

I

EL MARCO JURÍDICO DE LOS HIDROCARBUROS Y LA INVERSIÓN PRIVADA

La relación entre los hidrocarburos -y más en concreto, el petróleo- el Estado y la sociedad, es una pieza fundamental de la evolución, consolidación y colapso del Estado venezolano contemporáneo. Este proceso se llevó a cabo en poco más de un siglo¹.

Así, a inicios del siglo XX el Estado venezolano era notablemente frágil, como resultado de las crisis no resueltas de las guerras de independencia. Durante los regímenes de Castro y, especialmente, Juan Vicente Gómez, se dieron las condiciones necesarias para la consolidación del

¹ Los hidrocarburos son compuestos que resultan de la combinación del carbono con el hidrógeno. Ellos comprenden a los hidrocarburos líquidos, o petróleo, y a los hidrocarburos gaseosos. Estos últimos, a su vez, comprenden al gas asociado y no-asociado, según los yacimientos estén o no en yacimientos petrolíferos. El hidrocarburo líquido se clasifica comúnmente según los grados de la *American Petroleum Institute* o API, lo que permite clasificar al petróleo en ligero, mediano, pesado o extra-pesado, de acuerdo con la escala de los grados API, de mayor a menor. Una particularidad del petróleo o crudo venezolano es la abundancia de petróleo extra-pesado en la Faja Petrolífera del Orinoco. En este libro, el interés se centra en el estudio de la industria petrolera, pero se efectúan algunas consideraciones sobre los hidrocarburos gaseosos.

Estado central en Venezuela a través de la cohesión social alcanzada a través del ejército, la hacienda pública, las vías de comunicación y la administración pública. El petróleo, en nuestra opinión, tuvo un limitado alcance en este proceso: para cuando el ingreso fiscal venezolano comienza a ser relevante dentro de la hacienda pública nacional, la centralización del Estado venezolano ya se había consolidado².

En realidad, la consolidación del Estado centralizado facilitó la progresiva ordenación y limitación del petróleo por la Administración Pública Nacional. Es necesario recordar que en Venezuela surgió primero la industria petrolera -1914- y luego el Derecho Petrolero -con la primera Ley en materia petrolera, de 1920-. La progresiva modernización del Estado venezolano, y el crecimiento de la industria petrolera, se tradujeron en mayores demandas por instituciones, lo que incentivó la construcción de capacidades en la Administración Pública Nacional para intervenir en el sector petrolero a través de la recién creada burocracia nacional.

El Derecho de los hidrocarburos surge en Venezuela bajo lo que hemos denominado la *etapa propietarista*: la intervención de la Administración Pública Nacional se basó en la propiedad del Estado sobre los yacimientos, partiendo de la aplicación de la legislación minera y de la figura de la concesión. La modernización de ese incipiente Estado elevó las demandas sociales por un mayor rol del Estado, todo lo cual marcó la transición hacia lo que hemos denominado la *etapa estatista*: la intervención de la

² Véase lo que exponemos en: Hernández G., José Ignacio, "La formación de la administración pública venezolana bajo el régimen de Juan Vicente Gómez", en *Revista de Derecho Público* N° 159-160, Caracas, 2019, pp. 79 y ss.

Administración Pública Nacional se basó en la soberanía de la defensa nacional a través de la conducción del sector petrolero por el Estado³.

Debemos aclarar que en la etapa propietarista, el rol del Estado se orientó a actuar como parte contratante de la concesión, junto con las incipientes potestades de regulación que fueron creadas sobre el sector, especialmente, con técnicas de inspección, al socaire de la primera legislación de hidrocarburos. No obstante, en tanto la gestión descansaba en la concesión, no fue necesario avanzar mucho en la construcción de capacidades burocráticas para la regulación del sector. En todo caso, y respondiendo a demandas sociales y políticas, el Estado fue aumentando cada vez más su participación patrimonial en el ingreso petrolero, todo lo cual marcó la transición hacia la etapa estatista.

Cuando la Venezuela moderna comienza su andadura democrática -en 1958- ya los fundamentos de la etapa estatista estaban muy arraigados, en especial, en lo que respecta a la captura del ingreso petrolero por el Poder Nacional. Esto hizo que la construcción de instituciones democráticas se hiciese en el marco instituciones económicas contrarias aquéllas. Así, mientras las instituciones democráticas están diseñadas para un Estado que depende del poder tributario ejercido en el marco de la separación y equilibrio de Poderes, el Estado venezolano era cada vez más independiente económicamente del tributo captado

³ Hernández G., José Ignacio, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016, pp. 5 y ss.

sobre la riqueza generada por la sociedad civil⁴, pues el ingreso fiscal dependía del ingreso petrolero, que es una renta⁵.

Inevitablemente, la renta petrolera terminó permeando en el Estado, promoviendo de esa manera la centralización, el presidencialismo, el Estado de partidos, y el fomento de políticas clientelares. Fue en este contexto cuando, casi de manera inevitable, se adoptó la política de nacionalización petrolera con la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (LOREICH)⁶. Con ello se consolidaron los arreglos jurídicos que conformaron a Venezuela como un Petro-Estado.

El tránsito de la etapa propietarista a la etapa estatista impidió avanzar en la construcción de capacidades burocráticas para la ordenación y limitación del sector. Así, el Estado optó por intervenir en el sector no como Estado regulador sino como Estado empresario, para la cual se confió a PDVSA, como holding público, el control de las operaciones a cargo de sus filiales, creadas como empresas espejo de las concesionarias cuyos activos revirtieron al Estado en el marco de la nacionalización. De esa manera, el Poder Ejecutivo Nacional, por medio de PDVSA, capturó la práctica totalidad del ingreso petrolero.

4 Baptista, Asdrúbal, *El relevo del capitalismo rentístico. Hacia un nuevo balance de poder*, Fundación Polar, Caracas, 2004, p. 47.

5 Por todos, *vid.* Karl, Terry Lynn, *The Paradox of Plenty: Oil Booms and Petro-States*, University of California Press, 1997, pp. 44 y ss. Véase lo que explicamos en el aparte D de la sección tercera de este capítulo.

6 Duque Corredor, Román, *El Derecho de la nacionalización petrolera*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978, pp. 71 y ss.

El “Estado mágico”⁷ surgido al socaire de esos arreglos institucionales, también inevitablemente entró en crisis hacia fines de la década de los ochenta. Comenzó entonces un -inacabado- proceso de reforma del Estado que no logró ser completado, todo lo cual llevó a la “crisis terminal” del sistema político venezolano, y a la vorágine constituyente de 1999, impulsada por la retórica populista de Hugo Chávez Frías⁸. Esa retórica fue usada para justificar el avance autoritario que, de manera gradual, socavó las bases del Estado de Derecho y también, las propias bases institucionales del Petro-Estado venezolano⁹.

Hacia fines de la primera década del presente siglo, los signos del autoritarismo-populista de Hugo Chávez Frías eran evidentes: al destruirse la capacidad de PDVSA se destruyó la esencia del Petro-Estado. Esto arrastró al colapso estatal, desandándose así el camino en el que se había avanzado en el trajinar el siglo XX. Cien años después de la Ley de 1920, Venezuela presentaba algunas facetas similares a las que tenía para ese entonces, en cuanto a su frágil capacidad estatal, incluso, para el ejercicio del monopolio legítimo de la violencia.

Este libro se centra, precisamente, en la etapa del colapso del Petro-Estado, como resultado de las políticas

⁷ Coronil Ímber, Fernando, *El Estado mágico*, Editorial Alfa, Caracas, 2016, pp. 301 y ss.

⁸ Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VIII. Golpe de estado constituyente Estado constitucional y democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 38 y ss.

⁹ Para una explicación y justificación de estas políticas, *vid.* Rondón de Sansó, Hildegard, *El régimen jurídico de los hidrocarburos*, Caracas, 2008, pp. 352 y ss. Para una crónica, *vid.* Salmerón, Víctor, *Petróleo y desmadre*, Editorial Alfa, 2013, pp. 135 y ss.

autoritario-populistas que no solo socavaron las bases del Estado de Derecho, sino que, además, destruyeron la capacidad de PDVSA y con ello, la industria petrolera. Por ello, en este capítulo analizaremos el Derecho de los hidrocarburos que surgió a partir de 1999, esto es, en el inicio del colapso del Petro-Estado.

1. *Breve aproximación a la evolución de la regulación de los hidrocarburos en Venezuela*

Aun cuando desde el siglo XIX existen antecedentes de la explotación de yacimientos de asfalto en Venezuela, la historiografía señala el inicio de la industria petrolera venezolana en 1914. Para ese año, las empresas petroleras internacionales –primero la empresa angloholandesa Shell, y luego la Standard Oil of New Jersey- comenzaron a interesarse por las reservas de petróleo en Venezuela¹⁰.

El marco regulatorio aplicable, así como el entorno político, eran favorables para la inversión extranjera. En

¹⁰ Como resume Tomás Straka, “lo que comienza a ocurrir en la costa oriental del Lago de Maracaibo con el reventón del Zumaque en cien años cambiaría a todo el país”. Vid.: “Introducción”, en Straka, Tomás (ed.), *La Nación Petrolera: Venezuela, 1914-2014*, Academia Nacional de la Historia-Universidad Metropolitana, Caracas, 2014, p. 8. Sobre ello pueden verse las obras colectivas *Venezuela 1914-2014: cien años de industria petrolera*, UCAB-Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2014 y Tablante, Carlos, (ed), *Petróleo ¿bendición o maldición? 100 años del Zumaque 1, La Hoja del Norte*, Caracas, 2014. Una interesante narración de los orígenes de la industria de los hidrocarburos en Venezuela puede encontrarse en Arnold, Ralph et al, *Venezuela petrolera. Primeros pasos. 1911-1916*, Andrés Duarte Vivas Editor, Caracas, 2008. Es igualmente fundamental el trabajo de Miriam Kornblith, “La participación del Estado en los orígenes de la industria petrolera en Venezuela (1869-1910)”, CENDES, 1978, pp. 6 y ss.

cuanto a lo primero, las iniciales actividades de exploración y explotación de hidrocarburos se regían por la legislación minera, la cual partió del principio según el cual los yacimientos son propiedad del Estado, razón por la cual las actividades de exploración y explotación quedaban sujetas a la concesión. La concesión era considerada como un contrato regido por el Derecho Privado que otorgaba “derechos de propiedad” sobre los yacimientos con pocas restricciones estatales. Por lo anterior, el marco regulatorio era claramente liberal: salvo la asignación de las concesiones, y algunos controles administrativos menores, el Estado no tenía injerencia en el sector¹¹.

En cuanto al modelo político, Venezuela transcurría por el régimen dictatorial de Juan Vicente Gómez, quien procuró crear condiciones institucionales adecuadas para el desarrollo de actividades económicas desde el sector privado¹².

Ahora bien, el avance de la industria petrolera forzó a un cambio en cuanto al rol del Estado. Para la década de

¹¹ El Decreto de Simón Bolívar de 24 de octubre de 1829 asumió las *Ordenanzas de Minería para la Nueva España* de 27 de abril de 1784. A partir de esa decisión, rige en Venezuela el llamado sistema regaliano, conforme al cual, el Estado es dueño del subsuelo. Por ello, los yacimientos, al ser propiedad del Estado, podían ser explotados por la iniciativa privada mediante concesión. Llamamos a esta primera etapa “propietarista”, pues la relación entre el Estado y el sector de hidrocarburos se basó en la propiedad pública de los yacimientos. Se trató de una “nuda propiedad”, en el sentido que el Estado no ejerció los derechos de uso y goce de su propiedad sobre el subsuelo, limitándose a asignar derechos de uso a la inversión privada.

¹² McBeth, B.S., *Juan Vicente Gómez and the oil companies in Venezuela, 1908-1935*, Cambridge University Press, 1983, pp. 5 y ss.

los veinte del pasado siglo, las políticas para la creación del Estado nacional ya habían dado sus primeros frutos, en especial, con el desarrollo de capacidades burocráticas en la Administración Pública Nacional y la creación de la hacienda pública. Esta novel Administración Pública Nacional tenía, así, incipientes capacidades para ir más allá de los controles contractuales derivados de la concesión, en especial, desplegando técnicas de supervisión sobre el sector petrolero. Este cambio se reflejó en la primera Ley sobre el sector de hidrocarburos, dictada en 1920 y reformada hasta la Ley de 1922. A pesar de que el control público sobre las actividades de exploración y explotación se incrementó, el Estado se abstuvo de intervenir directamente en esas actividades, confiando su gestión a la iniciativa privada¹³.

