

III

LA INCONSTITUCIONAL CESIÓN DE DERECHOS Y ACTIVIDADES DE PDVSA A LA INVERSIÓN PRIVADA

Dos causas contribuyeron a ampliar la informalidad económica en PDVSA, en especial, a partir de 2016: el colapso estatal y la política de sanciones impuesta por Estados Unidos a partir de 2017.

Así, como explicamos en el capítulo anterior, la politización de PDVSA redujo el rol de la inversión privada, generando problemas financieros y operativos. En lugar de atender la causa raíz de ese problema, el Gobierno de Venezuela optó avanzar en la cesión de activos de la industria petrolera al margen de la Constitución. Fue así como las acciones de Citgo Holding, Inc. fueron inconstitucionalmente cedidas en garantía a favor de acreedores extranjeros. Esto ha dado lugar a diversos acuerdos por medio de los cuales se han cedido activos y derechos de PDVSA a la inversión privada, al margen del ordenamiento jurídico analizado en el primer capítulo.

A su vez, a partir de 2017 la política de sanciones de Estados Unidos comenzó a dirigirse a PDVSA. Esta política escaló en enero de 2019 a través de dos medidas, en cierto modo, contradictorias: (i) la inclusión de PDVSA como sujeto sancionado y (ii) el reconocimiento del presidente de la Asamblea Nacional como presidente encar-

gado. Ambas políticas eliminaron la capacidad de Nicolás Maduro de representar a Venezuela en Estados Unidos, uno de los mercados tradicionales del petróleo venezolano, como examinamos en detalle en el capítulo siguiente.

Ahora bien, la cesión de derechos y activos de PDVSA al sector privado puede ser calificada como una privatización *de facto*, pues no responde a la reforma del marco jurídico ni a la reinserción de los mecanismos de mercado. Esta privatización debe ser analizada en un contexto más amplio, a saber, al creciente informalidad de la economía venezolana.

1. *La cesión de las acciones de Citgo Holding, Inc., y el control parlamentario sobre contratos de interés público nacional. En especial, el caso de los Bonos PDVSA 2020*

El inicio de la política de privatización *de facto* de PDVSA puede ubicarse en la cesión de las acciones de Citgo Holding, Inc. a acreedores extranjeros, en violación de la Constitución.

La inconstitucionalidad de esa cesión se basa en razones sustanciales y formales. Así, como fue analizado en el capítulo anterior, las operaciones de crédito público de PDVSA, que terminaron en la cesión en garantía de las acciones de Citgo Holding, Inc., no fueron económicamente racionales, ni atendieron a la capacidad de pago de PDVSA. Por el contrario, esas operaciones fueron irracionales, pues no se orientaron a solucionar las causas de la crisis financiera de PDVSA, relacionadas con el colapso de su producción y su sobreendeudamiento. El Gobierno de Maduro optó por eludir esas reformas de fondo,

principalmente, pues había optado por desconocer la autoridad de la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional²⁰².

Esto permite abordar la segunda causa de inconstitucionalidad: la violación del control que la Asamblea Nacional debe ejercer sobre los contratos de interés nacional suscritos por PDVSA, en los términos de los artículos 150 y 187.9 de la Constitución. PDVSA, como ente de la Administración Pública Nacional y parte del Poder Ejecutivo Nacional, debe contar con autorización previa de la Asamblea Nacional para celebrar contratos de interés público nacional con sociedades extranjeras. La aplicación de ese control nunca se ha puesto en duda en Venezuela. Así, ese control fue analizado en el marco del proceso de internacionalización de PDVSA, aun cuando se concluyó que el control no aplica de manera extraterritorial, o sea, para contratos suscritos y ejecutados fuera de Venezuela por filiales extranjeras de PDVSA. Durante la apertura petrolera, también se ratificó la aplicación de este control. Asimismo, los acuerdos de la Asamblea Nacional que autorizan la creación de empresas mixtas bajo la Ley Orgánica de Hidrocarburos declararon a los contratos de sociedad como contratos de interés público nacional²⁰³.

