

Notas sobre los contratos petroleros de comercialización internacional

Román J. Duque Corredor*

RVDM, Nro. 4, 2020. pp- 19-35

Resumen: El presente trabajo comprende la doctrina general de los contratos de hidrocarburos, en el contexto del comercio internacional, a través de sus categorías y subcategorías, y sus especificaciones según su objeto. Igualmente, se contiene una descripción del actual del régimen de dichos contratos en Venezuela y la propuesta de reforma de la vigente Ley de Hidrocarburos presentada por la Asamblea Nacional legítima.

Palabras claves: Hidrocarburos. Contratos. Comercio internacional de Mercaderías.

Notes on international marketing oil contracts

Abstract: *This article includes the general doctrine of hydrocarbon contracts in the context of international trade, through its categories and subcategories, and its specifications according to its purpose. Likewise, it contains a description of the current regime of this contracts in Venezuela and the proposal to reform the current Hydrocarbons Law presented by the legitimate National Assembly.*

Key words: *Hydrocarbons. Contracts. International merchandise trade.*

* Ex magistrado. Individuo de Número y expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de postgrado de la UCAB, de la UMA y de la UCV.

Notas sobre los contratos petroleros de comercialización internacional

Román J. Duque Corredor*

RVDM, Nro. 4, 2020. pp- 19-35

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN: *la importancia del tema para la reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. 1. Los contratos de hidrocarburos como contratos de comercio internacional. 2. Modalidades de contratos de comercio internacional y los contratos de hidrocarburos. 3. Derecho contractual comparado de hidrocarburos. Sistemas contractuales y tipos de contrato. 4. Régimen de las actividades de hidrocarburos en Venezuela. Contratos de empresas mixtas y Licencias. 5. La propuesta de reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos por la Asamblea Nacional legítima.* **BIBLIOGRAFIA.**

INTRODUCCIÓN: *la importancia del tema para la reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.*

En la actualidad política del país se ha planteado por la Asamblea Nacional legítima la reforma parcial de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, mediante un anteproyecto, con el objeto de abrir y flexibilizar las actividades de hidrocarburos reservadas al Estado para permitir una mayor participación del sector privado nacional e internacional y para reconstruir la industria petrolera nacional. Un aspecto determinante de esa reforma es el atinente a los contratos de hidrocarburos, por lo que considero pertinente, aunque sea mediante unas notas, referirme a algunos comentarios sobre este tema, como colaboración para la Revista de Derecho Mercantil. Contratos estos que, si bien han de ser comprendidos en la Ley de Hidrocarburos, sin embargo, por sus motivos y su objeto son contratos de comercialización internacional.

* Ex magistrado. Individuo de Número y expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de postgrado de la UCAB, de la UMA y de la UCV.

1. Los contratos de hidrocarburos como contratos de comercio internacional.

Los contratos de exploración y producción de hidrocarburos o la compra-venta de productos de hidrocarburos entre Estados o empresas estatales y empresas extranjeras estatales o transnacionales tienen como objeto final la comercialización internacional de los hidrocarburos.

Por esta razón se consideran de carácter internacional, en atención a la definición de estos contratos contemplada en la Convención de Viena sobre la Compraventa de Mercaderías del 11 de abril de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías¹, según la cual uno de los factores de su internacionalización es la existencia del elemento “extranjería”; porque las partes contratantes tengan establecimientos en distintos Estados o cuando las partes tienen sus establecimientos en un mismo Estado, pero, sin embargo, el lugar de conclusión del contrato, o en el que están situadas las mercancías o el lugar al que deben ser transportadas para su entrega se encuentra en otro Estado distinto.

Por otra parte, si bien el objeto de estos contratos internacionales de compraventa son las mercaderías, es decir, bienes muebles corporales, la citada Convención no excluyó de su aplicación las ventas de gas y petróleo. Sin embargo, pienso que, así como la citada Convención excluyó de su ámbito de aplicación a la electricidad, conforme su artículo 2º, por sus características físicas y por las particulares condiciones de sus operaciones, igualmente tal definición de mercadería no cabe para los hidrocarburos.

Además, estas fuentes de energía no son propiamente mercaderías, porque su venta, está sujeta a controles especiales legislativos o políticos o sujetas a regímenes estatutarios. O, a una legislación de naturaleza de derecho público.

Por ello, en los contratos de hidrocarburos de compra-venta las partes descartan la aplicación de la Convención de Viena mencionada, por lo que para resulte aplicable han de convenir en someter la venta de gas o de petróleo a esta Convención, conforme se desprende de su artículo 6º.

De modo que si bien, se consideran de carácter internacional, sin embargo, su régimen legal no es uniforme por la diversidad de sistemas jurídicos de los diferentes países productores de hidrocarburos.

En segundo lugar, ambas partes son personas de derecho público; o una de ellas es una transnacional de naturaleza privada, de diferentes Estados, con domicilios

¹ <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>

distintos al lugar de su ejecución, o a la sede de las partes. Esta característica influye en su regulación, ejecución y resolución de conflictos.