El crecimiento de la industria supuso, para el Estado, nuevas fuentes de ingresos, principalmente, a título de regalía por los derechos de uso sobre los yacimientos e impuestos. Para la década de los veinte del pasado siglo los ingresos petroleros pasaron a ocupar el primer lugar dentro de los ingresos del presupuesto público. El Estado venezolano, cuyas finanzas públicas se habían desarrollado moderadamente, experimentó un súbito incremento de sus ingresos¹⁴.

La imagen de la riqueza petrolera fue el llamado *Reventón* del 14 de diciembre de 1922. El flujo descontrolado de petróleo en el pozo Barroso II operado por una filial de

¹³ Hernández G., José Ignacio, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*, cit.

¹⁴ Kornblith, Miriam y Quintana, Luken, "Gestión fiscal y centralización del poder político en los gobiernos de Cipriano Castro y de Juan Vicente Gómez", en *Revista Politeia número 10*, Caracas, 1976, pp. 143 y ss.

Shell, demostró el potencial petrolero de Venezuela¹⁵. Quizás allí pueda ubicarse el fin de la Venezuela pre-petrolera y el inicio de la Venezuela petrolera, en la cual la principal riqueza no yace en las capacidades individuales, sino que subyace en el subsuelo, bajo el control del Estado, y más en concreto, del Poder Ejecutivo Nacional.

Todo lo anterior llevó a una importante transformación en el Estado¹⁶. A fines de la década de los treinta, ante el incremento de sus ingresos, el Estado decidió asumir la realización de ciertas actividades económicas a través de empresas públicas creadas para apoyar a los trabajadores y al sector agrícola. Con ello, se inició en Venezuela la era del Estado empresario, esto es, la técnica de intervención del Estado en la economía mediante la creación de empresas de su exclusiva propiedad¹⁷. Luego, en 1939, el Estado decidió ampliar su rol de regulador en la economía, principalmente, por medio de controles de precio y controles en la tasa de cambio. Surgió entonces, en la economía, el Estado regulador¹⁸. Todos estos cambios, impulsados por el auge de los ingresos públicos derivados del petróleo,

¹⁵ Véase la crónica de Luis Pacheco, "El 14 de diciembre 1922, el Reventón", *La Gran Aldea*, 9 de diciembre de 2022, tomado de: <https://lagranaldea.com/2022/12/09/el-14-de-diciembre-1922-el-reventon/>

¹⁶ En general, *vid.* González Miranda, Rufino, *Estudios acerca del régimen legal del petróleo en Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1958, pp. 127 y ss.

¹⁷ Caballero Ortiz, Jesús, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 53 y ss.

¹⁸ Brewer-Carías, Allan, *Evolución del régimen legal de la economía 1939-1979*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 36 y ss.

estuvieron acompañados de un debate crítico orientado a promover una mayor participación del Estado sobre el sector petrolero¹⁹.

Fue de esa manera en que la etapa propietarista comenzó a declinar en la transición hacia la etapa estatista. El Poder Nacional comenzó a asumir nuevas y crecientes cometidos por medio del Estado empresario y el Estado regulador. Este cambio se trasladó al sector de hidrocarburos, ante la necesidad de ampliar la participación del Estado sobre el sector, no solo en cuanto a sus ingresos sino en especial, en cuanto a su control y explotación. El mejor reflejo de este progresivo cambio lo encontramos en la Ley de Hidrocarburos de 1943, que aun cuando mantuvo el modelo liberal de las concesiones, reconoció mayores responsabilidades al Estado²⁰.

¹⁹ El cambio del rol del Estado en el sector ha sido notablemente influenciado por el pensamiento de Rómulo Betancourt, quien estuvo al frente del Gobierno entre 1945 y 1948, y luego, entre 1959 y 1964. La propuesta de Betancourt consistía, en apretada síntesis, en aumentar el rol del Estado sobre el sector, especialmente mediante el incremento de su participación en los ingresos petroleros, a los fines de apalancar con ello el desarrollo del país. Betancourt fue particularmente crítico con la política de concesiones. Por ello, cuando llegó al poder en 1945, implementó una política de “no más concesiones”, que luego retomaría a partir de 1959. *Vid.* Betancourt, Rómulo, *Venezuela, política y petróleo*, Monte Ávila Editores Latinoamericana, Caracas, 1999, pp. 17 y ss.

²⁰ Urbaneja, Diego Bautista, *La renta y el reclamo*, Editorial Alfa, Caracas, 2013, pp. 47 y ss. Hemos calificado antes a la Ley de 1943 como una Ley de transición, entre el modelo centrado en la iniciativa privada a través de la concesión y el modelo centrado en el rol del Estado. *Cfr.*: Hernández G., José Ignacio, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los hidrocarburos*, *cit.*

LA PRIVATIZACIÓN DE FACTO DE PDVSA Y LA DESTRUCCIÓN DEL
PETRO-ESTADO VENEZOLANO

La evolución del sector en las décadas siguientes, especialmente, luego del impulso a la política de otorgamiento de concesiones dado por el régimen dictatorial implantado en 1948, llevó a un cambio importante con el retorno de la democracia, en 1958, luego plasmado en la Constitución de 1961. Venezuela no solo se organizó como un Estado Democrático de Derecho, sino, además, como un Estado Social, asumiendo nuevos cometidos en el orden socioeconómico, financiados con los crecientes ingresos fiscales derivados del sector petrolero. Junto a lo anterior, el Estado decidió suspender el otorgamiento de nuevas concesiones, incrementando los controles sobre el sector e incluso, reconocimiento la figura del Estado empresario para la gestión directa de actividades extractivas²¹.

Repasando las políticas públicas petroleras adoptadas hasta la década de los setenta, puede apreciarse que el Estado tenía dos posibles alternativas para transformar su rol en el sector. Una alternativa era avanzar en la construcción de capacidades burocráticas de ordenación y limitación sobre el sector, a partir del camino iniciado con la Ley de 1920. Esto hubiese dado fin a la etapa propietarista para dar lugar a la etapa de la regulación, en la cual el Estado actúa no solo como propietario de los yacimientos, sino como regulador del sector. La otra alternativa era ejercer a plenitud la propiedad sobre los yacimientos, extendiéndola a la propiedad de los factores de producción en el sector por medio del Estado empresario. Al final, fue la segunda opción la que se tomó, lo que dio lugar a la etapa estatista que pivotó en el rol del Estado empresario.

²¹ En general, *vid.* Lieuwen, Edwin, *Petroleum in Venezuela. A history*, University of California Press, Berkley, and Los Angeles, 1954, pp. 103 y ss.

Este cambio fue evidente al inicio de la década de los setenta, cuando comenzaron a implementarse las primeras políticas de nacionalización, incluso, sobre el gas, siguiendo así el postulado que diversos países en vías de desarrollo habían resumido en el nuevo orden económico internacional, basado en la defensa de la soberanía nacional sobre los recursos naturales. La reforma decisiva se dio en 1971 cuando se implementó la política de reversión, según la cual, a la terminación de las concesiones *por cualquier causa*, todos los activos anejos a las actividades de exploración y producción pasarían a la propiedad del Estado para su gestión a través de empresas públicas. Como las concesiones se otorgaban por un tiempo limitado, esta política marcó el fin de la etapa propietarista. Tan solo era cuestión de esperar hasta que las concesiones terminaran²².

La política de reversión fue ejecutada con la llamada nacionalización petrolera, ordenada en 1975 con la LOREICH. Desde el estricto punto de vista jurídico no se trató de una nacionalización, en el sentido que el Estado no expropió factores de producción para su gestión directa. Esta Ley, en realidad, declaró terminadas las concesiones a partir del 1 de enero de 1976, y *como consecuencia de ello*, aplicó la figura de la reversión de los activos

²² En 1971 se reservó al Estado, mediante Ley, la industria del gas. Luego, en 1973, se dictó la Ley que reservó al Estado la explotación del mercado interno de los productos derivados de hidrocarburos. Fue en este contexto que se promulgó, en 1971, la *Ley sobre Bienes Afectos a Reversión en las Concesiones de Hidrocarburos*. Cfr.: González Berti, Luis, *La nacionalización de la industria petrolera*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 25 y ss. La Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia de 3 de diciembre de 1974, avaló la constitucionalidad de la Ley, considerando que la reversión es un principio inherente a la concesión.

anejos a las concesiones, que pasaron a ser gestionados por empresas públicas operadoras²³.

Así, para explotar esos activos empresariales el Estado creó empresas públicas operadoras que asumieron las actividades gestionadas por los antiguos concesionarios. Para el control de esas empresas públicas operadoras se creó a una empresa holding del Estado: PDVSA. La intención fue asegurar el carácter técnico de esas empresas, las cuales operaron bajo un régimen fiscal similar al aplicado a las concesionarias extranjeras, preservándose incluso su cultura gerencial. Este cambio estuvo en armonía con la transformación derivada de la creación de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) en 1960. Al asumir los Estados exportadores el control sobre el precio internacional del petróleo, anticiparon la necesidad de ampliar el control estatal sobre la industria doméstica²⁴.

La nacionalización petrolera coincidió con un cambio político y con un cambio económico. Así, el Gobierno no solo decidió nacionalizar la industria y comercio de los hidrocarburos. Además, decidió fortalecer un modelo de desarrollo centrado en el Estado, al cual llamó "La Gran Venezuela".

²³ El instrumento técnico de esa nacionalización fue la extinción de las concesiones a partir del 1° de enero de 1976, a través de la *Ley Orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos*, de 1975. Vid.: González Berti, Luis, *La nacionalización de la industria petrolera*, cit., pp. 25 y ss. Con esa Ley se puso fin a la etapa propietarista, iniciándose la etapa estatista, o sea, la etapa en la cual el sector de hidrocarburos operó bajo el control absoluto del Estado.

²⁴ Tugwell, Franklin, *The politics of Oil in Venezuela*, Stanford University Press, 1975, pp. 50 y ss.

La premisa básica era que el crecimiento económico de Venezuela debía apoyarse principalmente en el Estado empresario y en el Estado regulador²⁵.

A su vez, el cambio económico fue impulsado por el incremento de los precios del petróleo y, por ende, de los ingresos petroleros, que ahora el Estado captaba casi enteramente. El incremento de esos ingresos influyó el incremento del rol del Estado venezolano en la economía. Venezuela quedaba así configurada como un Petro-Estado²⁶.

El instrumento de ejecución de este nuevo rol del Estado fue PDVSA y sus empresas filiales. Debido a la peculiar instrumentación de la política de reversión, el Estado asumió como empresas en marcha los activos y personal de las antiguas concesionarias, lográndose así la continuidad operativa entre las empresas concesionarias y las filiales de PDVSA, facilitada en parte por contratos de asistencia suscritos con las empresas matrices de aquéllas. Esto quiere decir que el Estado venezolano no construyó las capacidades para operar el sector, pues esas capacidades habían sido ya creadas por la inversión privada. Por lo anterior, la finalidad última era preservar esa continuidad operativa, lo que llevó a diseñar a PDVSA y sus empresas filiales como empresas públicas dotadas de autonomía funcional en relación con el Poder Ejecutivo Nacional.

²⁵ Hernández Delfino, Carlos, "Carlos Andrés Pérez (Primer gobierno)", en *Tierra nuestra: 1498-2009*, Fundación Venezuela Positiva, Caracas, 2009, pp. 335 y ss.

²⁶ En general, *vid.* Urbaneja, Diego Bautista, *La renta y el reclamo*, cit., pp. 274 y ss. Véase, en la sección tercera de este capítulo, el apartado D.

De allí la naturaleza jurídica única de PDVSA y sus empresas filiales: pese a ser formalmente sociedades mercantiles, ellas fueron creadas para cumplir con políticas públicas del Gobierno. Esto, sin embargo, generó una tensión entre la Administración Pública Central petrolera - representada por el ministerio del área de hidrocarburos y PDVSA, pues en realidad, el control operativo correspondió a ésta, en tanto el rol del ministerio quedó concentrado en la representación del accionista de la estatal petrolera. Ello impidió construir capacidades estatales de regulación sobre los hidrocarburos a través de una estructura burocrática, pues el control sobre el sector fue accionarial²⁷.