²⁰² El resumen de las decisiones que desconocieron la autoridad de esa legislatura, en Brewer-Carías, Allan, *Dictadura Judicial y pervisión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas, 2016. Véase allí nuestro estudio “El asedio a la Asamblea Nacional”, pp. 51 y ss.

²⁰³ Hernández G., José Ignacio, “Los contratos de interés público nacional y las Empresas del Estado: el caso de PDVSA”, en Urdaneta, Gustavo *et al.*, (ed), *Homenaje a Caballero Ortiz*, Tomo I,

Ciertamente, el concepto de contratos de interés público nacional es bastante impreciso. Pero ello no quiere decir que no existan elementos jurídicos para precisar, en cada caso concreto, cuándo un contrato celebrado por PDVSA es un contrato de interés público nacional. El elemento clave es su objeto o causa, pues debe tratarse de un contrato que incida en áreas estratégicas de la industria petrolera y que vayan más allá de las operaciones ordinarias de PDVSA²⁰⁴.

Siendo PDVSA el instrumento creado para la ejecución de políticas de hidrocarburos de evidente interés público nacional, la identificación de este tipo de contratos se facilita. Así, todo contrato por medio del cual PDVSA ceda a empresas extranjeras el control y operación de los derechos que le corresponde ejercer en su rol constitucional del ente creado para el manejo de la industria petrolera, son contratos de interés público nacional. Cuando esos contratos son suscritos con Gobiernos o empresas extranjeras, la Constitución impone el control autorizatorio previo de la Asamblea Nacional.

Tal fue el caso de los contratos por medio de los cuales PDVSA cedió en garantía, a acreedores extranjeros, las acciones de Citgo Holding, Inc. Esta cesión versó sobre el activo externo más valioso de PDVSA, que es pieza clave en el proceso de comercialización internacional del petróleo venezolano. Por ello, la Asamblea Nacional no solo

Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2022, pp. 427 y ss.

²⁰⁴ Brewer-Carías, Allan, *Sobre las nociones de contratos administrativos, contratos de interés público, servicio público, interés público y orden público, y su manipulación legislativa*, Editorial Jurídica Venezolana, segunda edición, Caracas, 2021, pp. 200 y ss. Véase la sección séptima de este capítulo.

concluyó que esa garantía debió haber sido autorizada previamente, sino que en el caso de los Bonos PDVSA 2020, esa garantía era inconstitucional²⁰⁵.

La cesión de las acciones de Citgo Holding Inc. a acreedores extranjeros sin el control previo de la Asamblea, fue parte de la política adoptada a partir de 2016, y que, en el marco del continuado estado de excepción, se orientó a desconocer el control previo parlamentario sobre los contratos de interés público nacional. Frente a tal situación, en Acuerdo de 26 de mayo de 2016, la Asamblea Nacional declaró la inconstitucionalidad de todo contrato de interés público nacional suscrito sin su control previo²⁰⁶. Con esa declaración, la cuarta legislatura ratificaba la inconstitucional de la situación de *facto* que el Gobierno promovía por medio de estados de excepción que, en la práctica, afectaron la vigencia de la Constitución.

Sin embargo, como las facultades de control de la Asamblea Nacional habían sido desconocidas, estas decisiones no generaron ningún efecto práctico, y PDVSA logró ceder en garantía las acciones de Citgo, como explicamos, en dos contratos: (i) el 28 de octubre de 2016 PDVSA, ignorando el Acuerdo de 27 de septiembre de 2016, suscribió el contrato de emisión de los Bonos 2020 y el contrato de colateral sobre el 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc. Luego, (ii) el 30 de noviembre de 2016, se

²⁰⁵ Acuerdo de 27 de septiembre de 2006.