Y, en tercer lugar, para la solución de sus conflictos se incluye una cláusula de compromiso arbitral ante instancias internacionales y en la cual se precisa el derecho aplicable. De manera, que esta fuera de duda la naturaleza internacional de los mencionados contratos, por lo que aun cuando se hubiera escogido la jurisdicción de uno de los Estados partes el contrato en cuestión no es un contrato nacional.

2. Modalidades de contratos de comercio internacional y los contratos de hidrocarburos.

De manera general puede decirse que según rija la autonomía de la voluntad de las partes, los contratos de compra-venta de hidrocarburos pueden tener diferentes modalidades².

Por ejemplo, contratos de venta física o de mercado "spot", porque la liquidación de la operación coincide en la misma fecha; o cuando la entrega se produce hasta un máximo de días después de celebrado. Igualmente pueden presentar las modalidades de contratos futuros o adelantados; de contratos de opciones, de operaciones "swaps" o de intercambio de bienes o servicios, o de contratos a riesgo.

En el contrato de entrega física o de mercado spot se conviene en la entrega inmediata de determinada cantidad de petróleo o de productos de hidrocarburos por el precio del momento, que también es inmediato o en una fecha próxima. Por esta razón este precio no queda sujeto a las fluctuaciones del mercado.

En la práctica comercial se le llama "*contrato spot*" porque es libre y ocasional y es la forma por la que las empresas explotadoras comercian sus excedentes, por lo que a mayor demanda en el mercado mundial estas empresas aumentan su producción, mientras que a menor demanda quedan excedentes. Por ello son exponentes de la oferta y demanda de hidrocarburos a nivel internacional, por lo que su valor puede fluctuar entre un contrato u otro. Además, por ser ocasionales su giro queda sujeto a los acontecimientos mundiales políticos, económicos o climatológicos y de accidentes naturales.

En el contrato futuro el productor y el comprador se obligan a vender y comprar en una fecha determinada la cantidad del producto de una calidad específica y a un

² Ver, "*Contratos internacionales de petróleo y gas. Algunas consideraciones jurídicas*" de López Velarde, Rogelio, publicado en, Regulación del sector energético, México, Secretaría de Energía-Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997. Igualmente, ver el trabajo "*El nuevo Derecho Internacional de la Energía a través del Estudio de sus Fuentes y el Ordenamiento Mundial del Petróleo en un Contexto Geopolítico/ Especulativo*," de Velázquez Elizarrara, Juan Carlos.

precio convenido. En los contratos adelantados las partes negocian libremente precio, plazo, calidad, cantidad, lugar de entrega del producto y forma de liquidación. En los contratos futuros, para cubrir las fluctuaciones del precio internacional del producto, la negociación está restringida por la existencia de normas que regulan los precios, plazos, cantidades, calidades, lugares de entrega y formas de liquidación.

En los contratos de opciones una de las partes tiene derecho para comprar o vender crudo a un precio determinado, en un plazo de tiempo, que en la práctica se le llama “precio de ejercicio”, a cambio de una especie de garantía o prima denominada “precio de la opción”, y quien da esa prima se obliga a vender o a comprar conforme las condiciones convenidas en el contrato. Mientras que la otra parte puede o no ejercer su derecho a vender o a comprar.

En otras palabras, la prima obliga a quien la emite. Los contratos riesgos son contratos de exploración, localización, perforación y explotación de recursos de hidrocarburos en un determinado país. Su característica es que el contratista asume los riesgos de la operación y la responsabilidad de las inversiones, por lo que del resultado de su ejecución dependerá que el contratista pueda recuperar sus inversiones y costos.

Algunos de estos contratos contemplan una especie de premio por el buen resultado de la explotación, que consiste en recibir un porcentaje de parte de lo extraído en divisas o en especie, es decir, una cantidad del producto o de la producción. Esta prima se le llama en inglés “risk fee”.

De los tipos anteriores, los contratos de riesgo, son propiamente los contratos de hidrocarburos, mientras que los anteriormente señalados como contratos spot, contratos futuros o adelantados y los contratos de opciones son convenios aplicables a cualquier contrato de comercialización internacional.

No obstante, independientemente de su modalidad, en los contratos del comercio internacional de los hidrocarburos es ya una práctica, inclusive recogida en leyes, de incluir en estos contratos una cláusula de compromiso arbitral para la solución de las controversias surgidas de su ejecución, por la que se fija el lugar, el centro o tribunal arbitral y el derecho aplicable.

Ello para evitar que los tribunales nacionales de uno de los Estados conozcan de estos conflictos y para evitar también los problemas interpretativos derivados de los elementos de extranjería propios del derecho internacional privado. Dada su categorización como contratos tipos de hidrocarburos, me referiré los contratos riesgos o contratos de exploración, localización, perforación y explotación de recursos de hidrocarburos, para luego referirme al régimen de los contratos de hidrocarburos en Venezuela y a la propuesta de su reforma.

