de servicios denominados directos, que sus bases de contratación fueran aprobadas previamente por las Cámaras, en sesión conjunta, sino que ahora, según el citado artículo 5º, tales "convenios operativos", no están sujetos a esta aprobación. Y en cuanto a la otra forma de contratación, se observa que el artículo 3º de la Ley de Hidrocarburos sólo contempla a las "empresas mixtas", de las cuales pueden formar parte los Institutos Autónomos y empresas de la propiedad exclusiva del Estado, mientras que el artículo 5º de la Ley Orgánica citada se refiere, por el contrario, de manera general, a "convenios de asociación con entes privados, con una participación tal que garantice el control por parte del Estado y con una duración determinada", en lugar de "empresas mixtas", que es una especie de asociación, pero no la única, y donde tradicionalmente su control se obtiene por la vía accionaria. Mientras, que de acuerdo con el artículo 5º de la Ley Orgánica citada, lo determinante es el control del convenio, que es una noción más jurídica que económica o patrimonial, y por ello se refiere a "participación", sin calificarla de alguna manera. Por tanto, el artículo 3º de la Ley de Hidrocarburos, también resulta derogado por el artículo 5º de la Ley Orgánica citada, por tratarse esta última norma de un precepto posterior, que regula también de una manera general los convenios que pueden celebrar los entes propiedad del Ejecutivo Nacional con los particulares en el ejercicio de la atribución que aquél les haga de las actividades reservadas, pero dentro de un régimen totalmente diferente, cual es el de la reserva integral al Estado de toda actividad de los hidrocarburos. En consecuencia, en atención a los principios contenidos en los artículos 177 y 163, último aparte, de la Constitución, y el artículo 7º del

Código Civil, relativos a la vigencia de las normas jurídicas, también por la razón anteriormente señalada, el artículo 3º de la Ley de Hidrocarburos, debe considerarse derogado por el artículo 5º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, y así se declara".

V. APRECIACION GENERAL DEL REGIMEN LEGAL DEL GAS Y SOBRE LA PARTICIPACION DE LOS PARTICULARES EN LA INDUSTRIA Y EL COMERCIO DEL GAS

1. El régimen legal aplicable a la industria del gas está establecido básicamente en tres leyes: la *Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos* (1975), la *Ley que reserva al Estado la Industria del Gas Natural* (1971), y la *Ley de Hidrocarburos* (1967). El régimen jurídico básico y prevalente entre estas leyes es el previsto en la Ley *Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos* (1975), que derogó las normas de la *Ley de Hidrocarburos* que colidieran con sus normas (art. 27), y que ordenó que la industria del gas natural se continuaría rigiendo por lo dispuesto en la *Ley que reserva al Estado la Industria del Gas Natural,* en cuanto no colidieran con lo dispuesto en sus normas.

2. Están reservados al Estado, correspondiendo en forma exclusiva y excluyente a la industria petrolera nacionalizada, (PDVSA y sus empresas filiales), las actividades relativas a la industria y el comercio del gas, y el servicio público nacional de explotación del mercado interno del gas. Asimismo, está reservado al Estado, correspondiendo en forma exclusiva pero no excluyente a los Municipios, el servicio público de distribución y venta de gas en las poblaciones:

3. Lo anterior implica:

A. Que como consecuencia de la reserva al Estado de la industria y el comercio de los hidrocarburos por la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975; corresponde a PDVSA y sus empresas filiales la gestión directa exclusiva y excluyente, de todas las actividades de exploración del territorio nacional en busca de gas; de explotación de yacimientos de gas asociado o libre; de manufactura o de refinación del gas; de transporte por vías especiales (gasductos), de almacenamiento, y de comercio interior y exterior del gas; y las obras que su manejo requiera (art. 1º Ley Orgánica de Reserva de 1975).

