

REFLEXIONES EN TORNO A UNA LEY CONFISCATORIA

La “Ley que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos”

José Antonio Muci Borjas
Profesor de Derecho Administrativo en
la Universidad Católica Andrés Bello

I. El fundamento constitucional

El Estado venezolano garantiza el derecho de propiedad privada. Es así como reza el encabezamiento artículo 115 de la Constitución política de 1999. La norma constitucional citada agrega que «sólo por causa de utilidad pública o interés social, *mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización*, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes».

En adición a esa norma, a los efectos de este breve ensayo debe también debe tenerse presente la letra del artículo 300 de la Constitución, a tenor del cual el Estado, por razones de conveniencia nacional, puede reservarse, mediante ley orgánica, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público de carácter estratégico.

II. La Ley de reserva

Con fundamento en los artículos 115 y 300 de la Constitución, la Asamblea Nacional sancionó la novísima Ley orgánica que reserva al Estado bienes y

servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos¹ (en lo adelante, la Ley). Por lo pronto, de la Ley interesa destacar cuanto sigue:

1. El Estado venezolano se reserva, por su “carácter estratégico”, los bienes y servicios conexos a la realización de las *actividades primarias* previstas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos (artículos 1º y 2º)². Los bienes y servicios conexos a los que se refiere la Ley son los siguientes: i. inyección de agua, de vapor o de gas, para incrementar la energía de los yacimientos y mejorar el factor de recobro; ii. compresión de gas; y, iii. los vinculados a las actividades en el Lago de Maracaibo, tales como lanchas para el transporte de personal, buzos y mantenimiento; barcazas con grúa para el transporte de materiales, diesel, agua industrial y otros insumos; remolcadores, gabarras planas, boyeras, grúas de ripio, de tendido o reemplazo de tuberías y cables subacuáticos; y, mantenimiento de buques en talleres, muelles y diques de cualquier naturaleza (artículo 2º).

En virtud de la *cláusula de reserva* contenida en la Ley, en lo adelante *los particulares quedan excluidos o segregados de este sector* del quehacer económico. Esas actividades sólo pueden ser realizadas por la República, Petróleos de Venezuela, S.A., la filial que ésta designe al efecto, o empresas mixtas sometidas al control de Petróleos de Venezuela, S.A. o de sus filiales (artículo 1º).

2. No obstante la *cláusula de reserva* que excluye a los particulares de la actividad reservada, para evitar la paralización de las operaciones de las empresas que aún no han sido formalmente adquiridas a través del procedimiento

¹ *Gaceta Oficial* N° 39.173, del 7 de mayo de 2009.

² De acuerdo a la Ley de Hidrocarburos (*Gaceta Oficial* N° 37323, del 13 de noviembre de 2001), son actividades primarias las relativas a la exploración en busca de yacimientos de hidrocarburos, la extracción de ellos en estado natural, su recolección, transporte y almacenamiento iniciales.

expropiatorio, la Ley declara que tales actividades constituyen un *servicio público*. Por obra de dicha calificación, los servicios conexos a las actividades primarias quedan sujetos al Derecho Administrativo y deben continuar siendo prestados -por las empresas de propiedad privada expropiadas- de manera continua, regular y eficiente (artículo 5º).

3. Con base en la cláusula de reserva, la Ley autoriza al Ejecutivo Nacional para decretar la *expropiación* forzosa, total o parcial, de las *acciones* representativas del capital social de las empresas que prestan los servicios conexos con las actividades primarias (artículo 6º). La expropiación parcial abre la puerta a la adquisición de sólo una parte de las acciones representativas del capital social de las empresas existentes -sólo de lo necesario, de lo imprescindible, para tomar el control de las compañías-. La Ley también autoriza al Ejecutivo para la adquisición, total o parcial, de los *bienes* propiedad de tales empresas.

4. A los efectos del cálculo del justiprecio o justa indemnización adeudado al expropiado, la Ley prevé las siguientes reglas: i. prohíbe tomar en cuenta el lucro cesante y los daños indirectos; ii. ordena que la valoración se haga sólo con base en el “valor en libro” (*book value*); y, iii. dispone que la indemnización puede ser pagada «...en dinero efectivo, *títulos valores* u *obligaciones de personas jurídicas públicas*» (artículo 6º). Dicho en otras palabras, la novísima Ley contempla un régimen especial, derogatorio del (general) previsto por la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social³, conforme al cual sólo la expropiación de bienes

³ *Gaceta Oficial* N° 37.475, del 1 de julio de 2002.

de cualquier naturaleza supone o exige como requisito *sine qua non* el «pago oportuno y en *dinero efectivo* de justa indemnización» (artículo 7).