3. Derecho contractual comparado de hidrocarburos. Sistemas contractuales y tipos de contrato.

En el derecho comprado petrolero los contratos de hidrocarburos se definen como “los convenios que rigen la relación entre el Estado, por una parte; y, por la otra, el operador del campo o de un área de interés hidrocarburíferos”. Su presupuesto es que la propiedad de los hidrocarburos es el Estado, y, si sus yacimientos son considerados como parte de su soberanía territorial y bienes del dominio público, y su principal fuente de ingresos e industria básica; la Constitución y las leyes pueden atribuirle la condición de contratos de interés nacional; y, por tanto, su celebración puede estar sujeta a controles de autorización o de aprobación.

Ello determina un régimen mayor o menor intervención del Estado como parte del contrato en su ejecución, y las modalidades respecto del régimen de la renta, del riesgo exploratorio y de producción, de participación en los precios y en el régimen tributario. Las modalidades de estos contratos, reconocidas incluso por la Organización Latinoamericana de Energía (OLADE) son: 1) Contratos de producción compartida, donde se le permite al operador del campo recuperar sus costos de operación y de capital antes de la división de ingresos con el Estado; 2) Contratos de servicios, donde el operador del campo recibe un monto de recursos, generalmente como porcentaje del ingreso bruto, para cubrir sus costos de operación y de capital y obtener así una ganancia razonable y; 3) Contratos de “impuestos/regalías” donde el operador del campo tiene como obligaciones principales con el Estado, el pago de impuestos y regalías. Asimismo, los contratos de hidrocarburos se agrupan en sistemas contractuales y sistemas de regalías e impuestos.

En los Sistemas Contractuales la propiedad pertenece, al Estado, lo que le permite definir los precios, volúmenes y mercados para la producción; por lo que la propiedad del hidrocarburo como bien del Estado está directamente relacionada con su comercialización.

En los Sistemas de Regalías e Impuestos la propiedad del producto la asume la compañía que soporta con el costo del capital de riesgo y en estos casos la participación del Estado se limita al cobro de regalías y/o impuestos. En este Sistemas de Regalías y de Impuestos, la empresa contratante conviene en pagar un bono al Estado cuando se firma el contrato de exploración o cuando comienza la etapa de producción. Además, la empresa operadora del campo petrolero debe pagar una regalía al Estado y cubrir con todos sus costos la operación y pagar los impuestos y tributos establecidos legalmente.

Por otra parte, la primera categoría de Sistemas Contractuales, se divide en dos subcategorías: Una, la de Contratos de Servicios, que comprende los contratos de servicios puros, los contratos de servicios híbridos y contratos de servicios de Riesgo.

Y, otra, de contratos de producción compartida.

En los Sistemas Contractuales el primer rasgo característico es la retribución a la compañía privada. En el caso de los Contratos de Servicios dicha retribución se realiza usualmente en dinero; mientras que en los contratos de Producción Compartida ella muchas veces es en especie. Esta distinción es importante toda vez que, si la retribución es en especie, la compañía privada puede comercializar la producción de la manera que crea conveniente.

Por otra parte, en los Contratos de Producción Compartida muchas veces se le permite al operador del campo, recuperar sus costos de operación y de capital, antes de reconocer la participación del Estado. En los contratos de Servicios Puros el Estado otorga a la compañía privada un porcentaje fijo de los ingresos, se dice medidos en Boca de Pozo; con este porcentaje la compañía debe cubrir los costos incurridos, ya sea de operación o inversión, en la operación del campo. En los contratos de Servicios de Riesgo la retribución a la compañía se realiza sobre el beneficio de la operación. Y, los contratos de servicios híbridos son una mezcla de ambos contratos mencionados anteriormente.

4. Régimen de las actividades de hidrocarburos en Venezuela. Contratos de empresas mixtas y Licencias.

En Venezuela, existen dos tipos de contratos según sea el hidrocarburo explotado. Es decir, el denominado crudo, o el producto refinado o el hidrocarburo gaseoso³ y el hidrocarburo gaseoso no asociado⁴. Estos contratos son de empresas mixtas y las licencias para la exploración y explotación.

Las actividades relativas a la exploración en busca de yacimientos de los hidrocarburos, a la extracción de ellos en estado natural, a su recolección, transporte y almacenamiento iniciales, se denominan actividades primarias y quedan reservadas al Estado, por lo que solo pueden ser realizadas por el Estado, ya directamente por el Ejecutivo Nacional o mediante empresas de su exclusiva propiedad; o mediante empresas donde tenga control de sus decisiones, por mantener una participación mayor del cincuenta por ciento (50%) del capital social, las cuales se denominan empresas mixtas. Igualmente, en el caso de estas empresas, la Ley Orgánica de Hidrocarburos vigente, a la cual me referiré en estas Notas, define a las empresas que se dediquen a la realización de actividades primarias como empresas operadoras (artículo 22).

³ Este hidrocarburo se rige por la Ley de reforma parcial del Decreto 1.510 con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos (Gaceta Oficial 38.493 del 4 de agosto del 2006).