B. Que como consecuencia de la reserva al Estado del servicio público nacional de explotación del mercado interno de gases de petróleo licuado (GPL) por la Ley que Reserva al Estado la explotación del Mercado Interno de los productos derivados de hidrocarburos de 1973, corresponde a PDVSA y sus empresas filiales, la gestión directa exclusiva y excluyente, de todas las actividades de importación, de transportación, suministro, almacenamiento, distribución y expendios de gases de petróleo licuado (art. 1 Ley de Reserva de 1973).

En cuanto a la explotación del mercado interno del gas natural licuado, es decir, a su suministro, venta y manejo, que no fue reservado al Estado por la Ley de Reserva de 1973 (art. 31), sin duda, dicho suministro, venta y manejo del mismo quedó incluido en el régimen de reserva establecido con posterioridad, en la Ley de Reserva de 1975, antes señalado, por lo que la gestión de dichas actividades también ha quedado reservada, en forma exclusiva y excluyente, a la industria petrolera nacionalizada (PDVSA y sus filiales).

C. Que como consecuencia de la reserva a los Municipios del servicio público municipal de distribución y venta de gas en las poblaciones por la Ley Orgánica de Régimen Municipal a partir de 1978; corresponde a los Municipios la gestión directa exclusiva, y aún

cuando no excluyente; de dicho servicio público (art. 36, ord. 2º de la Ley Orgánica de Régimen Municipal).

En esta materia de distribución y venta de gas en las poblaciones, por tanto, puede decirse que se superponen tres regímenes: primero, la reserva al Estado de la industria y el comercio de los hidrocarburos, que comprende el comercio interior del gas, inclusive del gas natural licuado, y que por la Ley de Reserva de 1975 se atribuye a la industria petrolera nacionalizada (PDVSA y sus filiales); segundo, la reserva al Estado del servicio público de explotación del comercio interno (importación, transportación, suministro, almacenamiento, distribución y expendio) de los gases de petróleo licuado (GPL) y que por la Ley de Reserva de 1973 también se atribuyó a la industria petrolera nacionalizada (PDVSA y sus filiales); y tercero, la reserva a los Municipios del servicio público de distribución y venta de gas en las poblaciones y que por la Ley Orgánica de Régimen Municipal a partir de 1978, se atribuyó a los Municipios directamente, pudiendo estos otorgar concesiones de dicho servicio público, incluso a las empresas de la industria petrolera nacionalizada (PDVSA y sus filiales), que tienen reservada la gestión de la actividad (no el servicio público municipal) de distribución y expendio de gas.

4. Ahora bien, como consecuencia de las reservas al Estado (República y Municipios) de actividades económicas y de servicios públicos antes indicadas, sólo PDVSA y sus empresas filiales y los Municipios, respectivamente, pueden realizar dicha actividad, como monopolio de derecho.

5. Sin embargo, conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica de Reserva de 1975, y el artículo 3 de la Ley de Reserva de 1973, los particulares podrían participar en dichas actividades, en tres formas:

A. En primer lugar, celebrando *convenios operativos o contratos de operación* con PDVSA y sus empresas filiales. Estos convenios operativos los pueden celebrar dichas empresas de la industria petrolera nacionalizada con particulares, cuando lo consideren necesario para la mejor realización de sus funciones por dichas empresas, sin que dichos contratos de operación puedan afectar la esencia misma de las actividades que se contratan, que siguen siendo reservadas al Estado (art. 5 de la Ley Orgánica de Reserva de 1975). Se trata, en definitiva, de contratos de servicio para que los particulares puedan, por cuenta de la industria petrolera nacionalizada, realizar actividades que continúan reservadas al Estado.

B. En segundo lugar, celebrando *convenios* con PDVSA y sus empresas filiales para el almacenamiento, transporte, distribución y expendio de gases de petróleo licuado (GPL) (art. 3 de la Ley de Reserva de 1973). Se trata de *convenios de comercialización*, es decir, de contratos de servicios que no afectan la naturaleza de la actividad reservada al Estado, y que requieren de un permiso previo por parte del Ministerio de Energía y Minas.