5. A partir de la fecha de publicación de la Ley en la Gaceta Oficial, el Estado, por intermedio de Petróleos de Venezuela, S.A. o de la filial que aquélla designe, queda autorizado para *tomar posesión de los bienes y asumir el control de las operaciones* de las empresas expropiadas (artículo 4º)⁴.

6. Los contratos de servicio que mediaban entre el Estado venezolano y sus contrapartes, quedan extinguidos -de pleno derecho- al momento de identificar con “nombre y apellido” a las empresas objeto de la medida expropiatoria mediante resolución administrativa (artículo 3º)⁵.

7. Finalmente, todas las autorizaciones, permisos y registros de las compañías expropiadas pertenecen ahora («...*pasarán de pleno derecho a...*», es lo dice la Ley) a Petróleos de Venezuela, S.A. o la filial que esta designe (artículo 8º).

III. Reflexiones en torno a una ley confiscatoria

Como es bien sabido, el ordenamiento jurídico está integrado por *una estructura escalonada de manifestaciones jurídicas* condicionantes y condicionadas -i.e., una estructura escalonada de actos constitucionales, legislativos, administrativos y judiciales, entre otros-, para cuya “regular” emanación debe

⁴ Mediante Resolución administrativa (*Gaceta Oficial* N° 39.182, del 20 de mayo de 2009), se creó un Comité Estratégico de Ejecución, con el objeto de «...garantizar la continuidad de las operaciones y traspaso de los bienes y servicios...» expropiados. A dicho Comité, integrado única y exclusivamente por dependientes de PDVSA, le incumbe *determinar* «... la *forma de operación de los servicios* y la modalidad de transferencia de los bienes...» expropiados.

⁵ Las empresas han sido identificadas a través de las Resoluciones administrativas del Ministro de Energía números 51 (*Gaceta Oficial* N° 39.174, del 8 de mayo de 2009), 54 (*Gaceta Oficial* N° 39.177 del 13 de mayo de 2009), 65 (*Gaceta Oficial* N° 39.181, del 19 de mayo de 2009), y 67 (*Gaceta Oficial* N° 39.183, del 21 de mayo de 2009).

seguirse u observarse una también *serie o secuencia escalonada de vías procesales*, constitucionales, legislativas, administrativas y judiciales, que en cada caso relacionan una norma jurídica superior con la correspondiente norma jurídica inferior y, en última instancia, una norma jurídica con un acto de ejecución del Derecho, que no admite ya una aplicación posterior⁶. Los procedimientos integran un sistema, propio del Estado de Derecho, que cabría denominar *sistema ordenado de procedimientos sucesivos*, porque en él todo tipo de actividad desarrollada por el Poder Público se desenvuelve de acuerdo a trámites o *secuencias de actos pre-ordenados y complementarios*, que permiten integrar -esto es, completar- la actividad estatal de creación y aplicación del Derecho. Esa serie o secuencia escalonada es evidente, *exempli gratia*, en la expropiación forzosa, institución de Derecho Público prevista por el artículo 115 de la Constitución. En la expropiación por causa de utilidad pública o social interviene en un primer momento el Poder Legislativo para establecer, a través del trámite propio para la formación de las leyes, cuáles son los extremos administrativos y judiciales que han de ser satisfechos para adquirir la propiedad sobre bienes -de cualquier clase- mediante el mecanismo expropiatorio. Luego el Poder Ejecutivo, obrando con base en la Ley previa sancionada por la Asamblea, sigue un trámite administrativo, que tiene por objeto identificar los bienes que han de ser adquiridos coactivamente para la obra, calificada de utilidad pública o social, cuya ejecución, según el Ejecutivo, resulta necesaria para atender el interés de la colectividad. Finalmente, interviene el Poder

⁶ KELSEN, HANS, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, Etas Libri, Milano, 1984, pp. 125 y 126, y CARRÉ DE MALBERG, RAYMOND, *La teoria gradualistica del diritto. Confronto con le idee e le istituzioni del diritto francese*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 7.