²⁰⁶ Puede ser consultado aquí: <https://www.asambleanacionalvenezuela.org/actos/detalle/acuerdo-sobre-el-respeto-de-las-facultades-propias-e-intransferibles-de-la-asamblea-nacional-sobre-los-contratos-de-interes-publico-que-suscriba-el-ejecutivo-nacional-con-estados-o-entidades-oficiales-extranjeras-o-com-sociedades-no-domiciliadas-en-v>

cedió a favor de Rosneft el 49,9% de las acciones de Citgo Holding, Inc., en garantía al contrato de suministro con cláusula de pre-pago que las partes habían firmado.

En 29 de octubre de 2019 PDVSA (representada por la junta administradora ad-hoc) y PDV Holding, Inc., demandaron la nulidad de los contratos de emisión y garantía de los Bonos PDVSA 2020, precisamente, por violar el acuerdo de la Asamblea Nacional de 27 de septiembre de 2016, que había prohibido a PDVSA ceder las acciones en garantía. El argumento central es que el colateral sobre las acciones de Citgo Holding, Inc., había violado la Constitución, tal y como la Asamblea Nacional decidió en el Acuerdo de 2016, ratificado en el 15 de octubre de 2019, todo ello, de conformidad con la doctrina del acto de Estado²⁰⁷. Es importante aclarar que la demanda de nulidad solo se basó en el cuestionamiento del colateral, pero no en la legalidad de la operación de canje.

El 16 de octubre de 2020 la Corte del Distrito Sur de Nueva York dictó sentencia, mediante una opinión que desestimó la demanda intentada por PDVSA y PDV Holding, Inc., al considerar -erradamente- que el Acuerdo de la Asamblea Nacional no había impedido a PDVSA ceder en garantía las acciones y que, en todo caso, el Derecho Venezolano no era aplicable²⁰⁸.

²⁰⁷ En apretada síntesis, esta doctrina sostiene que los actos dictados por órganos de gobiernos de Estados extranjeros en su territorio deben presumirse válidos y vinculantes para las cortes de Estados Unidos.

²⁰⁸ Cfr.: Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, cit.

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

Este caso puso en evidencia dos visiones antagónicas en el seno de la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional, y en el -así llamado- Gobierno Interino. Así, de manera unánime, los diputados de la fracción de la Mesa de la Unidad Democrática habían ratificado la inconstitucionalidad de la cesión de las acciones el 24 de enero de 2019, al autorizar el pago bajo protesta de los intereses, y de manera especial, en Acuerdo de 15 de octubre de 2019, el cual incluso emplazó a PDVSA a ejercer acciones legales. Al no haberse logrado un acuerdo negociado con los acreedores, la junta ad-hoc de PDVSA, de manera unánime, aprobó demandar la nulidad del contrato de emisión y de garantía, según anunció el 28 de octubre de 2019.

A pesar de todo lo anterior, hacia abril de 2020, dentro del propio seno del -así llamado- Gobierno Interno, de manera sobrevenida y pública se cuestionó la estrategia de la demanda de nulidad, a pesar de que, como se dijo, todas las decisiones relacionadas con esa estrategia contaron con el apoyo unánime dentro de las fuerzas que conformaban a tal Gobierno²⁰⁹. Este es un aspecto importante pues refleja cómo las diferencias políticas en el seno de la oposición venezolana eran incluso más evidentes en lo que atañe al rol del Estado en el sector petrolero y, muy especialmente, en cuanto a la deuda financiera de PDVSA²¹⁰.