La Ley de Reserva de 1973 no previó la modalidad de dichos convenios respecto a las actividades de importación, y de suministros ni de transporte por vías especiales (gasductos) lo que sin embargo, podría ser objeto de *convenios operativos* conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica de Reserva de 1975.

C. En tercer lugar, en casos especiales y cuando así convenga el interés público, PDVSA y sus filiales, en el ejercicio de cualquiera de las actividades reservadas al Estado, pueden celebrar *convenios de asociación* con particulares, con una participación tal que garantice el control por parte del Estado y con una duración determinada. En cuanto a esta exigencia de control debe destacarse que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 23-4-91, al resolver la colisión existente entre

el artículo 5 de la Ley Orgánica de Reserva de 1975 y la Ley de Reserva de 1971, señaló lo siguiente:

> "...de acuerdo con el artículo 5 de la Ley Orgánica citada, lo determinante es el control del convenio, que es una noción más jurídica que económica o patrimonial, y por ello se refiere a "participación", sin calificarla de alguna manera ."

En todo caso, conforme al mismo artículo 5 de la Ley Orgánica de Reserva de 1975, para la celebración de estos *convenios de asociación*, se requiere la previa autorización de las Cámaras Legislativas en sesión conjunta, dentro de las condiciones que fijen, una vez que hayan sido debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes.

6. En esta forma, los particulares, mediante convenios operativos o convenios de asociación celebrados con PDVSA y sus empresas filiales, pueden participar en la extracción, industrialización, manufactura, suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio o venta de gas. En esos casos, sea mediante contratos operativos o convenios de asociación, el particular o empresa mixta respectiva deben obtener del Ministerio de Energía y Minas los permisos a que se refiere la Ley de Reserva de 1973 y si se trata de distribución y venta de gas en las poblaciones, del respectivo contrato o concesión de parte del Municipio en cuya jurisdicción estén ubicadas dichas poblaciones.

7. Por otra parte, al haberse declarado a los productos derivados de gases de petróleo licuado (GPL), como de primera necesidad, corresponde en todo caso al Ejecutivo Nacional (Ministerio de Energía y Minas) la regulación y fijación de los precios de esos productos, al por mayor y al detal, así como también los fletes para su transporte. Por tanto, las concesiones del servicio público municipal de distribución y

venta de gas en las poblaciones, no pueden comprender la fijación de las tarifas de los precios del gas.

En la materia, en todo caso, es de aplicación necesaria el régimen general de fijación de precios y tarifas, establecido en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995.

Por otra parte, debe también señalarse, que a pesar de la declaratoria del servicio público de distribución y venta de gas en las poblaciones como un servicio público municipal en la Ley Orgánica de Régimen Municipal a partir de 1978, en virtud de la sujeción de la industria petrolera nacionalizada a las leyes y reglamentos nacionales y a las disposiciones que dicte el Ejecutivo Nacional (art. 7 de la Ley Orgánica de Reserva de 1975) y de que corresponde al Ejecutivo nacional el control y la inspección de todo lo relativo al servicio público de explotación del mercado interno de los gases de petróleo licuado (GPL) (art. 2 de la Ley de Reserva de 1973), en materia de servicio público municipal de distribución y venta de gas, el Ente regulador del mismo debe ser nacional.

8. En todo caso, sea mediante contratos operativos, de comercialización o de asociación, los particulares pueden realizar las actividades reservadas al Estado, utilizando bienes (instalaciones, equipos, vehículos) que pueden ser de su propiedad privada. Sin embargo, en el caso de los *convenios de asociación* para la explotación a riesgo de nuevas áreas y la producción de hidrocarburos bajo el esquema de ganancias compartidas, que incluye la explotación, uso y comercialización del gas asociado y del gas libre; las condiciones de los contratos fijadas por el Congreso (*G.O.* Nº 35.754 de 17-7-95), se previó la reversión de los bienes afectos a la actividad a la industria petrolera nacionalizada (cláusula 13ª); y también se prevé la reversión en los casos de concesiones municipales del servicio de distribución y venta de gas en las poblaciones (art. 42, ord. 10 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal).