⁴ Este hidrocarburo se rige por el Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (Gaceta Oficial No. 36.793 de fecha 23 de septiembre de 1999).

Para su ejecución el Ejecutivo Nacional mediante Decreto podrá transferir a las empresas operadoras, el derecho al ejercicio de las actividades primarias y la propiedad u otros derechos sobre bienes muebles o inmuebles del dominio privado de la República, requeridos para el eficiente ejercicio de tales actividades, en áreas delimitadas geográficamente donde las empresas operadoras realizarán las actividades primarias, divididas en lotes con una superficie máxima de cien kilómetros cuadrados (100 km²). Derechos estos que el Ejecutivo Nacional puede revocar cuando las empresas operadoras no den cumplimiento a sus obligaciones, de tal manera que impida lograr el objeto para el cual dichos derechos fueron transferidos (artículo 24).

Y para la selección de las empresas operadoras se lleva a cabo un procedimiento de concurrencia de diversas ofertas, pero 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 (artículo 37). En estos contratos de empresas mixtas, con relación a los costos de operación y riesgos, la República no garantiza la existencia de las sustancias, ni se obliga al saneamiento, por lo que la realización de las actividades se efectúa a todo riesgo de quienes las realicen en lo que se refiere a la existencia de dichas sustancias. Riesgo este que para el caso de no constar expresamente en el Decreto por el cual se otorgue el derecho a realizar las actividades primarias, sin embargo, se tendrá como incorporado en el texto del mismo (artículo 35).

Los contratos de empresas mixtas tienen una duración máxima de veinticinco (25) años, prorrogable por un lapso a ser acordado por las partes, pero que no puede exceder de quince (15) años, lo cual ha de ser solicitada después de cumplirse la mitad del período para el cual fue otorgado el derecho a realizar las actividades y antes de los cinco (5) años de su vencimiento (artículo 34).

Las actividades de refinación y comercialización pueden ser realizadas por el Estado y los particulares, conjunta o separadamente, quienes deberán obtener una Licencia del Ministerio de Energía y Petróleo, quien podrá otorgarla previa definición del correspondiente proyecto; cuya duración no será superior a veinticinco (25) años, prorrogables por un lapso a ser acordado no mayor de quince (15) años, si se han cumplido los requisitos del proyecto (artículos 10 y 13). Estas Licencias no transmiten la propiedad de las instalaciones y obras existentes, sus ampliaciones y modificaciones, propiedad del Estado o de las empresas de su exclusiva propiedad, dedicadas a las actividades de refinación de hidrocarburos naturales en el país y al transporte principal de productos y gas, puesto que estas quedan reservadas al Estado (artículo 10). No obstante, no tratarse de contrato alguno de empresas mixtas, sin embargo, el artículo 15, de la Ley, en comento, se establece que en las Licencias que se otorguen para las actividades relacionadas con la refinación de hidrocarburos naturales, se deben incluir expresamente las disposiciones contenidas en el artículo 34, numeral 3, literales a y b

de esta Ley, y de no aparecer expresamente, se tendrán como insertas en el texto de la licencia.

Disposiciones están referidas a la reversión de las tierras, obras permanentes, las instalaciones, accesorios y equipos que formen parte integrante de ellas, y de cualesquiera otros bienes adquiridos con destino a la realización de dichas actividades, que, al vencerse la Licencia, deben ser entregados en propiedad a la República, libre de gravámenes y sin indemnización alguna. Y la cláusula de que las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la realización de estas actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje en los casos permitidos por la ley que rige la materia, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

En cuanto al sistema de regalías y tributario, según el artículo de la Ley citada, la explotación de hidrocarburos líquidos debe pagar una regalía de 30%, que puede disminuirse a 20% siempre y cuando se demuestre que su explotación económica es inviable; y la explotación de hidrocarburos gaseosos debe pagar una regalía del 20% sobre el valor bruto de producción. Y, el artículo 48 eiusdem, establece los siguientes impuestos: 1) **Impuesto superficial**, por la parte de la extensión superficial otorgada que no estuviere en explotación el equivalente a cien unidades tributarias (100 U.T.) por cada km² o fracción del mismo, por cada año transcurrido. Este impuesto se incrementará anualmente en un dos por ciento (2%) durante los primeros cinco (5) años y en un cinco por ciento (5%) en los años subsiguientes. 2) **Impuesto de Consumo Propio**, es decir, un diez por ciento (10%) del valor de cada metro cúbico (m³) de productos derivados de los hidrocarburos producidos y consumidos como combustible en operaciones propias, calculados sobre el precio al que se venda al consumidor final, y en el caso de que dicho producto no sea vendido en el mercado nacional, el Ministerio de Energía y Petróleo fijará su precio”. 3) **Impuesto de Consumo General**, que se paga por cada litro de producto derivado de los hidrocarburos vendido en el mercado interno entre el treinta y cincuenta por ciento (30% y 50%) del precio pagado por el consumidor final, cuya alícuota entre ambos límites será fijada anualmente en la Ley de Presupuesto., y que debe ser pagado por el consumidor final pero que será retenido en la fuente de suministro para ser enterado mensualmente al Fisco Nacional. 4) **Impuesto de Extracción**. Un tercio (1/3) del valor de todos los hidrocarburos líquidos extraídos de cualquier yacimiento, calculado sobre la misma base establecida en el artículo 47 de esta Ley para el cálculo de la regalía en dinero. Este impuesto será pagado mensualmente junto con la regalía, por la empresa operadora que extraiga dichos hidrocarburos. Este impuesto podrá rebajar, por el tiempo que determine, el Impuesto de Extracción hasta un mínimo de veinte por ciento (20%). Y; 5) Impuesto