²⁰⁹ “Primero Justicia: es un error demandar a los acreedores de bonos PDVSA 2020”, *Banca y Negocios*, 29 de abril de 2020, tomado de: <https://www.bancaynegocios.com/primero-justicia-es-un-error-demandar-a-los-acreedores-de-bonos-pdvsa-2020/>

²¹⁰ Poco después, 16 de junio de 2020, se hizo público en el expediente del juicio de nulidad, la declaración jurada del repre-

Desde el punto de vista jurídico, toda esta situación generó confusión en torno a la naturaleza jurídica del Acuerdo de la Asamblea Nacional de 27 de septiembre de 2016, lo que, sin duda, influyó en la sentencia de la Corte de Distrito de 16 de octubre de 2020 que desestimó la relevancia jurídica de ese Acuerdo. Este precedente es importante más allá del caso de los Bonos 2020, pues permitiría desestimar los efectos jurídicos del control parlamentario sobre contratos de interés público nacional.

El 13 de octubre de 2022 la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito revirtió la decisión de la Corte de Distrito, al considerar que había méritos para aplicar el Acuerdo de la Asamblea Nacional, pero optó por consultar el punto con la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York, quien conoce actualmente el caso. Lo que debe decidirse, así, son los efectos jurídicos del Acuerdo de la Asamblea Nacional de 27 de septiembre de 2016 ratificado en Acuerdo de 15 de octubre de 2020. De desestimarse la relevancia jurídica de esos acuerdos, no solo se violaría la doctrina del acto de Estado, sino que, además, se estarían reduciendo las medidas de protección del patrimonio público venezolano ante la privatización *de facto* de PDVSA.

2. *El PDVSA Trust Litigation Agreement*

La cesión de derechos de PDVSA continuó, al margen del control parlamentario. Un ejemplo relevante es el contrato firmado en 2017 por el Poder Ejecutivo Nacional

sentante de uno de los principales tenedores de los Bonos, en la cual se señaló que, en agosto de 2016, diputados de la Asamblea Nacional prometieron que el legislativo no cuestionaría jurídicamente la emisión de los Bonos 2020. La declaración puede ser vista aquí: <https://perma.cc/MT8X-65KZ>

que, en supuesta representación de PDVSA, cedió a una firma privada derechos litigiosos derivados de supuestos actos fraudulentos ocasionados en perjuicio de PDVSA²¹¹. La Asamblea Nacional consideró que la cesión de derechos litigiosos a una firma extranjera era un contrato de interés público nacional que debió haber sido autorizado. Ello, en todo caso, sin perjuicio de un dato obvio: el Poder Ejecutivo no puede actuar en nombre y representación de PDVSA. Este contrato era, así, otra muestra más del uso político de PDVSA por el Gobierno Nacional.

Conviene repasar los aspectos centrales de este caso, que revela la cesión indebida de derechos de PDVSA²¹².

El 27 de julio de 2017 se firmó el acuerdo para crear un fideicomiso de litigio, conocido como el *PDVSA Trust Litigation Agreement*, supuestamente firmado por PDVSA y quienes fueron designados como fideicomisarios, en especial, firmas privadas de abogados. A través de ese contrato, PDVSA cedió a los fideicomisarios derechos litigiosos en contra de diversas empresas que, supuestamente, habrían realizado operaciones fraudulentas, relacionadas con la comercialización de petróleo, causando un perjuicio al patrimonio público. Bajo este acuerdo, las firmas

²¹¹ Brewer-Carías, Allan, *Crónica de una destrucción. Concesión, nacionalización, apertura, constitucionalización, desnacionalización, estatización, entrega y degradación de la industria petrolera, cit.*, pp. 317 y ss.

²¹² El 13 de agosto de 2018 presentamos en el juicio el reporte que preparamos como experto independiente de Derecho Venezolano, en el cual explicamos la inconstitucionalidad de los acuerdos suscritos, tomando como referencia los Acuerdos de la Asamblea Nacional. Esta opinión fue especialmente considerada por el Juez Otazo-Reyes de la Corte del Distrito Sur de Florida, en opinión de 5 de noviembre de 2018. La información se toma del expediente público del caso.

privadas podrían retener hasta el 66% de cualquier compensación que lograsen obtener por los daños ocasionados por las señaladas operaciones fraudulentas. Con base en este acuerdo, el trust demandó a los contratistas de PDVSA.