9. A los efectos de reglamentar y regular la participación de los particulares en las actividades y servicios públicos reservados relativos al comercio del gas natural, las leyes de reserva (Ley Orgánica de Reserva de 1975, Ley de Reserva de 1973 y Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989), podrían ser objeto de un Reglamento dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, que regule detalladamente los convenios operativos y de comercialización que pueden celebrarse conforme a dichas leyes, así como las facultades del Ente regulador nacional en relación a la prestación del servicio público de distribución y venta de gas en las poblaciones.

A tal efecto, el Proyecto de Resolución del Ministerio de Energía y Minas que está de Anexo E al documento de R.J. Duque Corredor y G. Acedo Payarez "Participación de Terceros en la comercialización del gas metano dentro del Marco Legal actual" podría ser una buena base para la redacción del mencionado Reglamento, que debe tener la forma jurídica de Decreto. Las observaciones formuladas al referido Proyecto de Reglamento por los mencionados abogados R.J. Duque Corredor y G. Acedo Payarez, las estimamos en general, acertadas desde el punto de vista jurídico.

Se trata en todo caso, de una reglamentación para poder promover la participación de los particulares en el negocio del gas mediante contratos operativos para el transporte de gas y para la prestación del servicio público de distribución de gas, actividades que están reservadas al Estado. El Reglamento debería, además, establecerlas bases del Ente regulador nacional en lo que se refiere al servicio público municipal de distribución y venta de gas en las poblaciones.

10. También hemos analizado el Proyecto de Ley de Mercado Interno de los productos derivados de Hidrocarburos presentado a la consideración de las Cámaras Legislativas y los comentarios al mismo que han hecho los abogados J.R. Duque Corredor y G. Acedo Payarez,

los cuales en general encontramos acertados desde el punto de vista jurídico.

De sancionarse dicho Proyecto, se trataría de la derogación de la reserva al Estado del Comercio interno de los productos derivados de hidrocarburos, incluido el gas. Por ello en el Proyecto se prevé la derogación de la Ley de Reserva de 1973 y, parcialmente, del artículo 1º de la Ley Orgánica de Reserva de 1975 (en lo que al mercado interno se refiere). Debe destacarse que a pesar de que el proyecto señala que el mercado interno de dichos productos "queda abierto a la libre concurrencia y ejercicio de los particulares" (art. 1), el contenido del articulado no establece tal libre concurrencia, sino que lo que regula es la intervención del Estado en el mercado interno que se somete a control e inspección del Ministerio de Energía y Minas (art. 3), sobre la base de autorizaciones (arts. 3 y 4) y sanciones (art. 5). En cierta forma, con el Proyecto de Ley se vuelve en algunos aspectos al régimen jurídico que precedió a la reserva al Estado servicio público de explotación del mercado interno de los productos derivados de los hidrocarburos, y que estaba establecido en el Decreto-Ley Nº 187 de 3-11-64 (*G.O.* Nº 27.583 de 3-11-64).

Debe destacarse que ambos textos legislativos, el Decreto-Ley Nº 187 de 1964 y la Ley de Reserva de 1973 declararon la explotación del mercado interno de los productos de los hidrocarburos, como *servicio público* nacional, con la sola diferencia, entre una y otra, de que en 1964 se reguló un servicio público no excluyente y en 1975 se lo reservó en forma exclusiva y excluyente al Estado.

La duda que se presenta con el Proyecto de Ley es si lo que se persigue es desregular y por tanto quitarle la naturaleza de servicio público a la actividad, o simplemente eliminar el carácter excluyente del servicio público, es decir, la reserva al Estado para su prestación. Pensamos, que la actividad de explotación del mercado interno de los pro-

ductos derivados del petróleo, debería continuar siendo un servicio público, pero no excluyente, de manera que se pueda prestar por los particulares mediante autorizaciones o concesiones. En todo caso, si esa es la intención, deben conciliarse las regulaciones sobre el servicio público nacional y municipal, y establecerse las bases legislativas para la actuación del Ente regulador nacional.