La nacionalización petrolera influenció, además, a las finanzas públicas, pues el Estado -a través de PDVSA- captó todos ingresos petroleros, básicamente, mediante tres títulos: la regalía, los tributos y los dividendos. La regalía es el derecho que pagan las empresas operadoras a la República por los derechos de uso de los yacimientos. Los tributos son creados por la República en ejercicio de su poder tributario, muy especialmente, a través del impuesto sobre la renta. Por último, los dividendos son pagados por PDVSA a su único accionista, la República,

²⁷ Boscán de Ruesta, Isabel, "Consideraciones sobre la naturaleza legal de Petróleos de Venezuela, S.A.", en *Revista de Derecho Público* N° 9, Caracas, 1982, pp. 60 y ss., y Brewer-Carías, Allan, "Aspectos organizativos de la industria petrolera nacional en Venezuela", en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela, Tomo I*, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 407 y ss. Del autor, véase recientemente *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021, pp. 43 y ss.

sobre utilidades líquidas y recaudadas²⁸. Inevitablemente, el incremento de los ingresos públicos derivados de los ingresos petroleros fortaleció al Gobierno Nacional, y, por ende, al sistema presidencialista de Gobierno²⁹.

Para la década de los ochenta, la economía comenzó a evidenciar los signos del agotamiento de ese modelo económico estatista, el cual había degenerado, además, en la centralización del Estado y el crecimiento de la Administración Pública, en el marco de mayores controles que desembocaron en corrupción. Entre 1989 y 1993 se intentó un ambicioso proceso de reforma económica y política del Estado, procurando reducir el rol del Estado en la economía ampliando los cauces de la inversión privada, y fortaleciendo además la descentralización política. Sin embargo, la crisis económica y social se proyectó también sobre la crisis política, interrumpiéndose el programa de reformas, que logró avanzar, en todo caso, en la configuración de la descentralización política, que favoreció a un cierto reequilibrio en la separación de poderes³⁰.

A mediados de la década de los noventa, el nuevo Gobierno implementó -no sin tensiones políticas- un progra-

²⁸ Baptista, Asdrúbal, *Itinerario por la economía política*, Ediciones IESA, Caracas, 2012, pp. 303 y ss. En cuanto a la calificación jurídica del ingreso petróleo, *vid.* Carmona, Juan Cristóbal, *Actividad petrolera y finanzas públicas en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016, pp. 49 y ss.

²⁹ Rachadell, Manuel, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2015, pp. 120 y ss.

³⁰ Nos remitimos a nuestro análisis previo en Hernández G., José Ignacio, *Administración Pública, desarrollo y libertad en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2012, pp. 61 y ss.

ma denominado “apertura petrolera”, cuyo propósito fue reconocer nuevos cauces a la inversión privada, bajo el limitado marco permitido por el artículo 5 de la LOREICH. Para ello, se suscribieron nuevos contratos con inversionistas privados, para la operación de ciertos campos y operaciones aguas abajo del negocio, y la explotación conjunta de actividades en asociaciones estratégicas³¹. Aun dentro del limitado marco legal entonces vigente, la “apertura petrolera” constituyó la primera política pública diseñada para ampliar los cauces de la inversión privada dentro del sector.

La política de apertura petrolera, siguiendo a Ramón Espinasa, fue resultado de intensos debates basados en razones económicas, a saber, la necesidad de “*aumentar las fuentes de financiamiento más allá de la capacidad de ahorro de Pdvsa*”; asegurar el “*acceso a tecnologías especializadas y nichos de mercado, en particular en la transformación y disposición de la muy amplia base de crudos extrapesados del país*; y, tercero “*ampliar la capacidad de ingeniería más allá de la propia de Pdvsa*”³².

No obstante, esta política se implementó en el marco de la LOREICH, al no haber sido posible llegar a un acuerdo político para reformar esa Ley. Esto llevó a una contradicción entre la narrativa de la apertura petrolera y la Ley de nacionalización orientada por los principios estatistas: mal puede haber apertura en estatismo.

³¹ Cfr.: AA.VV., *La apertura petrolera. I Jornadas de Derecho de Oriente*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 1997.

³² Espinasa, Ramón, “El auge y el colapso de Pdvsa a los treinta años de la nacionalización”, en *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, vol. 12, núm. 1, Caracas, 2006, p. 159.

Esta contradicción llevó a tensiones no resueltas, que afloraron a inicios del siglo del XXI³³.

En 1998 fue electo Hugo Chávez Frías como presidente, quien impulsó una nueva Constitución, promulgada el año siguiente. La nueva Constitución, como veremos, estableció una regulación confusa sobre el sector, que parte del principio conforme al cual las acciones de la empresa pública PDVSA no pueden ser privatizadas. En cuanto a la regulación, fueron dictadas dos nuevas Leyes. En 1999 se dictó la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, que permitió la gestión privada directa de las actividades por ella reguladas, y en 2001 se sancionó la Ley Orgánica de Hidrocarburos, que reservó al Estado las actividades primarias y ciertas actividades de comercialización, permitiendo la inversión privada en actividades aguas abajo. Ambas Leyes, cabe recordar, fueron dictadas por el presidente Chávez mediante Decreto.

³³ Como recuera Espinasa, se plantearon “*reformas necesarias a las leyes de nacionalización*” aprobadas por el Congreso, en el cual el Gobierno estaba en minoría. Las tensiones a las cuales hacemos referencia dieron lugar a cuestionamientos judiciales de la constitucionalidad y legalidad de la apertura petrolera, promovidos por quienes bajo el Gobierno de Chávez asumieron la dirección de la industria. La Corte Suprema de Justicia desechó esos cuestionamientos, ratificando así los acuerdos aprobados por el Congreso autorizando la celebración de los contratos petroleros. Sobre ese juicio, *vid.* Brewer-Carías, Allan (recopilador), *El caso de la apertura petrolera*, Caracas, 2004. Del autor, véase igualmente *Crónica de una destrucción. Concesión, nacionalización, apertura, constitucionalización, desnacionalización, estatización, entrega y degradación de la industria petrolera*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018, pp. 111 y ss. Véase, en esa obra, nuestro estudio “La apertura petrolera o el primer intento por desmontar el pensamiento estatista petrolero en Venezuela”, pp. 43 y ss.

2. *El marco constitucional de los hidrocarburos y la figura de la reserva*

Como antes señalamos, en 1999 el entonces presidente Chávez promovió un proceso constituyente como mecanismo para atender la crisis política, social y económica venezolana. El resultado de ese proceso fue la Constitución de 1999, que, en realidad, no implicó mayores cambios a la estructura constitucional del Estado. En todo caso, la nueva Constitución reforzó el rol del Estado en el desarrollo económico, al asignársele diversas tareas en sectores tan distintos como la cultura, la salud, la educación, la regulación de la economía y la protección del medio ambiente³⁴.

En cuanto al sector de hidrocarburos, el marco constitucional asumió tres principios generales:

En *primer* lugar, el artículo 12 de la Constitución de 1999 establece que todos los yacimientos (incluyendo los de hidrocarburos) son propiedad del Estado, y que, además, quedan sometidos al régimen del dominio público, lo que excluye a esos yacimientos de transacciones comerciales. Únicamente se permite al Estado asignar

³⁴ Véase la crítica en Brewer-Carías, Allan, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022, pp. 800 y ss. En su momento, nos correspondió formular una crítica similar: Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, cit., pp. 47 y ss.

derechos reales administrativos de uso sobre tales yacimientos a través de la concesión del dominio público³⁵.

En *segundo* lugar, el artículo 302 de la Constitución regula la figura de la “reserva”, esto es, la potestad del Poder Legislativo de asumir para el Estado la titularidad de determinada actividad económica, la cual no podrá ser gestionada en virtud del derecho de libertad de empresa. Las actividades reservadas al Estado solo podrán ser gestionadas por éste, de manera directa - a través de empresas públicas - a mediante la inversión privada, mediante la llamada concesión del servicio público³⁶.

Sin embargo, la redacción del artículo 302 genera algunas dudas:

“El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones,

³⁵ Véase lo que exponemos en Hernández G., José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 541 y ss. En general, sobre la tesis del dominio público en Venezuela, *vid.* Turuhpial, Héctor, *Teoría General y Régimen Jurídico del Dominio Público en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2008, pp. 134 y ss.

³⁶ La reserva de una actividad al Estado excluye el derecho de libertad de empresa, en el sentido que la iniciativa privada no será libre de acceder al sector que ha sido reservado. Cfr.: Gómez-Ferrer Morant, Rafael, “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Tomo V, Tomo V*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3.831 y ss., y Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico, Tomo I, La Ley*, Madrid, 1991, pp. 251 y ss. En Venezuela, *vid.* Brewer-Carías, Allan, “Introducción al régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela”, en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones, cit.*, 1981, pp. 39 y ss.

servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo”

En tal sentido, la exposición de motivos de la Constitución trata de explicar, confusamente, el alcance de esta norma de la manera siguiente:

“Por conveniencia nacional el Estado queda facultado para reservarse determinadas actividades económicas, de manera particular en el sector minero y petrolero”.

Nótese que, para la exposición de motivos, el artículo 302 no contiene una reserva, sino por el contrario, reconoce una potestad que podrá ser ejercida atendiendo a la valoración realizada de la *“conveniencia nacional”*. El Estado queda así facultado –no obligado– a reservarse actividades económicas, especialmente, en el sector de los hidrocarburos. Una facultad que en modo alguno es incompatible con el reconocimiento de la iniciativa económica privada:

“De forma transparente se reconoce que el dominio sobre esas áreas puede hacerse de acuerdo al sector privado, dejando claramente establecido que el Estado puede entrar en convenios de asociación con el sector privado para el desarrollo y la explotación de esas actividades”.

No obstante, y a continuación, la exposición de motivos realiza una afirmación excesiva a nuestro entender:

“Se le otorga rango constitucional a la nacionalización petrolera, pero al mismo tiempo se establece la posibilidad de continuar en convenios de asociación con el sector privado, siempre y cuando sean de interés para el país y no desnaturalice el espíritu, propósito y razón de la nacionalización petrolera”.

Precisamente, la duda que surge es en cuanto al alcance de la reserva. ¿El citado artículo 302 reserva ciertas actividades al Estado, como la actividad petrolera, o por el contrario, habilita al Estado para que decida qué actividades serán reservadas mediante Ley Orgánica? La necesaria interpretación restrictiva de esa norma lleva a asumir la segunda interpretación: no hay en Venezuela actividades petroleras reservadas por la Constitución al Estado, pues la reserva requiere de una Ley Orgánica. Con lo cual, no existe una reserva constitucional sobre el sector petrolero ni menos, sobre el sector de hidrocarburos³⁷.

Por ello, en nuestra opinión³⁸, ninguna norma en la Constitución de 1999 permite concluir que se otorgó rango constitucional a la nacionalización petrolera. En

³⁷ Brewer-Carías, Allan, “El régimen de participación de capital privado en las industrias petrolera y minera: desnacionalización y técnicas de regulación a partir de la Constitución de 1999”, en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randpolh Brewer-Carías”. El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica*, Tomo II, Caracas, 2005, pp. 15 y ss.

³⁸ Esta ha sido nuestra conclusión, sostenida antes en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, cit., pp. 502 y ss.

realidad, lo único que el artículo 302 dispone es que la Ley Orgánica podrá reservarse actividades económicas, incluyendo el sector de hidrocarburos. Sin embargo, la interpretación de ese artículo exige tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 303, como veremos de seguidas.

En efecto, y, en *tercer* lugar, es preciso tomar en cuenta el contenido del artículo 303:

“Por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando la de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela”.

Esta norma establece que el capital social de PDVSA deberá ser, en su totalidad, del Estado, esto es, de la República. Ello no implica, se advierte, la “constitucionalización” de PDVSA, pues la norma alude a esa empresa del Estado o en general, al “ente creado para el manejo de la industria petrolera”. Con lo cual, del citado artículo 303 se desprende que la República debe controlar, exclusivamente, el ente creado para manejar la industria petrolera. De allí surgen dos conclusiones: (i) que debe existir un ente de la exclusiva propiedad de la República, que podrá ser PDVSA o cualquier otro, y que (ii) ese ente debe controlar la “industria petrolera”, la cual, en consecuencia, debe ser una industria del Estado.