de Registro de Exportación, es decir, el uno por mil (0,1%) del valor de todos los hidrocarburos exportados de cualquier puerto desde el territorio nacional, calculado sobre el precio al que se venda al comprador de dichos hidrocarburos, que puede ser exonerado total o parcialmente por el tiempo que determine el Impuesto de Consumo General, a fin de incentivar determinadas actividades de interés público o general.

5. La propuesta de reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos por la Asamblea Nacional legítima.

De lo anteriormente expuesto, puede señalarse que de las modalidades de los contratos de hidrocarburos, en Venezuela existe un régimen rígido para la realización de las actividades primarias de hidrocarburos, puesto que en lugar de la explotación directa por el Estado, solo se contempla el contrato de empresas mixtas; y, para las actividades de refinación y comercialización, mediante la explotación directa por el Estado, o conjuntamente con los particulares, es decir por contratos de empresas mixtas; o separadamente por Licencias, las cuales sin embargo quedan sujetas a algunas disposiciones de estas empresas.

El régimen vigente es cerrado e inflexible, por lo que la Asamblea Nacional legítima, ha propuesto una reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos del 4 de agosto del 2006 para abrir y flexibilizar las actividades de hidrocarburos reservadas al Estado para permitir una participación más importante del sector privado nacional e internacional. Sobre este particular me referiré a continuación.

El Decreto con fuerza de Ley de Hidrocarburos del 23 de septiembre de 1999, dictado por el Hugo Chávez que derogó a la Ley de que Reservo al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburo, llamada Ley de Nacionalización Petrolera, del 21 de agosto de 1975, retrocedió en el tema de la apertura la actividad petrolera. En efecto, conforme el artículo 5º, de la mencionada Ley de Nacionalización, en concreto sobre el tema de los Convenios de Asociación, la Corte en Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 23.04.1991, dictada bajo mi Ponencia, aprobada por unanimidad, había puntualizado que el control del Estado en dichos Convenios, en el caso de empresas mixtas, no tenía que ser necesariamente el de la mayoría accionaria de la sociedad que se constituyese, sino que dicho control podía obtenerse por vía contractual, sin que se requiriese dicha mayoría, sino que el Estado tuviese que forzosamente participar en las decisiones fundamentales que se fuesen a adoptar en el ejercicio de las actividades reservadas.

Esa decisión de la Corte Suprema de Justicia, le dio piso al primer Convenio de Asociación que fue el Cristóbal Colón y a todos los otros convenios que se celebraron

hasta antes de la llegada de Chávez al Poder⁵. Ahora bien, los Convenios de Asociación que jurídicamente son un género y no una especie, dieron lugar a que en algunos casos se constituyeron empresas bajo la forma de sociedades mercantiles y en otros casos se celebraron contratos asociativos o de participación donde se establecían las condiciones para el ejercicio de las actividades, que no llegaron a constituirse como sociedades, pero donde el control lo mantenía el Estado.

En ese tiempo también se celebraron los denominados Convenios Operativos que adoptaron diversas modalidades de participación y de servicios, sobre todo estos últimos en los denominados campos maduros.

La figura de las empresas mixtas deviene de la Ley del 1999, que son una especie de asociación, pero no la única que jurídicamente puede existir por supuesto, para el ejercicio de las actividades de hidrocarburos.

Evidentemente, que el propósito del Decreto de la Ley de Hidrocarburos del 1999, del gobierno de Hugo Chávez, indudablemente que fue el derogar todo lo que se había desarrollado bajo la anterior Ley de 1975; y sirvió de canal para que, en esta última ley, solo se incluyera a la empresa mixta como forma asociativa permitida para la participación privada en las actividades (Artículo 22). Con el agravante de que se le exigió al Estado la mayoría accionaria para tener el control del negocio. Por todo ello, la reforma parcial propuesta por la Asamblea Nacional, en el punto cuarto del anteproyecto, contempla la figura de empresa mixta, pero en el marco inflexible de considerarla como única forma asociativa.