Como puede apreciarse, el objeto del contrato era ceder, a firmas privadas, derechos de PDVSA derivados de supuestos perjuicios al patrimonio público. Es el caso que esta cesión era violatoria del Derecho venezolano, básicamente, por tres razones que conviene resumir.

En *primer lugar*, el acuerdo fue suscrito por el ministro del sector, como supuesto representante PDVSA. Esto es, que la República se abrogó, inconstitucionalmente, la representación de PDVSA, como una muestra más de cómo la autonomía de esa empresa fue sistemáticamente violada.

En *segundo lugar*, y al margen de lo anterior, PDVSA ha debido iniciar procedimientos de control fiscal para determinar la responsabilidad patrimonial de los contratistas que supuestamente incurrieron en operaciones fraudulentas, todo ello, de acuerdo con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal. Con lo cual, la República no solo usurpó la representación de PDVSA, sino que, además, cedió a firmas privadas actuaciones propias del control fiscal, lo que es un ejemplo de privatización *de facto*.

Finalmente, y al margen de todo lo anterior, la cesión de estos derechos a firmas extranjeras, como lo declaró la Asamblea Nacional en Acuerdos de 3 y 24 de abril de 2018, respondió a un contrato de interés público nacional que violó la Constitución.

Este argumento fue expresamente acogido, primero, por el magistrado de sustanciación en opinión del 5 de noviembre de 2018, y luego, en sentencia de la Corte del Distrito Sur de la Florida, de 8 de marzo de 2019. Aun cuando la demanda fue desestimada por aspectos específicos del Derecho del Estado de Nueva York, la Corte observó que, bajo el Derecho venezolano, y bajo la tesis de la doctrina del acto de Estado, los Acuerdos de la Asamblea Nacional hubiesen determinado, igualmente, la invalidez del contrato.

Posteriormente, PDVSA -representada por Maduro- solicitó reabrir la causa, ahora, interviniendo como parte -pues hasta entonces solo había intervenido el Trust, a pesar de su clara ilegitimidad-. La Corte de Distrito, en sentencia de 2 de febrero de 2022, negó la petición, por aspectos procesales. Al conocer de la apelación contra esa sentencia, la Corte de Apelaciones del Circuito Undécimo, en sentencia de 13 de marzo de 2023, confirmó la decisión, pero sobre la base del principio de la no-justiciabilidad del reconocimiento del Gobierno de Venezuela. Así, en tanto Maduro no es el Gobierno reconocido en Estados Unidos, la Corte de Apelaciones negó su cualidad para actuar en nombre de PDVSA.

No obstante, también la Corte de Apelaciones observó que la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional había suprimido la figura del presidente encargado, a pesar de lo cual, la posición del Gobierno de Estados Unidos sigue siendo considerar a Maduro como un Gobierno no-reconocido. Esta observación no tuvo incidencia en el caso planteado, pues la solicitud de PDVSA -representada por Maduro- fue formulada cuando todavía el presidente encargado era reconocido como tal. Pero la advertencia de-

muestra los riesgos que la eliminación del cargo de presidente encargado supone para la representación legal de PDVSA en Estados Unidos²¹³.

3. *Los contratos de servicio petroleros, y en especial, los acuerdos de servicios compartidos o productivos*

En 2018 PDVSA anunció la celebración de diversos contratos de servicios con firmas privadas, en el marco de la política de restructuración de esa empresa²¹⁴. Tal política de restructuración, lejos de atender a las causas del colapso de la capacidad de producción, avanzó en la politización de PDVSA. Los contratos de servicios fueron, además, un intento fraudulento por simular la cesión de derechos exclusivos de PDVSA. Conviene detenernos en este punto.

