

Comentario Legislativo

LEY DE MIGRACIÓN A EMPRESAS MIXTAS DE LOS CONVENIOS DE ASOCIACIÓN DE LA FAJA PETROLÍFERA DEL ORINOCO, ASÍ COMO DE LOS CONVENIOS DE EXPLORACIÓN A RIESGO Y GANANCIAS COMPARTIDAS

Carlos González Urdaneta¹

Resumen: *El artículo analiza el impacto de la Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas.*

Este importante texto normativo es emitido por el Presidente de la República en su condición de máxima autoridad del Poder Ejecutivo Nacional, con ocasión a la autorización que recibió del Poder Legislativo Nacional para dictar Decretos con *rango, valor y fuerza* de Ley formal en diversas materias del acontecer nacional, conforme a lo previsto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Nos referimos a la *Ley Habilitante* dictada por la Asamblea Nacional, cuya publicación consta en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.617 del 01 de febrero de 2.007.

Conforme al texto del numeral 11 del artículo 1° de esta *Ley Habilitante*, el Presidente de la República obtuvo la autorización de la Asamblea Nacional para normar, mediante actos de rango legal, los asuntos que a su discreción merezcan ser ajustados en el sector energético. En este contexto, el Legislativo consideró prudente autorizar de manera específica al Ejecutivo Nacional para “*dictar normas que permitan al Estado asumir directamente, o mediante empresas de su exclusiva propiedad, el control de las actividades realizadas por las asociaciones que operan en la Faja Petrolífera del Orinoco, incluyendo mejoradores y las asignaciones de exploración a riesgo y ganancias compartidas, para regularizar y ajustar sus actividades dentro del marco legal que rige a la industria petrolera nacional, a través de la figura de empresas mixtas o de empresas de la exclusiva propiedad del Estado*”.

Es por ello que se dicta el cuerpo normativo que nos ocupa. Probablemente, el Presidente de la República, entre varias propuestas, optó por la denominación *Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación que operan en la Faja Petrolífera del Orinoco, así como los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas*, para lograr, sin dilaciones, el entendimiento del mandato legal por sus destinatarios.

¹ Universidad Central de Venezuela-Abogado (2003).
Especialización en Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela – Tesista.

El mensaje es claro, es un llamado a la conformación de **Empresas Mixtas de Hidrocarburos**² como fórmula única permitida por el ordenamiento jurídico para la participación del capital privado en la realización de las actividades que han sido calificadas por la vigente *Ley Orgánica de Hidrocarburos*³ como actividades primarias.

Estas actividades sólo pueden ser realizadas por el Estado directamente o mediante entes de su exclusiva propiedad, o mediante la conformación de empresas mixtas con la participación de los particulares. Se insiste, tales actividades⁴ han sido reservadas al Estado, y la participación privada sólo tendrá lugar a partir de la materialización de un contrato de sociedad, esencialmente administrativo, a través de la constitución de una empresa mixta.

Ahora bien, para visualizar el contexto que inspira el Decreto-Ley en estudio, brevemente debemos recordar que los convenios de asociación cuya migración a empresas mixtas es ordenada, tuvieron lugar durante la vigencia de la *Ley que Reserva al Estado la Industria y Comercio de los Hidrocarburos*⁵, dictada en el año 1975 e históricamente conocida como Ley de Nacionalización. La figura de los convenios de asociación se encontraba plasmada en el artículo 5 de dicha Ley y, por la dinámica del sector, éstos se estructuraron bajo dos categorías a saber: las *Asociaciones Estratégicas* y los *Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas*.

Debido a la importancia del referido artículo, citaremos a continuación el contenido de su único aparte: "**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 hayan sido debidamente informadoras por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes." (destacado nuestro).