Judicial para *autorizar la ocupación* temporal o previa de los bienes identificados en el Decreto de Expropiación, *declarar la licitud* de la medida administrativa que sirvió para identificar los bienes objeto de expropiación y la obra de utilidad pública, así como *determinar el quantum de la indemnización* -justa por definición- adeudada al expropiado. Por la trascendencia de la medida estatal, ablativa por su naturaleza, en ella intervienen órganos de los tres Poderes clásicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial). Y aunque esa secuencia ordenada de procedimientos sucesivos, productores de una ley, un decreto administrativo y una sentencia, es la regla general, la novísima Ley subvierte abiertamente la secuencia ordenada de trámites (legislativo, administrativo y judicial) mencionada *supra*. En efecto:

1. Sin que mediara la intervención de juez alguno, con la Ley, primero que nada, se tomó el inmediato “control” de las operaciones de esas empresas de servicio, vaciándose así el contenido del derecho de propiedad de los sujetos expropiados, del cual hoy por hoy sólo resta, por así decirlo, el cascarón. La República quedó autorizada para tomar posesión inmediata de los bienes y asumir el control de las operaciones sin que mediara procedimiento judicial alguno y sin que se produjera el pago (necesariamente previo) de la contraprestación exigida por la Constitución. En el caso de la especie la (futura) expropiación *de iure* o de Derecho se halla, pues, precedida de una velada o encubierta (e inmediata) expropiación de hecho o *de facto*, porque aunque aún no se ha transmitido el título sobre las acciones o los bienes de las compañías expropiadas, en la práctica los sujetos expropiados nada útil pueden hacer con lo que formalmente les pertenece, con lo que sólo en las formas continúa siendo suyo. Insistimos en la idea: Las empresas, de propiedad

particular en el papel, han sido privadas de todo poder para manejar sus negocios a su leal saber y entender. Se han convertido, por así decirlo, en meros apéndices de un Estado que, de un plumazo, transformó las deudas de corto plazo, en parte líquidas y exigibles, que no podía honrar por las dificultades financieras que en la actualidad atraviesa, aludimos a las derivadas de los contratos de servicio, en *obligaciones de cumplimiento indeterminado* por lo que a la fecha de su pago se refiere, toda vez que los derechos de crédito ahora han de hacerse valer al momento de la fijación, en fecha incierta, del *quantum* justiprecio. Las empresas destinatarias de los efectos de la Ley, insistimos en la idea, fueron desposeídas de sus bienes sin la previa intervención del juez venezolano.

2. Segundo, con la Ley se declaró que los contratos que mediaban entre el Estado venezolano y sus contrapartes quedarían extinguidos -de pleno derecho- al momento de identificarse, mediante resolución administrativa, las empresas objeto de la medida expropiatoria. Por increíble que pueda parecer, esa medida ablativa, producto de la Ley y sus resoluciones, no vino acompañada de indemnización alguna, y para constatarlo basta tener presente que la Ley, amén de negarle a los expropiados el derecho a reclamar el “lucro cesante”, ordena determinar el justiprecio sobre la base del “valor en libros” de los bienes expropiados, única y exclusivamente. Pero hay más: La determinación de la justa indemnización con base en el valor en libros “congela” las obligaciones dinerarias derivadas de los contratos de servicio y, por ende, niega el derecho a la indexación de los derechos de crédito que las empresas tenían frente al Estado por los servicios ya prestados, no obstante la (conocida) mora estatal en el cumplimiento de las obligaciones

contractuales. Sin justificación valedera, en esta expropiación se derogan las normas generales, contenidas en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, que le imponen a las Comisiones (judiciales) de Avalúos el deber de tomar en consideración la «...probable producción...» de los bienes expropiados, «...los daños causados por el cese de actividades...» de la empresa, y la «...pérdida de una utilidad debidamente comprobada...»⁷.

Los contratos -y los derechos de crédito que ellos contemplaban- desaparecieron del patrimonio de los expropiados sin compensación alguna, a pesar de que no ha mediado proceso, que el juez no ha declarado la licitud de la medida, y que el expropiado no ha recibido la indemnización -necesariamente previa- adeudada por causa de la expropiación.

3. Por la ocupación de las empresas, la extinción de los contratos de servicio, y también por la indebida apropiación *manu militare* de las autorizaciones, permisos y registros de las empresas expropiadas, medidas estas dispuestas directamente por la Ley, luce pertinente invocar aquí el fallo pronunciado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el célebre caso *Rumasa*, conforme al cual la *garantía* prevista por el artículo 6.1 del Convenio de Derechos Humanos, que le asegura al particular igualdad de armas y el derecho a un proceso contradictorio, debe ser observada o respetada *incluso en sede legislativa*, cuando el trámite para la aprobación de las leyes tenga por objeto una ley de contenido “singular” o “individual”, porque afecta a un grupo determinado de sujetos⁸. En el caso bajo

⁷ Artículos 36, 39 y 41, respectivamente (*Gaceta Oficial* N° 37.475, del 1 de julio de 2002).