Sin embargo, de inmediato la norma excluye de esta regla a las filiales de PDVSA, asociaciones estratégicas, empresas y “cualquier otra que se haya constituido o se

constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela". Esto quiere decir que el control exclusivo del Estado solo se exige respecto de PDVSA como ente de control de la industria petrolera, pero ello en modo alguno excluye la participación privada en empresas distintas a PDVSA, en especial, empresas operadoras, o sea, encargadas de las actividades primarias. En esas empresas, por el contrario, sí puede participar la inversión privada.

La norma no aclara en qué condición puede participar la inversión privada, ni tampoco define qué debe entenderse por la "industria petrolera" que debe ser "manejada" por PDVSA o el ente creado a esos efectos. De allí la importancia de una adecuada interpretación de la Constitución.

La confusión de estas normas constitucionales puede explicarse no solo por la pobre técnica de la Constitución de 1999, sino, además, por las tensiones no resueltas en torno al rol de la inversión privada en la industria petrolera. Recuérdese que para 1999 se mantenía, en su esencia, la gerencia técnica de PDVSA, que solo sería intervenida políticamente algunos años después. A pesar del control político que el presidente Chávez ejercía sobre la asamblea constituyente, también existía cierto nivel de incidencia en los cuadros del Gobierno ocupados por técnicos. Por ello, frente a la tentación de constitucionalizar el modelo de la nacionalización impidiendo acuerdos como los suscritos durante la apertura, imperó una posición más flexible, pero, a la vez, contradictoria.

Las normas constitucionales sobre el sector no pueden ser interpretadas con base en restricciones a la iniciativa privada que no son explícitas, con lo cual, es razonable concluir que la inversión privada podrá participar

libremente en el capital social de las empresas operadoras, tanto de manera conjunta con el sector público como de manera exclusiva, dado que no hay, en la Constitución, ninguna prohibición expresa en este sentido. La única prohibición expresa, se insiste, fue regulada respecto de PDVSA o del ente creado por el Estado para “manejar” la “industria petrolera”.

Pero a su vez, es preciso apuntar que, para la Constitución, debe existir una “industria petrolera” que es “manejada” por el Poder Nacional, a través de PDVSA o el ente creado a tales efectos. La expresión “*el ente creado para el manejo de la industria petrolera*” puede interpretarse de dos maneras. Por un lado, puede interpretarse que ese manejo responde al Estado empresario, lo cual supone que deben existir empresas públicas operadoras. Por el otro lado, puede interpretarse desde el Estado regulador, admitiendo empresas operadoras privadas que serían “manejadas” (entiéndase, reguladas) por el Estado.

Como el capital de PDVSA debe ser siempre propiedad de la República³⁹, podría interpretarse que la Constitución formalizó el modelo de Estado empresario, con lo cual, y sin perjuicio de la existencia de empresas privadas operadoras, siempre deberán existir empresas públicas operadoras, manejadas por el Estado a través de PDVSA. Esta interpretación se aparta de la flexibilidad que debe informar a la Constitución económica. Además, lo cierto es que la Constitución permite que PDVSA sea sustituida por otro ente público que “maneje” la industria petrolera.

³⁹ Sobre el rol constitucional de PDVSA, véase la sentencia de la Sala Constitucional N° 464/2002, de 18 de marzo. Según esa sentencia, PDVSA es un ente que cumple funciones públicas, referidas a la ejecución de políticas públicas petroleras.

Esta norma constitucional puede cumplirse mediante el Estado regulador, o sea, a través de una agencia que, dentro de la Administración Pública Nacional, regule a las empresas operadoras, públicas o privadas⁴⁰.

3. *La regulación legal de los hidrocarburos. La distinción entre hidrocarburos gaseosos e hidrocarburos no gaseosos*

La regulación del sector de hidrocarburos exige distinguir dos grandes sectores: el gas natural no asociado y el resto de los hidrocarburos, incluyendo el gas asociado.

A. *Esquema regulatorio básico de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos*

Los hidrocarburos gaseosos no asociados a yacimientos de petróleo se rigen por el Decreto Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos de 1999. Tal Ley, como en su momento lo explicamos, se inspiró en la reforma de la

⁴⁰ En tal sentido, es importante recordar que en Venezuela se considera empresa pública a toda sociedad en cuyo capital el Estado (a través de cualquier órgano o ente), tenga una participación, cuando menos, mayor al cincuenta por ciento (50%), de conformidad con el artículo 103 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Ahora bien, el capital social de las empresas públicas puede pertenecer exclusivamente al Estado o puede pertenecer al Estado y a la iniciativa privada, siempre y cuando la participación de ésta sea inferior al cincuenta por ciento (50%). Las empresas públicas en las cuales el sector privado tiene una participación accionarial minoritaria se denominan *empresas mixtas*. Si el sector privado tiene una participación superior al cincuenta por ciento (50%), se tratará de *empresas privadas de participación estatal*.

regulación del gas natural en Europa⁴¹. Como resultado de lo anterior, la Ley no declaró la reserva sobre las actividades regidas por ella, las cuales pueden ser directamente gestionadas por la inversión privada a través de licencias. Ciertamente, las empresas públicas –filiales de PDVSA- pueden gestionar esas actividades, como en efecto ocurre, pero no hay en la Ley ninguna norma que reserve esas actividades al Estado, lo que quiere decir que se trata de actividades que pueden ser libremente emprendidas por la iniciativa privada. Por ello, en la evolución de la regulación de los hidrocarburos en Venezuela, esta Ley representa un hito importante, pues el Estado asumió la ordenación jurídica de hidrocarburos a partir de un modelo que no está basado en la reserva estatal⁴².

De esa manera, la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos descansa sobre dos grandes principios:

En *primer lugar*, es una Ley de liberalización de ese mercado, desde que su objetivo central es la promoción y estímulo de la inversión privada. La Ley –señala su exposición de motivos- da “*mayor oportunidad al sector privado*

⁴¹ Cfr.: Hernández G., José Ignacio, “Reflexiones sobre la nueva ordenación de los hidrocarburos gaseosos en Venezuela”, *Separata de Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Colección Libros Homenaje número 7, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 907 y ss. Sobre el modelo europeo, entre otros, *vid.* Ariño Ortiz, Gaspar y Del Guayo, Iñigo, “La nueva regulación de las instalaciones en la Ley de Hidrocarburos y en la Directiva Europea del Gas”, *Privatización y Liberalización de Servicios*, Universidad Autónoma de Madrid, 1999, pp. 209 y ss.

⁴² Lo que sigue es un resumen del análisis más amplio de la Ley que realizamos en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, *cit.*, pp. 568 y ss.

nacional y extranjero de participar en todas las fases y actividades relativas a esta industria", enfatizando además que "se abre más la posibilidad a los inversionistas de actuar en este sector". Esta liberalización encuentra diversos fundamentos jurídicos; principalmente, el artículo 58 que derogó la reserva sobre el gas natural. Estimamos que esa cláusula derogatoria eliminó la reserva que, sobre este mercado, derivaba del anterior régimen jurídico. Y así lo reconoce insistentemente la propia Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, al recalcar que los particulares tienen el derecho a ejercer las actividades que comprenden a tal mercado, derecho que se entiende, ahora, propio de los operadores económicos privados (*Cfr.*: artículo 2) como derivación del derecho fundamental de libertad económica (artículo 112 constitucional).

En *segundo lugar*, otro de los objetivos de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos es remediar los perjuicios que, derivados del confuso régimen anterior, atentaban contra la adecuada estabilidad institucional del mercado de los hidrocarburos gaseosos. La concurrencia de Leyes en la materia "ha dificultado la aplicación de las mismas, toda vez que entre sí han venido derogándose expresa o tácitamente o colidiendo sus disposiciones" (exposición de motivos de la Ley).

Por lo anterior, la gran novedad de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos es que ella no reservó al Estado ninguna de las actividades allí comprendidas, incluyendo las actividades primarias, o sea, la exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos no asociados.

No obstante, esta conclusión no ha sido pacífica en la doctrina venezolana, pues algunos autores -D. Bermúdez, Boscán de Ruesta- opinan que la Ley sí mantiene la reserva sobre las actividades de exploración y explo-

tación, conclusión que se afirma a partir de la declaratoria de bienes del dominio público que recae sobre los yacimientos de hidrocarburos, según el artículo 12 de la Ley.

No compartimos esa conclusión, pues, por un lado, la reserva de actividades económicas al Estado debe provenir de una norma legal expresa, siendo que esa norma no está presente en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos. Además, la calificación de los yacimientos de hidrocarburos como bienes del dominio público no entraña la reserva de las actividades de exploración y explotación. La única consecuencia de esa calificación es que el Estado debe asignar derechos de uso sobre los yacimientos, cuyo aprovechamiento podrá ser emprendido directamente por la iniciativa privada⁴³.

En apoyo a la tesis según la cual las actividades reguladas por la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos no se encuentran reservadas al Estado, encontramos al artículo 2 de esa Ley, según el cual, las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos no asociados podrán ser realizadas por el "*Estado directamente o mediante entes de su propiedad o por personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado*". Se reconoce en estos términos que todos los particulares tienen el derecho a dedicarse a la actividad de exploración

⁴³ La posición de Isabel Boscán de Ruesta, en *La actividad petrolera y la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos*, FUNEDA, Caracas, 2002, pp. 138 y ss. Por su parte, Diógenes Bermúdez concluye que "*las actividades de exploración y producción no pueden considerarse actividades propias de los particulares, ya que suponen la explotación de bienes del dominio público de la República, constituidos por los yacimientos de hidrocarburos de cualquier naturaleza*". Cfr.: *Régimen jurídico de los hidrocarburos. gaseosos en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 45 y ss.

y explotación “*de su preferencia*” (artículo 112 constitucional), según las limitaciones que deriven expresamente de la Ley.

La realización de actividades de exploración y explotación, incluyendo la “*producción, recolección, separación, compresión y tratamiento*” de hidrocarburos gaseosos se sujeta a la obtención de un título habilitante calificado como licencia. Estas licencias “*confieren el derecho para ejercer las actividades de exploración y explotación*” así como “*las actividades inherentes al proyecto al cual dichos hidrocarburos sean destinados, sin perjuicio del registro del proyecto*” (artículos 25 y 26). El régimen jurídico de estos títulos está contenido en el artículo 24, que enumera las condiciones generales a las que éstos quedarán sujetos, las cuales aplican dentro de un área geográfica exclusiva (artículo 20 del Reglamento de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos). A fin de promover la concurrencia, se ha dispuesto como principio general la licitación pública para seleccionar a la empresa que podrá efectuar estas actividades (artículo 21)⁴⁴.

Los principios básicos sobre los que se asientan las actividades de exploración y explotación son también aplicables a las actividades aguas abajo de aprovechamiento industrial y comercial de los hidrocarburos gaseosos, las cuales pueden ser desarrolladas tanto por el Estado como

⁴⁴ En nuestra opinión, las licencias son actos autorizatorios, pues la iniciativa privada tiene el derecho a emprender actividades de exploración y explotación. A su vez, esas licencias asignan derechos de uso sobre los yacimientos. De ello resulta que se trata de títulos habilitantes mixtos, pues además de autorizar el ejercicio del derecho de libertad de empresa, asignan derechos de uso sobre bienes del dominio público, como los yacimientos. Este aspecto es tratado confusamente en la Ley.

por los particulares (artículo 22 *eiusdem*). Trátense de actividades económicas no reservadas al Estado, pero sometidas a una peculiar regulación que variará según cada tipo de actividad.

Así, el artículo 2 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos establece, *grosso modo*, las actividades que hemos calificado como aprovechamiento: recolección; almacenamiento; procesamiento; industrialización; transporte; distribución; comercio interior y exterior, conceptos técnicos definidos en el artículo 2 del Reglamento. Como hemos indicado, cada una de estas actividades tendrá un régimen especial según sea el hidrocarburo gaseoso que aprovechen.