En tal sentido, bajo el imperio de la normativa trascrita, entre los años 1.993 y 1.997 y con aires de apertura petrolera se celebraron tres (3) Rondas de Negocios para la asignación de los proyectos que dieron lugar a la creación de las asociaciones cuya migración a empresas mixtas hoy es imperativa. Éstas son las siguientes:

1.- Las **Asociaciones Estratégicas** que se encuentran realizando operaciones relacionadas con la **Faja Petrolífera del Orinoco**, constituidas por las empresas *Petrozuata, S.A. (por asociación de PDVSA y ConocoPhillips)*, *Sincrudos de Oriente, S.A. (Sincor, S.A., por*

2 Se hace énfasis en su denominación en virtud del especial régimen que sobre éstas recae, siendo similar pero no exactamente el mismo que impera para las empresas de capital mixto previstas en el artículo 100 de la vigente *Ley Orgánica de Administración Pública*, esto sin perjuicio de su categorización como *Empresas del Estado*.

3 *Ley Orgánica de Hidrocarburos* publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.323 del 13 de noviembre de 2.001.

4 Conforme al artículo 9 de la *Ley Orgánica de Hidrocarburos*, las actividades primarias reservadas al Estado son las relativas a la exploración de yacimientos de hidrocarburos líquidos, su extracción en estado natural, así como su recolección, transporte y almacenamiento iniciales. Son actividades que conforman el esquema aguas arriba de la cadena de valores del sector.

5 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 1.769 Extraordinario del 29 de agosto de 1.975, durante el primer mandato de Carlos Andrés Pérez (1974-1979).

asociación de PDVSA, Total y Statoil), Petrolera Cerro Negro, S.A., (por asociación de PDVSA, Exxon Mobil y British Petroleum) y Petrolera Hamaca, C.A. (Petrolera Ameriven por asociación de PDVSA, ConocoPhillips y Chevron),

2.- Las asociaciones constituidas para ejecutar proyectos bajo la modalidad de **Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas** que realizan operaciones en el **Golfo de Paria Oeste** (*por asociación de PDVSA, ConocoPhillips, Eni Venezuela B.V. y OPIC Karimun Corporation*); en el **Golfo de Paria Este** (*por asociación de ConocoPhillips, Ineletra, Eni y OPIC Karimun Corporation*) y; en **La Ceiba** (*por asociación de Exxon Mobil y Petro-Canadá*).

3.- La empresa encargada de los procesos relativos al combustible sustituto del carbón denominado **Orimulsión®**, Orifuels Sinoven, S.A., (Sinovensa, por asociación de PDVSA, China National Petroleum Corporation – CNPC Services de Venezuela y PetroChina Fuel Oil Company).

Las críticas más controversiales sobre estos convenios de asociación versan sobre los que adoptaron la figura de las denominadas *asociaciones estratégicas*, y especialmente guardan relación con los bajos porcentajes que debían pagarse por conceptos de regalía e impuesto sobre la renta, así como con la participación pública minoritaria en todas estas.

Entendido lo anterior, abordaremos el objeto del Decreto-Ley que es la migración o transformación de las asociaciones señaladas anteriormente en **Empresas Mixtas de Hidrocarburos**. Así, guardando la sintonía con lo señalado hasta el momento, las empresas mixtas de hidrocarburos son una consecuencia de la entrada en vigencia de la *Ley Orgánica de Hidrocarburos*, cuyo espíritu ha sido la reordenación de este importante sector.

Por ello ha de entenderse que la vigente *Ley Orgánica de Hidrocarburos* ratifica la eliminación del mecanismo de las concesiones administrativas, dando paso a la única fórmula por medio de la cual el Legislador consideró posible la participación de las empresas privadas en la realización de las actividades económicas reservadas al Estado, que son las ya nombradas empresas mixtas de hidrocarburos.

Así, las empresas que resulten de la migración de los convenios de asociación que operaban en la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los establecidos bajo la modalidad de exploración a riesgo y ganancias compartidas, encuentran su marco normativo inicial en el Decreto-Ley aquí comentado, en la *Ley Orgánica de Hidrocarburos* y en los *Términos y Condiciones para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas*⁶ aprobados por la Asamblea Nacional.

En este sentido, conviene destacar que en la *Ley Orgánica de Hidrocarburos* está establecida la obligación del Estado de promover la concurrencia del capital privado mediante procedimientos competitivos de selección, cuando considere necesaria su participación o colaboración en la realización de determinadas actividades.

6 Según publicación en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.506 del 23 de agosto de 2.006, que sustituye los contenidos en la publicación N° 38.410 del 31 de marzo de 2.006.