Sin embargo, en la reforma propuesta, no se exige que el Estado tenga mayoría accionaria, sino que posea acciones privilegiadas que le permitan tener el control del negocio, que es un avance de apertura a la iniciativa privada. Sin embargo, todavía queda abierta la posibilidad en la reforma propuesta de dar categoría de género a las asociaciones estratégicas, pues a ellas se refiere el Artículo 303 de la Constitución vigente y que no se le tienen en cuenta en el anteproyecto de reforma de la ley vigente.

⁵ Esta decisión adoptada, por unanimidad por la Corte en Pleno, Luis Vallenilla la calificó de ultra petita, porque supuestamente la Corte se había pronunciado sobre fuera de los límites de la demanda (“La Apertura Petrolera – Un Peligroso Retorno al Pasado, Caracas, 1995, citado por Bernard Mommer, en el trabajo que se indica más adelante), cuando, desconoció que tal demanda en verdad fue un recurso de colisión entre las leyes anteriores, entre ellas la de la Ley que reservó al Estado la Industria de Explotación del Gas Natural y, y la Ley de Nacionalización de 1975, por lo que por su carácter interpretativo la Corte podía, por la aplicación del principio de temporalidad, considerar derogadas las leyes anteriores, y aplicar en su lugar la Ley de Nacionalización, para que conformar su artículo 5º, precisar que el control del Estado en los Convenios de Asociación no era exclusivamente el de su capital social, sino el control determinante de la ejecución de dichos convenios. Y, por su parte, Bernard Mommer, consideró que yo con dicha sentencia había complacido a la demandante, LAGOVEN S. A., “por haber sido abogado al servicio de la industria” y porque “a Duque Corredor le tomó solamente evacuar esa consulta” (“Venezuela, Política y Petróleo. El Ingreso Fiscal y la Pobreza”, No. 4, enero de 1999, PP 12-13). A pesar de lo simple de su argumento, evidentemente por no ser abogado, y un ideólogo del régimen de Hugo Chávez, baste señalar que la sentencia se dictó sin voto salvado, y que se pronunció en el lapso legal. De todos modos, el tiempo, gran ministro de la razón humana, ha dado la razón a la Corte en Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Dentro de ese género las figuras que pueden adoptarse podrían ser variadas dentro del amplio campo contractual de los hidrocarburos en general⁶. Y hasta de contratos innominados, que reflejen y contengan las condiciones de la asociación.

En ese orden de ideas, la figura de las empresas mixtas puede quedar en la Ley, pero no ser la única forma asociativa, pues no es el sentido que se desprende del texto constitucional del artículo 303.

En consecuencia, ¿hasta dónde podría llegar la participación privada en estos contratos innominados dentro del género de asociaciones estratégicas de las que habla el citado artículo constitucional? Es posible que comprenda todas las actividades reservadas.

Puede señalarse que, en la reforma propuesta por la Asamblea Nacional, se amplía la participación privada a la disposición y explotación de los gases asociados por los particulares, pero no se precisa si es solo mediante empresas mixtas o licencias o permisos (Punto primero de la reforma). También en materia de refinación y destilación se amplía la participación privada a todo el proceso de refinación, es decir, al proceso de refinación anterior, o sea respecto de la operación de las instalaciones existentes y a las que se construyan y desarrollen de ahora en adelante.

Ello parece bien, pero en el punto segundo del anteproyecto, que elimina la reserva exclusiva del Estado sobre las instalaciones y obras existentes, sus ampliaciones y modificaciones, contemplada en el artículo 10 de la ley vigente, sin embargo, no se establece cuál es su régimen en adelante. Sobre las cuales como mínimo debiera ratificarse la propiedad estatal sobre ellas, pero flexibilizar los tipos de negocios que se pueden realizar sobre tales activos dentro de un amplio marco asociativo con los sectores privados.

Sobre el punto tercero del anteproyecto relativo a la reforma del artículo 22 de la ley, que requiere para las empresas mixtas una participación mayor del cincuenta por ciento (50%) del capital social, se aplica lo ya señalado antes sobre las asociaciones. En el punto cuarto del anteproyecto sobre la reforma del artículo 33, que se refiere a la constitución de las empresas mixtas, única forma asociativa prevista en la ley, se les califica, de una manera general, como contrato de interés público.

Este criterio hace mucho más rígido el tratamiento, manejo y operación de la asociación que se constituya. Sin duda que las condiciones generales que se aprueben la asociación por la Asamblea Nacional, no podrán modificarse sin la aprobación de la misma, pero ello no ha sido así porque sean contratos de interés público, sino porque

⁶ Ver Nota No. 3. Y “Contratos de Exploración y Explotación de Hidrocarburos- América Latina 2010”, Organización Latinoamericana de Energía (OLADE), junio 2010

desde la Ley de Nacionalización de 1975 ya se contemplaba que los convenios de asociación tenían que ser aprobados en sus términos y condiciones por el Congreso, que no necesariamente esta aprobación determina su condición de contrato de interés público, sino de mecanismo de control legislativo y de requisito de su validez.