De acuerdo con la Ley Orgánica de Hidrocarburos, solo el Poder Ejecutivo Nacional puede emprender actividades de exploración y producción, así como de comercialización de crudo natural. El derecho para emprender estas actividades ha sido confiado a filiales de PDVSA, incluyendo las empresas mixtas. Las empresas operadoras, por ende, solo pueden ser empresas del Estado, de propiedad exclusiva o mayoritaria de PDVSA.

En tanto empresas del Estado, las empresas operadoras están sujetas a la Ley de Contrataciones Públicas a los fines de contratar obras, bienes y servicios. A través del contrato de servicio, las empresas operadoras enco-

²¹³ Véase la segunda sección del capítulo cuarto.

²¹⁴ “Pdvsas insiste en aliarse con empresas desconocidas para recuperar producción”, *Tal Cual*, 20 de septiembre de 2018, tomado de: <https://talcualdigital.com/pdvsas-insiste-en-aliarse-con-empresas-desconocidas-para-recuperar-produccion/>

miendan a un tercero prestaciones que consisten, principalmente, en un hacer, incluyendo contratos comerciales, así como contratos que implican la prestación de servicios profesionales, por ejemplo, de ingeniería. El contrato de servicios es instrumental a la ejecución del objeto social de la empresa operadora²¹⁵.

La capacidad contractual de las empresas mixtas, y en general, de las empresas operadoras, está regulada por el artículo 25 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, de acuerdo con el cual estas empresas:

“podrán realizar las gestiones necesarias para el ejercicio de las actividades que se les hayan transferido y celebrar los correspondientes contratos, todo conforme a las disposiciones de esta Ley u otras que les fueren aplicables”

Estos contratos son, así, contratos públicos, incluyendo contratos de obras, bienes y servicios, por medio de los cuales las empresas operadoras se auxilian de terceros para cumplir con su objeto social. Estos contratos pueden ser celebrados por las empresas operadoras para confiar a terceros servicios especiales, como, por ejemplo, perforación, tratamiento de aguas y transporte. Lo importante es que, incluso mediando estos contratos, el control de la operación debe recaer en la empresa operadora.

²¹⁵ Véase lo que explicamos en Hernández G., José Ignacio, “Hacia un nuevo marco contractual para promover la inversión privada en el sector de los hidrocarburos”, en *Régimen legal de los hidrocarburos. VII Jornadas Aníbal Dominici*, AB Ediciones, Caracas, 2018, pp. 291 y ss.

Ahora bien, existe en la industria petrolera global la figura del contrato de servicio petrolero que se caracteriza por encomendar al contratista todas las actividades asociadas a la producción de hidrocarburos, y eventualmente, a su comercialización. Esto permite al contratista vender -en nombre y cuenta de la empresa operadora- la producción, percibiendo la totalidad del ingreso, y enterando a la empresa operadora los montos correspondientes al *government take*, más cualquier otro pago pactado. Con lo cual, la remuneración del contratista, en términos sencillos, es la diferencia entre el ingreso por ventas, por un lado, y los costos operativos más los pagos debidos al Estado, por el otro.

Hay, por ende, tres diferencias principales entre el contrato (puro) de servicio y el contrato de servicio petrolero. En el primero, las tareas encomendadas son específicas e instrumentales; en el segundo, las tareas encomendadas son esenciales al cumplimiento del objeto social. Además, en el contrato de servicio la remuneración depende del pago pactado, usualmente, de manera fija, mientras que en el contrato de servicio petrolero el pago puede depender del resultado económico de la producción, lo que implica que el contratista asume una parte importante del riesgo. Finalmente, en el contrato de servicio el control de la operación siempre es de PDVSA -por medio de la filial o empresa mixta- mientras que en el contrato de servicio petrolero PDVSA cede esa operación.