No obstante, el caso que nos ocupa opera la excepción⁷ a dicho imperativo, permitiéndose la selección directa del socio minoritario de las empresas mixtas, lo que implica que no se promoverá la concurrencia mediante los normales procedimientos competitivos de selección.

Este mecanismo de excepción tiene lugar a partir de la declaratoria expresa de *circunstancia especial de interés público* que ha sido otorgada a la migración de los convenios de asociación, conforme al artículo 6 del Decreto-Ley.

Sin embargo, quien suscribe es de la opinión que de no lograrse un acuerdo entre las empresas privadas que actualmente forman parte de los convenios de asociación y la petrolera Estatal, sí debe promoverse la concurrencia privada mediante la realización de los procedimientos competitivos de selección, por cuanto ha de entenderse que la *circunstancia especial de interés público* ha cesado, ya que sólo operaría para seleccionar de manera directa a las empresas ligadas a los convenios de asociación señalados en el Decreto-Ley, y no a otras diferentes.

Lo anterior guarda relación con el contenido del artículo 5 del texto normativo analizado, que señala que de no lograrse el acuerdo para la constitución y funcionamiento de las empresas mixtas, “*la República, a través de Petróleos de Venezuela, S.A., o cualquiera de sus filiales que se designe al efecto, asumirá directamente las actividades ejercidas por las asociaciones (...) a fin de preservar su continuidad, en razón de su carácter de utilidad pública y social*”, dejando sin cabida la selección directa de otra empresa privada, al menos en el marco del Decreto-Ley y frente al proceso de migración por éste ordenado.

Por su parte, para que suceda el supuesto mencionado en el párrafo anterior, es decir, que se verifique la posibilidad de la República para tomar posesión de los activos operativos, incluidos los mejoradores de crudo extrapesado, y en consecuencia asuma las actividades y operaciones que son controladas por las empresas privadas de los convenios de asociación, en cada caso particular deberán agotarse dos circunstancias necesarias: una, relacionada con la imposibilidad de lograr un acuerdo para la conformación de la nueva empresa mixta; la otra, referida al agotamiento del plazo de cuatro (4) meses contados a partir del 26 de febrero de 2007, otorgado por el Presidente de la República para ello, conforme al artículo 4 de la Ley de Migración bajo análisis. Abordando otros aspectos, la participación pública en la conformación de las nuevas empresas mixtas, por mandato, preferiblemente deberá ser mediante el capital de la filial de Petróleos de Venezuela, S.A., denominada Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. (CVP), pero permitiéndose al efecto la designación de alguna otra filial distinta a ésta. Es de hacer notar que por política de Estado, no se encuentra expresamente permitido que Petróleos de Venezuela, S.A., como holding público petrolero, participe de manera directa en la conformación de las empresas mixtas derivadas de la migración.

La cuantía del capital público que formará parte de las empresas mixtas a crearse se determinará conforme a la valoración del capital de ésta, según la labor técnica que sea efectuada por el Ministerio de Energía y Petróleo como órgano rector de las políticas públicas para el sector de los hidrocarburos y emisor de los lineamientos de tutela para la corporación petrolera Estatal; ello conforme al artículo 3 del Decreto-Ley.

7 La excepción a la voluntaria concurrencia para participar en las empresas mixtas se encuentra en el único aparte del artículo 37 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos que señala: “*Por razones de interés público o por circunstancias especiales de las actividades podrá hacerse escogencia directa de las operadoras, previa aprobación del Consejo de Ministros*”.

Sin embargo, en todo momento dicha cuantía deberá corresponderse con una participación igual o superior al sesenta por ciento (60%) del capital social de la empresa mixta. Este porcentaje de participación, que se encuentra estipulado en el artículo 2 del texto analizado, puede percibirse como arbitrario frente a la *Ley Orgánica de Hidrocarburos* que establece un mínimo requerido de cincuenta por ciento (50%), pero conforme a los impactantes planes de desarrollo del sector, que públicamente han informados por los miembros directivos de Petróleos de Venezuela, S.A., y por las autoridades del Ministerio de Energía y Petróleo, podemos calificarlo como un porcentaje de participación pública plenamente legal y estratégico.