En resumen, el mercado de los hidrocarburos gaseosos se configura como un sector regulado, para lo cual el artículo 36 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos creó una Administración Sectorial, de escasa autonomía respecto del Gobierno Nacional, denominada "Ente Nacional del Gas (ENAGAS)". Esta regulación abarca incluso a la libertad de precio, en tanto la Administración Pública quedó facultada "*para determinar los precios de los hidrocarburos gaseosos desde los centros de producción y procesamiento, atendiendo principios de equidad*" (artículo 12), principio especificado en relación con las actividades de almacenamiento, transporte y distribución (artículo 13). Habrá que entender, sin embargo, que en relación con las actividades de transporte y distribución este régimen regulatorio es transitorio, pues regirá "*mientras no existan condiciones de competencia efectiva*" (artículo 37.6).

Esta Ley es el primer intento formal de introducir el rol del Estado regulador en el sector de hidrocarburos, pues más allá de la gestión a cargo de empresas públicas, el control del Estado recayó en una Administración

sectorial a quien se le confirieron potestades de ordenación y limitación. Asimismo, la Ley -aprobada por el Presidente Chávez mediante Decreto- demuestra que al menos para 1999, no existía una política contraria al rol de la inversión privada en el sector, lo cual fue confusamente reflejado en la Constitución. En todo caso, este modelo no aplicó al gas asociado, que siguió estando sometido a la LOREICH, hasta la Ley Orgánica de Hidrocarburos dictada en 2001.

B. *Esquema regulatorio básico de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. El ingreso fiscal petrolero*

Antes de entrar a analizar el esquema regulatorio de la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001, es importante repasar cuál fue el *zeitgeist* en el cual esa Ley se insertó, inspirado por las políticas de liberalización económica extendidas en América Latina a fines del siglo XX. Venezuela no escapó de esa corriente, y fue así cómo el Gobierno de Chávez promovió la liberalización del sector del gas, como vimos, así como del sector eléctrico y de las telecomunicaciones. Todas estas reformas se orientaron a reducir el rol del Estado empresario, ampliar el rol de la inversión privada y fortalecer el Estado regulador por medio de Administraciones sectoriales⁴⁵.

Estas políticas de liberalización podían extenderse también al sector de los hidrocarburos, pero ello implicaba desmontar los arreglos institucionales del Petro-Estado. No obstante, se consideró inadecuado mantener las políticas de nacionalización reflejadas en la LOREICH.

⁴⁵ Hernández G., José Ignacio, "Intervención económica y liberalización de servicios esenciales en Venezuela", en *Revista de Derecho Administrativo* N° 10, Caracas, 2000, pp. 61 y ss.

Esto llevó a una solución intermedia: mantener, atemperadas, las políticas de nacionalización aguas arriba, pero implementar las políticas de liberalización aguas abajo.

Así, la Ley Orgánica de Hidrocarburos, de 2001, reformada en 2006, parte de la división entre actividades aguas arriba y aguas abajo. Respecto de las primeras, la Ley estableció la reserva al Estado, al disponer que esas actividades (que incluyen al gas asociado) solo pueden ser ejercidas por el Estado, directamente, o a través de entes por él controlados, incluyendo a las empresas mixtas, que son sociedades mercantiles cuyo capital social debe pertenecer mayoritariamente al Estado. Respecto de las actividades aguas abajo, la Ley sí reconoció el derecho de la iniciativa privada a emprender tales actividades. Esto supuso una importante modificación del marco regulatorio de la nacionalización, pues mientras la nacionalización se basó en la reserva en bloque de todo el sector, la Ley Orgánica de Hidrocarburos limitó esa reserva a las actividades aguas arriba, aun cuando reformas posteriores – que serán tratadas más adelante – ampliaron la reserva sobre ciertas actividades aguas abajo⁴⁶.

La norma básica en este sentido es el artículo 9 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, de acuerdo con el cual *“las actividades relativas a la exploración en busca de yacimientos de los hidrocarburos comprendidos en este Decreto Ley, a la extracción de ellos en estado natural, a su recolección, transporte y almacenamiento iniciales, se denominan actividades primarias a los efectos de este Decreto Ley”*. Tales actividades primarias están reservadas al Estado.

⁴⁶ Seguimos aquí lo tratado en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, cit., pp. 463 y ss.

Esto quiere decir que las actividades primarias no pueden ser realizadas libremente por la iniciativa privada. Por el contrario, de acuerdo con la Ley Orgánica de Hidrocarburos, esas actividades únicamente podrán ser realizadas por el Estado, a través de tres vehículos⁴⁷: (i) el Poder Ejecutivo Nacional; (ii) empresas públicas de la exclusiva propiedad de la República y (iii) empresas mixtas, en las cuales el Estado debe tener una participación accionarial mayoritaria. Esto quiere decir que, conforme al artículo 22, las empresas que pueden realizar actividades primarias, o sea, las empresas operadoras, solo pueden ser de dos tipos: (a) empresas de propiedad exclusiva del Estado y (b) empresas mixtas bajo el control accionarial mayoritario del Estado.

La iniciativa privada no puede gestionar directamente las actividades primarias, en tanto solo podrá participar como accionista minoritario de las empresas mixtas creadas por el Poder Ejecutivo⁴⁸. La participación accionarial

⁴⁷ Dispone el artículo 27 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos que *“el Ejecutivo Nacional podrá mediante decreto en Consejo de Ministros, crear empresas de la exclusiva propiedad del Estado para realizar las actividades establecidas en este Decreto Ley y adoptar para ellas las formas jurídicas que considere convenientes, incluida la de sociedad anónima con un solo socio”*. El artículo 28 permite que estas empresas públicas –cuyo accionista es la República– creen a su vez otras empresas públicas. Además, el artículo 22 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos señala en este sentido que la gestión de las actividades primarias podrá efectuarse mediante empresas en las que el Ejecutivo Nacional *“tenga control de sus decisiones, por mantener una participación mayor del cincuenta por ciento (50%) del capital social”*, esto es, las empresas mixtas.

⁴⁸ Lo anterior corrobora que la gestión de las actividades primarias a través de empresas mixtas puede reconducirse a las formas de gestión directa, en tanto se trata en realidad de empresas

de la inversión privada no puede, por ello, desvirtuar los dos principios que derivan del artículo 22 de la Ley, esto es, (i) que la Administración debe tener control de las decisiones de las empresas operadoras y (ii) que la Administración debe mantener “una participación mayor del cincuenta por ciento (50%) del capital social”. Al tenor de estas disposiciones debe concluirse que la gestión de las empresas mixtas será siempre una gestión pública, pues la Administración deberá tener el control sobre las decisiones de la empresa y la titularidad de más del cincuenta por ciento (50%) de sus acciones. Esto, además, permite concluir que, en realidad, las empresas mixtas son empresas públicas, sometidas por ello a todo el bloque normativo que rige al sector público, incluyendo los procesos de procura regulados en la Ley de Contrataciones Públicas⁴⁹.

públicas. Sala Arquer, al estudiar las empresas mixtas, alude a los casos en los cuales la participación del sector privado es minoritaria –denominando a los accionistas privados *sleeping partners*- de forma tal que la gestión llevada a cabo por esas empresas puede ser reputada como gestión pública (Sala Arquer, José Manuel, “La empresa mixta como modo de gestión de los servicios públicos en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 90, 1996, pp. 233 y ss.).

⁴⁹ Las llamadas empresas mixtas son, en realidad, empresas públicas. En efecto, dispone el artículo 103 de la Ley Orgánica de la Administración Pública que son empresas públicas (o empresas del Estado) las sociedades mercantiles en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social. Si la Administración debe tener, al menos, más del cincuenta por ciento (50%) del capital social de las empresas mixtas, puede afirmarse que éstas son empresas del

Para este fin, el inversionista privado debe suscribir el contrato de sociedad con el Estado, o el ente público que éste designe para actuar como accionista mayoritario. Este contrato de sociedad es un contrato de producción conjunta entre PDVSA y el accionista privado.

En cualquier caso, el accionista privado no podrá tener control sobre la gestión de la empresa mixta, en tanto ésta, como ya vimos, deberá obrar bajo el control del Estado. A tales efectos, el artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos sometió al control previo de la Asamblea Nacional la constitución de empresas mixtas, control que la reforma de la Ley del 2006 extendió a cualquier modificación de tal contrato, todo ello, en el marco del artículo 150 de la Constitución, que atribuye a la Asamblea Nacional el control sobre contratos de interés público nacional.

La Ley dispone, en este sentido, que la selección de los inversionistas privados que actuarán como socios minoritarios de la empresa mixta se efectuará conforme a dos procedimientos pautados en su artículo 37. Así, el principio general es que la Administración deberá iniciar procedimientos licitatorios regidos por los principios de igualdad, concurrencia y publicidad. Excepcionalmente, cuando medien "*razones de interés público o por circunstancias especiales de las actividades*" la selección del particular o particulares beneficiarios se podrá realizar directamente.

Estado. Con lo cual, ellas se rigen por las Leyes administrativas que regulan al sector público, incluyendo la Ley de Contrataciones Públicas, que, entre otras materias, rige al procedimiento de procura. Véase, entre otros, a Andueza, Luis Ernesto, "El régimen jurídico aplicable a las empresas mixtas a las que se refiere el artículo 22 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos", en *Revista Derecho y Social* N° 8, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila, Caracas, 2009, pp. 57 y ss.

El reconocimiento de las empresas mixtas basadas en contratos petroleros de producción conjunta implicó ampliar el rol de la inversión privada en comparación con la política de nacionalización, que no dio cabida a modelos de empresas mixtas como modo ordinario de gestión. Este cambio demuestra, así, que incluso en el ámbito de las actividades aguas arriba, la política de liberalización tuvo cierta influencia. Para asegurar el control sobre estos contratos, éstos fueron sometidos a la autorización de la Asamblea Nacional ejercido en los términos del artículo 150 de la Constitución de 1999, o sea, en su condición de contratos de interés público nacional⁵⁰.

Por su parte, las actividades aguas abajo quedaron sometidas a un régimen completamente distinto en la Ley, al reconocerse el derecho de la iniciativa privada a emprender directamente esas actividades, las cuales, en consecuencia, no fueron reservadas al Estado por la Ley comentada, salvo la comercialización de hidrocarburos naturales⁵¹. Así, el artículo 10 reconoció que las actividades relativas a la destilación, purificación y transformación de hidrocarburos podían ser realizadas por el Estado y los particulares, conjunta o separadamente. A tal fin, la Ley

⁵⁰ Véase en especial la sección siete del capítulo III.

⁵¹ Las actividades aguas abajo, según el artículo 49, comprenden a *“las actividades de separación, destilación, purificación; conversión, mezcla y transformación de los mismos, realizadas con el propósito de añadir valor a dichas sustancias mediante la obtención de especialidades de petróleo u otros derivados de hidrocarburos”*. Por su parte, el artículo 57 define las actividades de comercialización de la siguiente manera: *“las actividades de comercialización a que se refiere este Decreto Ley comprenden el comercio interior y el comercio exterior, tanto de los hidrocarburos naturales, como de sus productos derivados”*.

reguló dos títulos habilitantes que permiten a la iniciativa privada emprender dichas actividades: el permiso, que rige de manera general (artículo 53) y la licencia, que rige para la actividad de refinación (artículo 12).

Por su parte, las actividades de comercialización fueron reguladas en la Ley a partir del principio de libertad de comercio, el cual, sin embargo, solo rige para productos derivados. Por el contrario, de conformidad con el artículo 57, la comercialización de hidrocarburos naturales (y de los productos derivados determinados por el Ejecutivo Nacional) sólo podrá ser realizada por el Estado. Para aclarar este aspecto, el citado artículo 57 fue reformado en 2006, a los fines de ratificar que los hidrocarburos naturales no pueden ser comercializados por la iniciativa privada.

Cabe aclarar que el artículo 59 de la Ley permite al Estado regular, con mayor intensidad, la comercialización de ciertos productos derivados mediante “obligaciones de servicio público”, lo que se extiende al control de su precio. Pero ello no impide la gestión directa de tales actividades por la iniciativa privada⁵².