El contrato de servicio petrolero excede de la capacidad contractual de las empresas operadoras, pues en la práctica, este contrato cede la operación de actividades reservadas al Estado a contratistas privados. Así, quien asume la gestión de las actividades primarias es el contratista, no la empresa operadora, a pesar de que ésta es titular de derechos petroleros indelegables. En otros tér-

minos: las empresas operadoras pueden celebrar contratos de servicios, pero no pueden celebrar contratos de servicios delegando en el contratista todas las tareas anejas a la producción y, eventualmente, la comercialización.

Este contrato de servicio petrolero se asemeja a la concesión. En ambos casos el contratista asume, a cuenta y riesgo, la realización de actividades extractivas. Sin embargo, la concesión traslada derechos extractivos al contratista, mientras que el contrato de servicios petroleros no traslada tales derechos, cuya titularidad retiene el Estado. Con lo cual, el contratista en el contrato de servicio petrolero no tiene derecho alguno sobre los yacimientos, pues esos derechos solo se transfieren en la concesión.

Por ello, el contrato de servicio petrolero es similar a los contratos operativos suscritos durante la apertura petrolera. Sin embargo, al menos formalmente, estos contratos se ampararon en el artículo 5 de la LORECH. Pero lo cierto es que la Ley Orgánica de Hidrocarburos no permite delegar, en contratistas privados, la operación de las actividades reservadas. Así, como fue realizado en 2006 al aprobarse las condiciones de las empresas mixtas, los contratos suscritos entre las empresas operadoras y el inversionista privado no pueden desnaturalizar la reserva, con lo cual, esos contratos deben preservar el derecho exclusivo de las empresas operadoras de realizar actividades primarias, sin perjuicio del derecho a contratar servicios específicos.

La reserva, en efecto, impide que a través de contratos entre la inversión privada y las empresas operadoras, éstas deleguen en aquélla la gestión de todas las actividades de exploración, producción y comercialización (según se trate de crudos naturales o no). Esta reserva no se opone

a la celebración de contratos que encomienden específicas tareas a terceros, como la perforación. Por ello, la diferencia entre el contrato de servicio petrolero y el contrato puro de servicio es cuantitativa, y solo puede determinarse en un análisis casuístico: cuando el contrato de servicio delega, en los hechos, la operación en el contratista, estaremos ante un contrato de servicio petrolero cuyo objeto es ilegal, por violar la reserva al Estado²¹⁶.

La reserva al Estado de las actividades primarias (exploración y producción), y de la comercialización del crudo natural, es una severa limitación a la inversión privada y, por ende, una limitante a la recuperación de la producción petrolera. La solución a esa limitación pasa por reformar la Ley Orgánica de Hidrocarburos. No es una solución, por ello, burlar la reserva simulando contratos de servicios que, en fondo, trasladan a contratistas privados derechos exclusivos del Estado.

Esto fue lo que concluyó la Asamblea Nacional en Acuerdo de 25 de septiembre de 2018, cuando cuestionó la constitucionalidad y legalidad de los contratos de

²¹⁶ Analizando el caso de Venezuela, *vid.* Pinto, Sheraldine, “A propósito de los contratos de servicios y de ingeniería en la industria petrolera”, en *Revista Legislación y Jurisprudencia* N° 5, Caracas, 2015, pp. 499 y ss. Véase también, de la autora, “Contrato de servicios petroleros e industria petrolera venezolana”, en *Régimen legal de los hidrocarburos. VII Jornadas Aníbal Dominici*, cit., pp. 53 y ss. Como aclara la autora, “el contrato de servicios –en cuanto contrato petrolero –es aquel por el cual la compañía petrolera, actuando como contratista y, en principio, por cuenta del Estado propietario de los recursos naturales y/o del titular del derecho de exploración y de explotación de los hidrocarburos, se compromete a ejecutar –anticipando los recursos económicos y técnicos necesarios –las en una determinada área, en favor de su cocontratante, mediante contraprestación económica actividades de exploración y producción de hidrocarburos” (p. 63).