Para lograr la migración, el Ejecutivo Nacional ordenó la conformación de una *Comisión de Transición* para atenuar y organizar los efectos que se generarán por la toma pública del control sobre las actividades y operaciones. En el seno de esta Comisión de Transición, además de permitirse lo anterior, se brindará la oportunidad de acordar los términos y condiciones de trabajo que puedan implantarse en la empresa mixta que efectivamente se conforme.

Claro está que cualquier término y condición para estas empresas mixtas deberá ser autorizado por la Asamblea Nacional conforme al artículo 4 del Decreto-Ley, en sintonía con el mandato contenido en el artículo 33 de la *Ley Orgánica de Hidrocarburos*.

Adicionalmente, se prevé el reconocimiento de los costos que puedan generarse por el uso de la infraestructura, el servicio de transporte y el mejoramiento de crudo extrapesado a favor de las empresas existentes y derivadas de los convenios de asociación. Cabe destacar que el Ejecutivo Nacional, autorizado para ello, otorgó mediante el Decreto-Ley al Ministerio de Energía y Petróleo la competencia para regular los precios por el uso y disfrute de dichos bienes y servicios.

Ahora bien, según el artículo 8 del texto analizado, el Ejecutivo Nacional deberá transferir a las empresas mixtas creadas con ocasión a la migración, mediante un Decreto individual y posterior a su creación, el derecho de realizar actividades primarias. Este mecanismo se establece atendiendo a la exigencia contenida en los artículos 35 y 36 de la *Ley Orgánica de Hidrocarburos*, y jurídicamente los efectos que se generan son similares a los de una concesión interadministrativa sobre bienes del dominio público, siendo que dicho otorgamiento operaría a favor de una persona jurídica calificable como **Empresa del Estado** conforme a la *Ley Orgánica de Administración Pública*⁸, como se señaló anteriormente en este análisis. Por su parte, la delimitación del área de trabajo para estas empresas mixtas atiende al espacio máximo de cien kilómetros cuadrados (100 km²) de superficie, previsto así en el artículo 24 de la *Ley Orgánica de Hidrocarburos*.

Respecto de la situación laboral de las personas afectas a las actividades de las empresas que se crearon mediante los convenios de asociación, el Presidente de la República decidió extenderles la protección y los beneficios de la Convención Colectiva Petrolera. Para algunos es un logro sindical, para otros no lo es. Pero aún siendo simplemente un mecanismo de atenuación de los efectos de la migración, este puede ser el primer paso para la estandarización del status laboral del personal de las empresas mixtas existentes y por constituirse, así como para la adecuación de las escalas de sueldos y salarios de éstas frente a las demás empresas subsidiarias que forman parte de la corporación petrolera Estatal.

8 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001.

Particularmente, y en materia impositiva, el Presidente de la República mediante el acto analizado, que tiene *rango, valor y fuerza de Ley*, creó una exención tributaria total, dispensando el gravamen de todos los impuestos, tasas, contribuciones u obligaciones tributarias creadas por el Poder Nacional, conforme al contenido del artículo 73 del *Código Orgánico Tributario*⁹.

Para finalizar, es conveniente destacar que mediante el Decreto-Ley se establece que, a los efectos hermenéuticos, sólo aplicarán las Leyes Nacionales del ordenamiento jurídico venezolano y, frente a cualquier controversia o disputa que se genere con ocasión al proceso de migración, el sometimiento expreso a la jurisdicción venezolana excluye cualquier fuero extranjero, siendo esto anulatorio del contenido de cualquier cláusula arbitral que haya sido incluida en los documentos afectos a los convenios de asociación.

Como ha de ser en estos casos, la ejecución del objeto Decreto-Ley ha sido encargada al Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, para que mediante sus autoridades emita los lineamientos necesarios de tutela administrativa a Petróleos de Venezuela, S.A., dirigiendo su desenvolvimiento y el de todas sus empresas filiales en función del mismo; así como para que realice las funciones inherentes a las potestades naturales de ordenación, dirección, supervisión y limitación que tiene sobre el sector de los hidrocarburos y los agentes económicos, públicos y privados, que en éste se desenvuelven.

9 También publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001.