⁵² Para lo cual, el artículo 60 de la Ley dispone que “*constituyen un servicio público las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos*” señalados por el Ejecutivo Nacional conforme al artículo 59. Esta calificación de “servicio público” pretende realzar la mayor regulación de estas actividades, en cuanto a las condiciones de regularidad, igualdad, calidad y accesibilidad bajo las cuales éstas son atendidas. El mejor ejemplo lo constituye la comercialización de gasolina, considerada una actividad de servicio público y sometida a un control de precio muy inferior a sus costos de producción, todo lo cual se traduce en importantes subsidios indirectos.

En tal sentido, cuando la iniciativa privada emprenda la actividad de comercialización, deberá obtener el “permiso de comercialización” (artículo 57)⁵³.

La Ley Orgánica de Hidrocarburos también establece el marco jurídico del ingreso fiscal petrolero, o *government take*. Esto es, la porción del ingreso petrolero que el Estado -entiéndase, el Poder Nacional- captura como ingreso fiscal. La evolución del pensamiento jurídico de los hidrocarburos está marcada, precisamente, por la aspiración de aumentar la participación del Estado sobre la renta petrolera⁵⁴. En tanto ingreso fiscal, la captura de la renta petrolera por el Poder Nacional está basada en tres títulos jurídicos⁵⁵.

⁵³ Véase, entre otros, a Araujo-Juárez, José, “La reserva al Estado y la participación del sector privado en la industria petrolera en Venezuela”, en *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos, Tomo II*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 19 y ss. y Brewer-Carías, Allan, “El régimen de participación de capital privado en las industrias petrolera y minera: desnacionalización y técnicas de regulación a partir de la Constitución de 1999”, *cit.* En general, *vid.* Grau, María Amparo, *Régimen jurídico de la actividad petrolera en Venezuela: Análisis normativo*, Badell & Grau Editores, Caracas, 2007, pp. 11 y ss. Para un estudio comparado con otros sectores, *vid.* Jiménez-Guanipa, Jiménez, *El derecho de la energía en Venezuela. Petróleo, gas y electricidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

⁵⁴ Hernández G., José Ignacio, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*, *cit.*

⁵⁵ Carmona, Juan Cristóbal, *Actividad petrolera y finanzas públicas en Venezuela*, *cit.* Véase la sección D de la sección tercera, para un análisis jurídico del concepto económico de renta.

De esa manera, el *primer* título jurídico para captar la renta petrolera es a través del poder tributario, tanto en relación con los tributos especiales que aplican al sector, como en relación con el impuesto sobre la renta. Debido al principio de legalidad tributaria, la base imponible de este ingreso es difícil de modificar. Pero ello no ha impedido que, en épocas de aumento del precio, se modifique la legislación petrolera para aumentar el ingreso tributario, tal y como sucedió en 2008 con la creación de un tributo especial sobre los precios extraordinarios, enterado al FONDEN, creado en 2005 como un fondo extra-presupuestario⁵⁶.

El *segundo* título es la regalía, y en general, los ingresos fiscales que capta el Estado en tanto propietario del subsuelo. La regalía no es un tributo, sino la contraprestación que el Estado recibe por trasladar derechos de uso sobre bienes de su propiedad -los yacimientos-. Para las empresas operadoras -titulares de derechos de exploración y explotación- la regalía asigna un costo a su principal capital de trabajo. Por ello, la regalía procede de pleno derecho sobre los volúmenes producidos⁵⁷. Además de la regalía, también pueden establecerse contraprestaciones espe-

⁵⁶ Véase la *Ley de Contribución Especial Sobre Precios Extraordinarios del Mercado Internacional de Hidrocarburos* (Gaceta Oficial N° 38.910 de 15 de abril de 2008), luego denominada *Ley que crea Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburos*, cuya última reforma es de 2013 (Gaceta Oficial N° 40.144 de 20 de febrero de 2013).

⁵⁷ La regalía, en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, es del 30% sobre la producción, que puede ser pagada al Ejecutivo Nacional en especie o en dinero. En proyectos de la Faja, la regalía podrá reducirse al 20% de manera excepcional. Véanse los artículos 44, 45 y 46 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

ciales en el marco de los contratos que rigen la exploración y producción, incluyendo el contrato de sociedad que da lugar a las empresas mixtas⁵⁸.

La Ley Orgánica de Hidrocarburos crea, además, el impuesto de extracción sobre el valor de los hidrocarburos producidos⁵⁹. En la práctica, por ello, la regalía comprende también a este impuesto, aun cuando se trate de contraprestaciones distintas.

El *tercer título* proviene de los dividendos pagados por las filiales de PDVSA y las empresas mixtas, sobre las utilidades líquidas y recaudadas. En el caso de las empresas mixtas, éstas pagan dividendo a sus accionistas, o sea, a la Corporación Venezolana de Petróleo, S.A. (CVP) y al socio minoritario. Con lo cual, bajo el esquema de la Ley, la remuneración de los socios minoritarios viene determinada por el pago de dividendos.

Los tributos, regalías y demás contraprestaciones contractuales son pagadas como regla al Poder Ejecutivo Nacional por las empresas operadores, o sean, las titulares de derechos de exploración y producción, incluyendo a las empresas mixtas. El dividendo es pagado -en el sector público- a PDVSA, quien a su vez paga tributos al Poder Ejecutivo Nacional y dividendos a la República, su único accionista. De esa manera, el Poder Ejecutivo Nacional

⁵⁸ Artículo 36, Ley Orgánica de Hidrocarburos.

⁵⁹ Equivalente a “*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*” (artículo 48.3, Ley Orgánica de Hidrocarburos). Por eso se afirma que la regalía puede ser de hasta el 33%, aun cuando es preciso diferenciar entre la regalía y este impuesto especial.

captura la renta petrolera directamente, a través de tributos y regalías, e indirectamente, a través de los dividendos declarados y pagados por PDVSA.

En resumen, la Ley Orgánica de Hidrocarburos partió de la interpretación constitucional según la cual el sector de hidrocarburos no está reservado por la Constitución al Estado, en tanto esa reserva solo opera en el ámbito definido por el Legislador, específicamente, en las actividades primarias y la comercialización de hidrocarburos naturales. Además, se consideró que el sector privado no está excluido de las operaciones, en tanto puede participar como socio minoritario⁶⁰.

Esto supuso una matización importante en la política de nacionalización y en el dogma del Estado empresario, al reconocerse el derecho a la libertad de empresa, como regla, en actividades aguas abajo. Pero en contraposición, las cargas asociadas a la operación de actividades primarias recayeron fundamentalmente en el Estado, a través de PDVSA y sus empresas filiales. Esto resultó determinante, pues el colapso de PDVSA arrastró el colapso de la producción petrolera.

C. *El avance del modelo estatista sobre el sector: las reservas y expropiaciones ejecutadas a partir de 2006. Las causas que explican el colapso de la industria petrolera y la privatización de facto*

A partir de 2002 comenzaron a adoptarse políticas para ampliar el rol del Estado en la economía, y que en el año 2005 fueron enmarcadas en el *socialismo del siglo XXI*, caracterizado por la hegemonía del Estado en la

⁶⁰ Mata García, Cesar, *Manual de Derecho de los Hidrocarburos en Venezuela*, Editorial Arte, Caracas, 2016, pp. 88 y ss.

economía, tanto en su rol de regulador como de empresario. Asimismo, se fortaleció la iniciativa económica comunitaria, desarrollada a través de formas asociativas dirigidas y controladas por el Estado, en lo que se llamó “sistema económico comunal”. Junto a lo anterior, el Gobierno organizó un conjunto de programas sociales directamente dependientes de la Presidencia de la República, denominados “misiones”. Estos cambios afectaron a la iniciativa económica privada, cuya libertad se vio cercenada no solo por la creciente regulación implementada, sino, además, por una errática política de ocupaciones y expropiaciones arbitrarias⁶¹.

Este modelo del socialismo del siglo XXI incidió en el sector de hidrocarburos desde dos perspectivas distintas. Por un lado, encontramos la eliminación de la autonomía técnica de PDVSA y sus empresas filiales, que fueron empleadas como instrumentos políticos del Gobierno, en especial, para fomentar un endeudamiento insostenible. Por el otro lado, encontramos la ejecución de la arbitraria política de expropiaciones dentro del sector.

Así, y como luego ampliamos con más detalle en el segundo capítulo, el Gobierno eliminó toda autonomía técnica de PDVSA, al punto de convertir a ésta en mero instrumento para la consecución de los objetivos políticos del socialismo del siglo XXI⁶². Para ello, el Gobierno acudió a

⁶¹ Antes hemos analizado críticamente ese modelo en Hernández G., José Ignacio, *Reflexiones sobre la Constitución y el modelo socio-económico en Venezuela*, FUNEDA, 2008.

⁶² Para ello, el Gobierno aludió a la “Nueva PDVSA”, para justificar la eliminación de la autonomía técnica de esa empresa y su completa subordinación a las políticas del socialismo del siglo

diversas políticas: (a) asignó a PDVSA obligaciones enmarcadas en acuerdos internacionales suscritos por la República; (b) asignó a PDVSA obligaciones relacionadas con “aportes sociales” para los programas del Gobierno, que incluyeron la realización de actividades no-petroleras por medio de filiales de PDVSA⁶³; (c) se crearon mecanismos poco transparentes para desviar los ingresos petroleros generados por PDVSA a fondos extra-presupuestarios contralados discrecionalmente por el Gobierno, como el FONDEN⁶⁴, y en general, (d) el Gobierno Nacional asumió la gestión de PDVSA, que quedó integrada políticamente al Gobierno, sin ningún tipo de autonomía, como lo evidenció el crecimiento insostenible de su deuda.

Por el otro lado, el Gobierno redujo los cauces de la inversión privada en el sector a través de una arbitraria

XXI. Cfr.: Rondón de Sansó, Hildegard, *El régimen jurídico de los hidrocarburos, cit.*, 379 y ss.

⁶³ De esa manera, PDVSA fue obligada a realizar aportes económicos a favor de esos programas sociales del Gobierno, y, además, fue obligada a crear filiales para atender actividades no-petroleras, como la dotación de vivienda. Cfr.: Rondón de Sansó, Hildegard, *El régimen jurídico de los hidrocarburos, cit.*

⁶⁴ El modelo del socialismo del siglo XXI se caracterizó por la ruptura del principio de unidad del tesoro, al crearse fondos extra-presupuestarios, o sea, fondos patrimoniales separados del presupuesto de la Nación, en violación al principio de unidad del tesoro. El mejor ejemplo es el Fondo Nacional para el Desarrollo Nacional (FONDEN), el cual actúa como un fondo presupuestario independiente, al cual PDVSA fue obligada aportar porciones importantes de los ingresos en divisas derivadas de las exportaciones petroleras. Cfr.: Carmona, Juan Cristóbal, *Régimen jurídico de la actividad petrolera en Venezuela, cit.*

política de expropiaciones⁶⁵. De esa manera, los contratos suscritos durante la “apertura petrolera” (como los contratos operativos, las asociaciones estratégicas y de exploración a riesgo) fueron convertidos, forzosamente, en contratos de sociedad bajo el modelo de empresas mixtas. Los inversionistas que no lograron un acuerdo con el Gobierno para suscribir esos contratos fueron sometidos a procedimientos arbitrarios de expropiación de sus activos⁶⁶.

⁶⁵ Además de lo expuesto más adelante, *vid.* Grau, María Amparo, “El Estado empresario. Justificación y límites”, en *IX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo y Público en General* Allan R. Brewer-Carías, FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana, Santo Domingo, 2021, pp. 609 y ss.

⁶⁶ Esto se logró a través del llamado proceso de “migración”, a través del cual los contratistas privados de los acuerdos suscritos durante la “apertura petrolera” fueron obligados a “migrar” al esquema de empresas mixtas, mediante la celebración del correspondiente contrato de sociedad y la creación de la sociedad mercantil, en la cual PDVSA –por medio de sus filiales- asumió la participación accionarial mayoritaria. *Cfr.*: Brewer-Carías, Allan, “La terminación anticipada y unilateral mediante Leyes de 2006 y 2007 de los convenios operativos y de asociación petroleros que permitían la participación del capital privado en las actividades primarias suscritos antes de 2002”, *Revista de Derecho Público* N° 109, Caracas, 2007. Véanse igualmente nuestros comentarios en Hernández G., José Ignacio, “Reflexiones en torno a la migración de los convenios operativos al modelo de empresas mixtas”, *Venamcham. Trabajos jurídicos II*, Caracas, 2006, pp. 41 y ss. La justificación de esta política en Sansó, Hildegard, *El régimen jurídico de los hidrocarburos. El impacto del petróleo en Venezuela*, cit., pp. 352 y ss. De la autora, también, *vid.* *Empresas mixtas en el ámbito del régimen de los hidrocarburos en Venezuela*, Caracas, 2014, pp. 17 y ss.