⁸ GALLARDO CASTILLO, MARÍA JESÚS, “RUMASA ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Administrativo número 84*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994, 613 y ss.

análisis, la violación de dicha garantía se traduce, además, en la infracción del derecho a un trato justo y equitativo (“*fair and equitable treatment*”), consagrado, entre otros, por el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones⁹.

Así las cosas, tales previsiones, más que expropiatorias, lucen como *verdaderas penas*, como *sanciones veladas* o *encubiertas*, porque resulta difícil reconciliar las medidas con el pacífico criterio jurisprudencial en virtud del cual la expropiación forzosa de un bien no debe *ni enriquecer ni empobrecer* al propietario destinatario de la medida.

La Ley, una nota complementaria, no puede ser tampoco reconciliada con la letra y espíritu, entre otros, del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y la Protección de Inversiones, según el cual, de mediar expropiación, la «...compensación se basará en el *valor genuino de la inversión* o de *las ganancias expropiadas* inmediatamente *antes de la expropiación* o al momento en que la expropiación propuesta se haga del conocimiento público...»¹⁰.

Copiado a la letra el artículo 6.1 del Convenio dispone que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia».

⁹ Artículo 3.1 (*Gaceta Oficial* N° 37.896, del 11 de marzo de 2004).

¹⁰ Artículo VII, numeral 1° (*Gaceta Oficial* N° 5.207 Extraordinaria, del 20 de enero de 1998).

IV. La irracionalidad en el ejercicio del Poder

La Ley fue dictada de manera *atropellada*. En efecto, la Ley fue discutida y aprobada en poquísimos días, y para constatarlo basta considerar que el Proyecto de Ley, revisado en primera discusión el día martes 5 de mayo de 2009, fue sancionado, promulgado y publicado, tan solo dos (2) días después, el jueves 7 del mismo mes y año. En otras palabras, entre el 5 y el 7 de mayo de 2009 la Asamblea Nacional, en primera discusión, habría i. considerado la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley y, además, evaluado sus objetivos, alcance y viabilidad, a fin de determinar la pertinencia de la ley, y la Comisión o Comisiones Legislativas relacionadas con la materia habrían estudiado en detalle el Proyecto de Ley y elaborado un Informe sobre el mismo (artículo 208 de la Constitución); la Asamblea, por añadidura, habría consultado el parecer u opinión de otros órganos del Estado, de los ciudadanos y de la sociedad organizada (artículo 211 *eiusdem*); y, finalmente, en segunda discusión, habría revisado y aprobado, artículo por artículo, el texto sometido a su consideración (artículo 209 *eiusdem*). Dentro de ese brevísimo lapso, además, el Ejecutivo habría revisado la Ley sancionada y, por no merecerle reparo alguno, habría ordenado su ejecútese y ulterior impresión en Gaceta Oficial (artículo 214 y 215 *eiusdem*). Ese *precipitado* modo de obrar acredita, y los datos son todos ellos objetivos, que en el caso de la especie el Poder fue ejercido de manera *arbitraria*, esto es, *irrazonable*, porque la medida legislativa no estuvo precedida por un *proceso reflexivo* mínimo. En el caso de la especie, no hay duda, el Estado, por órgano de la Asamblea Nacional y del Presidente de la República, obró atropelladamente.

Mención aparte merece la Disposición Transitoria la Ley. En ésta nuestro Legislador le ordena al Ministerio de Energía coordinar, tanto con la Administración Tributaria Nacional (SENIAT) como con el Ministerio del Trabajo, todas las medidas necesarias para identificar las “desviaciones” de las leyes impositivas, los contratos colectivos de trabajo y, en general, cualesquiera otros contratos, en que hubieren podido incurrir las compañías de servicio expropiadas. ¿Qué sentido tiene la “orden” si esas son funciones propias de esas Administraciones? A nuestro entender la Disposición no es más que una *burda medida intimidatoria*, una *grosera amenaza*, proferida por el Poder para cohibir o reprimir a quienes, libres de ese *injusto* apremio o presión, en otras circunstancias hubieran ponderado seriamente la posibilidad de demandar la nulidad de la Ley, por *inconstitucional*. La amenaza o intimidación, suscrita por la Asamblea Nacional y refrendada por el Presidente de la República, revela que en estos últimos años el país civilizado al cual todos aspirábamos se ha ido tornado en una realidad cada vez más lejana, más distante.