Por otra parte, según el punto séptimo del anteproyecto, en el que se propone la reforma del artículo 57, se permite a los particulares participar en la comercialización internacional del crudo, que ha sido la actividad reservada más exclusiva del Estado por llamarla de alguna manera, desde la Ley de Nacionalización de 1975; y que ahora se aspira abrir también a los particulares. Y también se indica que las actividades en el mercado interno, con productos derivados, puedan ser ejercidas incluso por separado por los particulares.

Estos planteamientos de la reforma propuesta por la Asamblea Nacional cubren todas las que hasta ahora se han denominado actividades primarias de hidrocarburos, las cuales pueden ser desarrolladas en forma separada o conjunta, en empresas mixtas por los particulares.

Ello es conveniente para poder atraer al capital privado extranjero y para que pueda participar en forma protagónica en el negocio petrolero nacional, que requiere de una altísima inyección de capitales privados para poder lograr su reactivación. En cuanto a la reforma propuesta por la Asamblea Nacional, respecto de la explotación del gas asociado, a que se contrae el artículo 2º, de la Ley vigente; no se contempla dicha explotación en forma asociativa, lo cual es perfectamente viable constitucionalmente, por lo que el desarrollo de tal actividad pareciera que queda sólo limitado a la explotación por el particular que reciba el permiso o licencia del Ministerio del ramo, que propiamente no son contratos.

Por otra parte, podría agregarse en el anteproyecto de reforma, dentro de las diversas formas contractuales que podrían desarrollarse en el marco de las Asociaciones Estratégicas, la figura de los contratos innominados de estabilidad, de manera de darle mayor seguridad jurídica a los particulares que entren a asociarse con el estado en el negocio petrolero. Entre las asociaciones estratégicas que se usaron en Venezuela en los últimos años antes de la llegada de Chávez al poder, estuvieron vigentes los convenios operativos, entre ellos, los de exploración a riesgo por terceros en áreas nuevas y los convenios de producción bajo ganancias compartidas. Además de Venezuela estas figuras asociativas se han usado bastante en México y en el Medio Oriente.

En los convenios operativos lo que se compromete a prestar el tercero contratante son servicios de diversa índole para poner a producir pozos petroleros en áreas ya desgastadas, denominadas maduras. El gobierno chavista consideró que todas estas modalidades implicaban la entrega de los yacimientos petroleros a los particulares ex-

tranjeros, sin tener en consideración el riesgo que ellos asumieron en el negocio. Los tipos de contratos bajo asociaciones estratégicas se han centrado más en la explotación y producción de hidrocarburos. No así en otras actividades como las de refinación, comercialización de crudos y de productos derivados, por ejemplo, en el caso de Venezuela, estos últimos en el mercado interno. Con relación a la actividad de refinación, en el punto segundo del anteproyecto, es verdad que se propone eliminar de la parte final del texto del artículo 10 de la Ley vigente, el párrafo que dice, que las instalaciones y obras existentes, sus ampliaciones y modificaciones, propiedad del Estado o de las empresas de su exclusiva propiedad, dedicadas a las actividades de refinación de hidrocarburos naturales en el país y al transporte principal de productos y gas, quedan reservadas al Estado en los términos establecidos en esta Ley.

Pero al quedar vigente el artículo 15 de la actual ley, que no se reforma, que establece que en las licencias que se otorguen para las actividades relacionadas con la refinación de hidrocarburos naturales, deberán indicarse expresamente las disposiciones contenidas en el artículo 34 de dicha ley; en consecuencia se les aplicarían a las licencias que se otorguen para el ejercicio de esta actividad a los particulares, que actúen en forma separada del Estado, en las mismas condiciones que exige la ley vigente para las empresas mixtas, conforme al citado artículo 34, numeral 3, literales a) y b). Esto resulta inconveniente, por cuanto aquellas condiciones fueron establecidas por el legislador, en el artículo 33, de la ley vigente, para actividades primarias de exploración y producción y no de refinación, es decir, solo para la exploración en busca de yacimientos de los hidrocarburos comprendidos en esta Ley, a la extracción de estos recursos en estado natural, a su recolección, transporte y almacenamiento iniciales.

Pero, por otra parte, en el artículo 10, como se dijo con anterioridad, que, también en materia de refinación y destilación se amplía la participación privada a todo el proceso de refinación, o sea a las instalaciones existentes y a las que se construyan y desarrollen de ahora en adelante, pero no se explica al eliminar la parte del artículo 10 que se sugiere eliminar, cómo quedan las instalaciones existentes que su exclusiva propiedad, es decir, no se explica qué ocurre con estos bienes. Si se quiere abrir esta actividad a la inversión privada habría que permitirse también que podrían licenciarse las mismas instalaciones antiguas para que las actividades las ejecuten los particulares por separado. En síntesis, abrir esta actividad de refinación vieja o anterior al sector privado en forma completa y no limitada como esta en la ley actual y cómo quedaría con la reforma.