Además, mediante Leyes Orgánicas, se reservaron al Estado actividades aguas abajo, lo que derivó, en algunos casos, en expropiaciones igualmente arbitrarias⁶⁷.

Las políticas adoptadas en el sector petrolero a partir del 2002 fueron parte de las políticas orientadas a socavar las bases de la democracia constitucional, y que desencadenaron en un colapso económico sin precedentes. Este colapso económico puede explicarse por tres causas: (i) la destrucción de la capacidad estatal, que convirtió a Venezuela en un Estado frágil cuyas instituciones han sido cooptadas por estructuras criminales; (ii) el déficit de divisas, causado por la caída de la producción petrolera y el sobreendeudamiento y (iii) la destrucción de los mecanismos de mercado, con controles centralizados y expropiaciones⁶⁸.

La destrucción de la industria petrolera es causa y consecuencia de ese colapso. Es causa pues la caída del ingreso petrolero generó un agudo déficit de divisas que llevó a recortar el gasto público y las importaciones. Pero es además consecuencia, pues las políticas económicas predatorias, como la expropiación, afectaron adversamente a la industria petrolera.

⁶⁷ En 2008 se dictó la *Ley Orgánica de Reordenamiento del Mercado Interno de los Combustibles Líquidos* (Gaceta Oficial N° 39.019, de 18 de septiembre de 2008) y en 2009 se dictó la *Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos* (Gaceta Oficial N° 39.173, 7 de mayo de 2009). En esos casos se reservaron actividades del sector al Estado y, particularmente en el segundo caso, se adelantó una errática y arbitraria política de expropiación.

⁶⁸ Véase lo que explicamos en detalle en Hernández G., José Ignacio, *Control de cambio y de precio. Auge y colapso institucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022.

Con lo cual, como se explica en este libro, la destrucción de la producción petrolera venezolana responde a causas complejas, que requieren por ello de políticas igualmente complejas.

De esa manera, la *primera* causa de esa destrucción, y que luce como la restricción más vinculante, es el colapso del Estado venezolano. La fragilidad del Estado venezolano, en temas tales y como el ejercicio del monopolio de la violencia, la provisión de bienes públicos y el ejercicio funciones de coordinación orientadas a facilitar el intercambio de bienes y servicios, obstruye la producción petrolera. Así, un ejemplo muy evidente de ello es el colapso del sector eléctrico, evidenciado con el apagón de 2019. Sin un suministro eléctrico confiable, la producción petrolera no podrá recuperarse.

Por supuesto, a fines de este libro, el mejor ejemplo del colapso estatal es el colapso de PDVSA, como lo evidencia la caída de la producción petrolera, en especial, en los campos operados directamente por la estatal petrolera. La violación de la autonomía de PDVSA y su uso instrumental para asignarle funciones ajenas al sector petrolero, contribuyeron a destruir su capacidad productiva.

El sobreendeudamiento de PDVSA es la *segunda* causa que explica la destrucción de la producción petrolera. La deuda pública de PDVSA no solo se traduce en una pesada deuda financiera y comercial, sino, además, en la deuda derivada por la expropiación de derechos económicos de los inversionistas privados, todo lo cual ha derivado en litigios que colocan en riesgo a los activos externos.

La renegociación de la deuda de PDVSA requiere, en todo caso, la renegociación de toda la deuda, como parte de políticas de reforma económica que solo son viables si logra restablecerse gradualmente el orden constitucional.

La caída de la producción petrolera y el sobreendeudamiento afectaron la liquidez -y quizás, la solvencia- de PDVSA, en una situación que era ya evidente para 2016. En lugar de atender las causas de esa crisis, se optó por agravar esas causas, aumentando el endeudamiento de PDVSA, lo que inevitablemente llevó al incumplimiento de su deuda en 2017.

Por último, la *tercera* causa del colapso de la industria petrolera es la destrucción de los mecanismos de mercado, mediante las políticas de expropiación que socavaron el rol de la inversión privada, cuya participación -en las empresas mixtas- era clave para la producción.

El largo y tortuoso camino de la destrucción de la producción petrolera comenzó en 2002, cuando inició la politización de PDVSA, que convirtió a esa empresa en un instrumento para la promoción del socialismo del siglo XXI. Como se detalla en el capítulo siguiente, esa destrucción se tradujo en diversas medidas cuyo efecto acumulado fue la caída de la producción petrolera, lo que aceleró y arrastró la caída de la economía venezolana, solo comparable con la caída de países que han atravesado severas guerras y conflictos políticos.

Los efectos de esa caída fueron silenciados por el *boom* de los precios, que crearon una ilusión de bienestar, al tiempo que el espacio fiscal para implementar políticas populistas y clientelares aumentó notablemente. Por ello, este *boom* devino en un auge del consumo sin precedentes, aupado además por el sobreendeudamiento.

Para 2014, la caída de los precios del petróleo dejó en evidencia la destrucción del Petro-Estado, a pesar de lo cual, se optó por continuar con las políticas que habían ocasionado ese colapso⁶⁹.

Hacia 2018, y ante la imperiosa necesidad de detener el colapso de la producción, comenzaron a adoptarse gradualmente políticas que cedieron al sector privado derechos y actividades propias de PDVSA, como se amplía en el capítulo tercero. Esta política de privatización *de facto*, de manera poco transparente e ineficiente, se orientó a paliar la frágil capacidad de PDVSA con la capacidad de inversionistas privados y Gobiernos extranjeros, como China, Rusia e Irán. Tal privatización, además, formó parte del proceso de dolarización y liberalización *de facto*, que es así un síntoma del colapso estatal.

Al tratarse de una política *de facto*, ella no modificó el marco jurídico de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, ni de las Leyes que desde el 2006 ampliaron la reserva al Estado de diversas actividades. Esto ha generado el contraste entre el ámbito de *iure*, marcado por la reserva al Estado sobre actividades de exploración, producción, comercialización y ciertas actividades aguas abajo, y el ámbito de *de facto*, de apertura al sector privado.

⁶⁹ Barrios, Douglas y Santos, Miguel Ángel, “¿Cuánto puede tomarle a Venezuela recuperarse del colapso económico y qué debemos hacer?”, en Balza, Ronald y García Larralde, Humberto (ed), *Fragments de Venezuela. 20 escritos sobre economía*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Caracas, 2019, pp. 91 y ss.

D. *El Petro-Estado en Venezuela y sus arreglos institucionales*

Luego de la nacionalización petrolera de 1975, Venezuela se organizó como un Petro-Estado, es decir, como un Estado que es propietario de los yacimientos y de las actividades del sector, a resultas de lo cual capta la práctica totalidad del ingreso petrolero, el cual constituye el ingreso determinante de las finanzas públicas.

El Petro-Estado es resultado de arreglos institucionales, y no de la abundancia o dependencia al petróleo. Así, mientras que la abundancia o dependencia son hechos, el Petro-Estado es resultado de decisiones políticas que se basan en tres arreglos institucionales.

El *primer* arreglo en el cual se basa el Petro-Estado es la propiedad pública sobre los yacimientos, según se reconoce en el artículo 12 constitucional. El *segundo* arreglo está basado en la reserva rígida sobre las actividades primarias declarada en la Ley Orgánica de Hidrocarburos y ampliada luego a ciertas actividades aguas abajo. Esta reserva implica que solo el Estado, por medio del Estado empresario, puede asumir estas actividades, de forma tal que la inversión privada queda marginada al rol de accionista minoritario. Finalmente, el *tercer* arreglo tiene que ver con la disposición del ingreso petrolero que el Estado capta y distribuye a través del Poder Ejecutivo⁷⁰.

Estos tres arreglos crean incentivos para el fortalecimiento del Poder Ejecutivo Nacional, lo que genera, al

⁷⁰ Como se ha concluido, “*las variables petroleras tienen una alta incidencia en el desempeño macroeconómico*”. Key, Ramón, “La política petrolera, su interacción con la política económica y la incidencia del sector petrolero en la actividad económica interna en Venezuela”, en *Nueva Economía* N° 32, 2010, p. 154.

menos, dos consecuencias adversas en el Derecho Constitucional venezolano: (i) promueve la centralización en el Poder Nacional, debilitando la descentralización político-territorial a favor de estados y municipios, y (ii) promueve la concentración de funciones en la Presidencia, debilitando, en el ámbito nacional, a los Poderes Legislativo y Judicial, todo lo cual resta calidad al sistema constitucional de pesos y contrapesos.

Asimismo, el reparto de la renta petrolera trastoca la relación entre el Estado venezolano y los ciudadanos, pues éstos no actúan en su rol activo de propietarios cuyo patrimonio es pechado por el poder tributario, sino que más bien se tornan en sujetos pasivos de la economía rentista. Todo lo anterior, como ha concluido Diego Bautista Urbaneja, ha estructurado a la sociedad venezolana como una sociedad reclamadora de renta, lo que socava hondamente los fundamentos republicanos necesarios para el efectivo funcionamiento del Estado de Derecho, tanto más ante los incentivos para el reparto clientelar de la renta⁷¹.

Este Petro-Estado se ha basado en la visión estatista del sector de hidrocarburos, de acuerdo con la cual el desarrollo de ese sector es responsabilidad principal del Estado, lo que encuentra reflejo en la reserva rígida declarada por la Ley Orgánica de Hidrocarburos, y que luego del 2006 fue ampliada a ciertas actividades aguas abajo. La principal excepción a esta visión estatista la encontramos en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, en tanto ésta no partió de la reserva de ese sector al Estado.

⁷¹ Urbaneja, Diego Bautista, *La renta y el reclamo*, cit. pp. XV y ss.

La visión del Petro-Estado, luego de los cambios de 2002, se subordinó completamente a los objetivos políticos del modelo socialista, lo que se tradujo en la eliminación de la autonomía técnica de PDVSA y sus empresas filiales, las cuales pasaron a ser meros instrumentos del Gobierno Nacional. Esto confundió los roles del Gobierno y PDVSA, promoviendo su politización.

Para precisar estas conclusiones, debemos definir, en términos jurídicos, al Petro-Estado⁷². Entendemos por tal al Estado organizado en torno a la predominancia del Poder Ejecutivo en la operación del sector petrolero y la captación de la renta, de forma tal que el Estado es dependiente del ingreso petrolero (lo que va más allá de la dependencia económica al petróleo o, en general, de la abundancia de petróleo). En concreto, el Petro-Estado es consecuencia de instituciones políticas por las cuales el Poder Ejecutivo Nacional (i) es propietario de los yacimientos; (ii) regula y gestiona las actividades extractivas y (iii) capta el ingreso petrolero para su posterior distribución. Al no depender de la riqueza generada por la sociedad, no existen incentivos para la efectiva implementación del principio de separación de poderes y de rendición de cuentas.

⁷² Cfr.: Ross, Michael, *The oil curse: How petroleum wealth shapes the development of nations*, Princeton University Press, Princeton, 2012, pp. 47-58. Seguimos lo que explicamos en Hernández G., José Ignacio, "Hacia una nueva la Ley orgánica de hidrocarburos", en *Libro homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón. Tomo III*, Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas, Caracas, 2019, así como Hernández G., José Ignacio, "Aspectos jurídicos de la reconstrucción de la industria petrolera nacional: hacia un nuevo marco para promover la inversión privada", en Oliveros, Luis, (editor), *La industria petrolera en la era chavista. Crónica de un fracaso*, AB Ediciones, Caracas, 2019, pp. 67 y ss.

Por lo tanto, las instituciones políticas en el Petro-Estado tienden a ser rentistas y distributivas, y por ello, clientelares y patrimoniales.