Hay otros temas que son de interés, como las regalías, y la posibilidad de la creación de una Agencia Nacional de Hidrocarburos como las tienen otros países, para crear un ambiente de transparencia e independencia de PDVSA, en la toma de decisiones para la escogencia de potenciales asociados, seguimiento de los planes y proyectos,

fiscalización de los impuestos y regalías, criterios de contratación para los servicios a ser prestados, así como para las obras a ser ejecutadas. En cuanto al tema de las regalías, ello requiere un análisis pormenorizado, pues el esquema de la ley, e incluso el propuesto en el punto 6 del anteproyecto relativo a la reforma del artículo 44 de la ley vigente, es muy rígido.

De modo que, si se quiere incentivar la inversión privada en la actividad reservada de hidrocarburos, habría que pensar en unos tipos de regalías flexibles atados, por ejemplo, a los tipos de crudos que se extraigan o a los precios del hidrocarburo extraído en el mercado. Por otro lado, en el tema de los impuestos, por ejemplo, el impuesto sobre la renta, luce muy elevado, más aún cuando se agrega a la regalía y a los impuestos propios de hidrocarburos, lo que por hacer muy gravosa la participación privada no se incentiva. Por lo que la renta petrolera no debería sujetarse principalmente a un régimen tributario, sino a esquemas de participación en el negocio petrolero.

Finalmente, la revisión del tema del arbitraje internacional como mecanismo para resolver las disputas en los contratos o licencias, es otro tema que hay que revisar, como exigencia y atractivo por parte de los capitales privados. En efecto, en relación al arbitraje internacional, es importante señalar, que el punto 4, del anteproyecto, que se refiere a la reforma del artículo 33 de la ley vigente, se conserva de la constitución de empresas mixtas como contratos de interés público, como ya se dijo; pero habría que agregar que el arbitraje, como parte de las condiciones previstas en el artículo 34, numeral 3, letra b, de la ley vigente, para las empresas mixtas, debería ser reformado, pues el texto adolece de dos defectos técnicos esenciales.

En efecto, el primero que la norma considera al arbitraje como un medio amigable de solución de disputas, que no es cierto, puesto que es un medio contencioso o litigioso y no de arreglo amigable Y, en segundo lugar, que según el indicado literal del b del numeral 3, del citado artículo 34, las decisiones que puedan dictar los tribunales arbitrales, a pesar de dictarse en un proceso litigioso, no son definitivas, ni producen ningún efecto erga omnes, puesto que no obstante que sus laudos resuelven las controversias, sin embargo, es posible continuar con el litigio por ante los tribunales de la Republica, con lo cual se despoja a las decisiones arbitrales de su característica esencial de ser decisiones firmes, definitivas e inapelables. Muy diferente es que las decisiones arbitrales puedan ser susceptibles de anulación, pero ello ocurre solo por las causales específicas previstas en Venezuela conforme a la Ley de Arbitraje Comercial, o conforme a las distintas reglas procedimentales de las diversas instituciones arbitrales que existen en el mundo.

En concreto, el arbitraje concebido de la manera defectuosa como está contemplado en la actual Ley de Hidrocarburos resulta poco atractivo a los inversionistas petroleros

foráneos. Por último, además, una de las partes de un acuerdo arbitral puede ser una sociedad donde la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan una participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social; del cual se excluyen solo las controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público y no de derecho privado, según los artículos 3º y 4º, de la Ley de Arbitraje Comercial.

BIBLIOGRAFÍA.

Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional, Convencion de Viena sobre la Compraventa de Mercaderías del 11 de abril de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercadería, Naciones Unidas, New York, 2001

Comisión de Energía y Petróleo de la Asamblea Nacional, Anteproyecto de Reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Corte Suprema de Justicia de la Republica de Venezuela, Corte Plena, Sentencia del 23.04.1991 (Ponencia magistrado Román J. Duque Corredor, Caso LAGOVEN S. A, recurso de colisión de leyes).

Ley de que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburo, llamada Ley de Nacionalización Petrolera, del 21 de agosto de 1975

Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (Gaceta Oficial No. 36.793 de fecha 23 de septiembre de 1999).

Ley de reforma parcial del Decreto 1.510 con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos (Gaceta Oficial 38.493 del 4 de agosto del 2006).

López Velarde, Rogelio, *Contratos internacionales de petróleo y gas. Algunas consideraciones jurídicas*”, publicado en, Regulación del sector energético, México, Secretaría de Energía-Universidad Nacional Autonoma de Méjico (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

Mommer, Bernard, “Venezuela, Política y Petróleo. El Ingreso Fiscal y la Pobreza”, No. 4, enero de 1999, PP 12.

Organización Latinoamericana de Energía (OLADE), “Contratos de Exploración y Explotación de Hidrocarburos- América Latina 2010”, junio 2010

Vallenilla, Luis, “La Apertura Petrolera – Un Peligroso Retorno al Pasado, Caracas, 1995,

Velázquez Elizarrara, Juan Carlos, “*El nuevo Derecho Internacional de la Energía a través del Estudio de sus Fuentes y el Ordenamiento Mundial del Petróleo en un Contexto Geopolítico/ Especulativo*”.