Así, mientras que en el Estado burocrático el poder político encuentra un límite en la burocracia basada en reglas objetivas de conducta -o sea, la Administración Pública- en el Estado patrimonial el poder político se basa en reglas personales y subjetivas⁷³. Por ello, los Petro-Estados tienen una propensión a tener frágiles burocracias, pero sólidas instituciones patrimoniales, todo lo cual se traduce en restricciones importantes a la capacidad estatal, o, en otros términos, en condiciones favorables a la fragilidad estatal.

En tal sentido, la economía ha estudiado cómo los Estados con recursos naturales abundantes tienden a tener un pobre desempeño económico, lo que en Estados productores de hidrocarburos se asocia la “maldición de los recursos” y la “enfermedad holandesa”⁷⁴.

La llamada maldición de los recursos parte de la observación según la cual los Estados que dependen de la explotación comercial de recursos naturales suelen tener

⁷³ Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva, Tomo I*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 170 y ss.

⁷⁴ Van Wijnbergen, Sweder, “The Dutch Disease: a Disease after all?”, *The Economic Journal* Número 41, 1982, pp. 42 y ss., tomado de Van der Ploeg, Frederick y Venables, Anthony, *The economics of resource rich economies*, Elgar Research Collection, Cheltenham-Northampton, 2015, p. 142. En cuanto a la maldición de los recursos, véase a Sachs, Jeffrey y Warner, Andrew, “The Curse of Natural Resources”, en *European Economic Review* Número 45, 2012, pp. 827 y ss., tomado de *The economics of resource rich economies*, cit., pp. 175 y ss. Véase igualmente a O’Sullivan, Meghan, *Windfall*, Simon & Schuster, New York, 2017, pp. 263 y ss.

un mal desempeño económico, en especial, medido en indicadores macroeconómicos como el crecimiento del ingreso nacional o producto interno bruto (PIB) y la inflación. Esto quiere decir los Estados que mantienen esta dependencia, suelen reflejar malos resultados macroeconómicos.

Este mal desempeño económico puede ser explicado en atención al efecto que la exportación de materias primas -y a los fines de este estudio, de hidrocarburos- produce en la balanza de pagos y, por ende, en los bienes transables y no transables. Este efecto, precisamente, es descrito como enfermedad holandesa. Así, la exportación de hidrocarburos produce un superávit en la balanza de pagos, lo que crea presiones hacia la apreciación de la tasa de cambio, y en especial, la tasa de cambio real, esto es, la tasa de intercambio de bienes entre países, todo lo cual tiende a encarecer el precio de productos locales en comparación con sus sustitutos en el comercio internacional⁷⁵.

Ahora bien, desde el punto de vista constitucional, interesa resaltar cómo las particularidades económicas del ingreso petrolero inciden en las instituciones políticas. El ingreso petrolero está conformado por rentas que se generan en el mercado internacional, en contextos de volatilidad de precios, y mediante industrias que además de ser enclaves son intensivas en capital. Cuando el ingreso fiscal depende del ingreso petrolero, estas particularidades generan condiciones para moldear instituciones

⁷⁵ Shafer, Michael, *Winners and losers*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1994, pp. 22-48.

políticas patrimoniales, clientelares y rentistas, o sea, instituciones con baja capacidad burocrática⁷⁶.

Sin duda, el autor que más ha estudiado este impacto, con especial referencia al caso venezolano, es Karl, quien observó que, como regla, el origen de los ingresos fiscales influencia al Estado que capta y administra esos ingresos. De acuerdo con Karl, en Estados exportadores de petróleo, dada la naturaleza única del ingreso petrolero, existen incentivos para crear instituciones que centralicen la gestión del sector en el Estado, aumentando su participación en el sector, al punto que los ingresos fiscales petroleros pasan a ser la primera fuente de ingresos del presupuesto nacional⁷⁷.

La dependencia de la economía al petrolero y la abundancia de recursos son hechos. Las consecuencias adversas que la renta petrolera produce en las instituciones políticas son consecuencias de los arreglos institucionales a través de los cuales se configura el Petro-Estado. Estos arreglos pueden crear, además, condiciones adversas a la democracia constitucional, en la medida en que propenden al centralismo y al estatismo.

⁷⁶ Véase a Humphreys, Macartan, "Introduction: What is the problem with natural resource wealth? en Humphreys, Macartan, et al., (ed), *Escaping the resource curse*, Columbia University Press, New York, 2007, pp. 2-11. Para el caso venezolano, *vid.* Villasmil, Ricardo "Venezuela: Public Debate and the Management of Oil Resources and Revenues", en *Public Brainpower: Civil Society and Natural Resource Management*. Cham, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2018, pp. 347 y ss.

⁷⁷ *The paradox of plenty*, *cit.*, p. 6.

Estos riesgos son mayores en la medida en que la formación del Estado Nacional se logra junto con la configuración de las instituciones del Petro-Estado, como sucedió en Venezuela.

Cabe apuntar que existe una importante contradicción entre las instituciones de la democracia constitucional y las instituciones del Petro-Estado. Mientras que las primeras están diseñadas para un Estado que depende del poder tributario y de la riqueza generada por la sociedad civil, las segundas se basan en un Estado que no depende ni del poder tributario (sobre la economía no-petrolera) ni de la riqueza de la sociedad civil.

En relación con Venezuela, cabe observar que la consolidación del Estado centralizado, en el primer tercio del siglo pasado, coincidió con la irrupción de la industria petrolera. Luego, la nacionalización consolidó las instituciones del Petro-Estado, cuando las instituciones democráticas venezolanas, que comenzaron su andadura en 1958, no estaban del todo asentadas. De allí que la crisis de la democracia venezolana iniciada en 1958, en términos de centralismo, clientelismo, partidocracia y corrupción, encuentra en las instituciones del Petro-Estado una causa fundamental⁷⁸.

De esa manera, la consolidación de los arreglos institucionales del Petro-Estado con la política de nacionalización adoptada en 1975, modificó los presupuestos económicos de la Constitución de 1961, en tanto esos arreglos crearon condiciones para centralizar al Poder Nacional, concentrando funciones en la Presidencia de la República,

⁷⁸ Karl, Terry Lynn, "Petroleum and Political Pacts: The Transition to Democracy in Venezuela", en *Latin American Research Review* Vol. 22, No. 1, 1987, pp. 63 y ss.

transformando la democracia representativa en una democracia de partidos, y haciendo al Estado independiente del ingreso tributario no-petrolero. El Derecho Administrativo surgido de esos arreglos partió de la centralidad del Estado y de la distribución de la renta petrolera. Más que Estado Social, en la práctica Venezuela fue un Estado clientelar.

Fueron esos arreglos, precisamente, los que facilitaron la imposición de las políticas públicas que destruyeron los mecanismos de mercado y derivaron en el colapso de la industria petrolera, en especial, a partir de 2002. El llamado modelo del socialismo del siglo XXI pudo apoyarse en el presidencialismo que el Petro-Estado había consolidado, todo lo cual facilitó la implementación de políticas autoritario-populistas.

Así, cuando comenzó el aumento de los precios del petróleo hacia el 2004, las instituciones del presidencialismo exacerbado bajo el Petro-Estado facilitaron la política de expropiaciones que, en suma, estuvo orientada a maximizar la captura del *boom* por el Estado para financiar el modelo socialista. No es casualidad que el período de mayores ingresos del petróleo (2006-2012) coincidió con el apogeo del modelo socialista bajo el Gobierno de Chávez.

Paradójicamente, las políticas arbitrarias que el Petro-Estado facilitó, terminaron por socavar la producción petrolera. Por ello este libro sostiene la tesis según la cual el Petro-Estado, en Venezuela, devoró al Petro-Estado.

4. *Recapitulación*

A partir de 1999, las políticas petroleras en Venezuela pasaron por tres transiciones.

Así, la *primera transición* se dio entre 1999 y 2001, cuando se adoptaron reformas jurídicas que redujeron el alcance de la nacionalización petrolera, como quedó en evidencia en el sector de los hidrocarburos gaseosos no asociados y las actividades aguas abajo reguladas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la cual además permitió la participación de la inversión privada como socio minoritario en empresas mixtas. Estas reformas fueron parte de las políticas de liberalización adoptadas por el Gobierno de Chávez, en sectores tales y como la electricidad y las telecomunicaciones.

La *segunda transición* inició en 2002, con la politización de PDVSA, como parte de las políticas orientadas a concentrar funciones en la Presidencia, socavando las bases de la democracia constitucional. La violación de la autonomía de PDVSA precedió la total politización del Tribunal Supremo de Justicia adoptada en 2004, lo que demuestra cómo el control político sobre la industria petrolera fue concebido como un objetivo prioritario a la politización del Poder Judicial. Esta politización dio paso a la destrucción de los mecanismos de mercado, con políticas arbitrarias de expropiaciones que ampliaron el control político del ingreso petrolero por la Presidencia. Todo ello socavó la producción y con ello, el ingreso petrolero, al mismo tiempo que el servicio de la pesada deuda externa aumentaba.

La *tercera transición* inicia hacia el 2018, con la privatización *de facto* de bienes y derechos que, por Ley, corresponden exclusivamente a PDVSA. Tal política ha sido un atajo legal al cual se ha acudido para tratar de atender ciertas causas del colapso de la industria petrolera, pero de manera poco transparente e ineficiente.

De esa manera, el sector petrolero pasó del ímpetu liberalizador de 1999 al ímpetu estatista iniciado en 2002, y que culminó con el control político total de la industria petrolera por el Estado. Tal y como resumió Ramón Espinasa⁷⁹:

“(...) el desmantelamiento de Pdvsa no fue un proceso lineal sino lleno de contradicciones, pero al fin y al cabo inexorable. Doblegar a Pdvsa conllevó el paso de seis presidentes a la cabeza de la corporación en los primeros cinco años de gobierno. La tensión entre Pdvsa y el gobierno tuvo ciclos a lo largo de una tendencia creciente que terminó en el colapso gerencial y operativo de la corporación (...)

Rafael Ramírez, el sexto presidente de Pdvsa, es el ministro de Energía y los viceministros son los vicepresidentes. Pdvsa no es sino una dependencia más del Ejecutivo nacional y el Presidente de la República es quien presenta sus planes al país”.

Estas políticas no solo respondieron al talente autoritario del modelo socialista, sino que también procuraron un objetivo más práctico, cual fue elevar la captura de la renta petrolera derivada del *boom* de los precios de petróleo. Pero al tratar de capturar esa renta, se destruyó la capacidad de producción del petróleo

Así, la destrucción de la autonomía de PDVSA no solo abonó por el declive del Estado de Derecho, sino que, además, tuvo repercusiones económicas determinantes, ante el colapso de la producción petrolera y con ello, del ingreso petrolero.

⁷⁹ Espinasa, Ramón, “El auge y el colapso de Pdvsa a los treinta años de la nacionalización”, *cit.*, pp. 162-163.

Como observó Ramón Espinasa, hacia 2006 -o sea, justo en el momento de implementarse la arbitraria política de expropiaciones en el sector- cerca del cuarenta por ciento (40%) de la producción dependía de campos operados con participación del sector privado, siendo que en 1998 esos campos representaban apenas cerca del diez por ciento (10%) de la producción. En concreto, esa producción derivaba de las asociaciones estratégicas en la Faja, así como de los convenios operativos. A su vez, desde 2002 se apreció el colapso de la producción en los campos operados por PDVSA. Según cálculos de Espinasa, la *“producción propia de Pdvsa se ha reducido en más de la mitad de 3,2 MMbd en 1997 a 1,5 MMbd en la actualidad. La producción actual de Pdvsa es 0,75 MMbd, más baja que la de 1999”*⁸⁰.

Las políticas de expropiaciones, como parte de las políticas predatorias que destruyeron los mecanismos de mercado, incidieron en la inversión privada que había logrado mantener la producción petrolera. A partir de esas políticas de expropiaciones, toda la producción pasó a depender de la capacidad de PDVSA, en los campos directamente operados por su filial PDVSA Petróleos, S.A., o como socio mayoritario a través de su filial CVP. Fue por ello por lo que el colapso de PDVSA arrastró el colapso de la producción y del ingreso petrolero, y con ello, el colapso de toda la economía, e incluso, de Venezuela como Estado. El Petro-Estado terminó devorándose al Petro-Estado.

⁸⁰ Espinasa, Ramón, “El auge y el colapso de Pdvsa a los treinta años de la nacionalización”, *cit.*