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

servicios petroleros promovidos por PDVSA, y que, en la práctica, delegaban en contratistas privados la conducción de actividades reservadas, por Ley, al Estado. Esto es, que el objeto de esos contratos es inconstitucional, pues PDVSA dispuso de derechos que son indisponibles. La Asamblea recordó que:

“quienes permitan o suscriban contratos de servicios en los cuales se pretenda facultar a empresas privadas a la realización de actividades primarias referentes a los yacimientos de hidrocarburos que no se hayan aprobado por esta Asamblea Nacional, incurrir en responsabilidad política, penal y administrativa por tratarse de una clara violación a la Constitución y la Ley”.

Este criterio fue ratificado en Acuerdo de 8 de enero de 2019, en el cual se alertó que:

“el Gobierno Nacional, a pesar de las advertencias de la Asamblea Nacional, continúa entregando las riquezas petroleras, y bajo la falsa figura de empresas de servicios, ilegalmente continúa entregando concesiones petroleras para realizar exploración, extracción, recolección, transporte y almacenamiento inicial de los yacimientos de hidrocarburos, actividades que solo son permitidos por nuestras leyes mediante la creación de empresas mixtas aprobadas por la Asamblea Nacional”.

Es importante aclarar que la limitación a la cual nos estamos refiriendo es absoluta, pues deriva de la ilegalidad del objeto del contrato de servicio. No es el caso, por ello, de contratos que puede celebrar PDVSA previo control de la Asamblea Nacional -los contratos de interés

público nacional- sino de contratos que exceden de la capacidad contractual de PDVSA, sus filiales y empresas mixtas, incluso, mediando autorización legislativa.

En concreto, los contratos que suscribió PDVSA serían contratos conocidos como “*acuerdos de servicios compartidos*” (ASC), o “*acuerdos de servicios productivos*” (ASP)²¹⁷. Se trata de contratos de servicios petroleros en los cuales el contratista asume todas las actividades necesarias para la exploración y producción de petróleo, incluyendo los costos de operación e incluso de inversión. La remuneración está atada a la producción y, eventualmente, puede ser pagada en petróleo (bajo la modalidad de producción compartida, lo que amplía el ámbito de los derechos del contratista).

Desde el punto de vista jurídico, los ASC no pueden celebrarse en relación con actividades reservadas al Estado, por las razones ya explicadas. Eventualmente, este tipo de contratos puede ser suscrito en actividades no-reservadas, y en concreto, en las actividades aguas abajo. Pero no es posible transferir -si quiera indirectamente- a contratistas privados la realización de todas las actividades de exploración y producción²¹⁸.

²¹⁷ De acuerdo con Juan Carlos Andrade, PDVSA ha empleado tres modelos contractuales desde el 2018, para ampliar el rol de la inversión privada: los contratos de servicios productivos, los contratos de servicios conjuntos y las alianzas estratégicas. Los contratistas privados asumen la obligación de financiar los costos operativos y de capital, lo que además incluye la selección del comprador (offtaker) de la producción. “Venezuela, still a unique Diamond in the rough”, LEC Abogados, 2022.

²¹⁸ Como explica Juan Cristóbal Carmona, “*Los ASC y ASP pudieran enmarcarse en buena medida en los llamados en el mundo anglosajón*”

Este tipo de contratos respondió a la crisis operativa y fiscal de PDVSA, que le impidió asumir los costos de capital y operativos necesarios para recuperar la producción petrolera, ante lo cual, se optó por celebrar contratos de servicios petroleros que cedieron inconstitucionalmente derechos exclusivos del Estado, en lo que es otro ejemplo de la privatización *de facto* de PDVSA.

4. *La cesión de derechos en las empresas mixtas y la cesión de la operación a socios minoritarios. El caso de Petrozamora*

La Asamblea Nacional también cuestionó los contratos por medio los cuales PDVSA -a través de la CVP- modificó los términos y condiciones de empresas mixtas autorizados mediante acuerdos de la Asamblea. Repasemos los hechos centrales.

Offtaking Contracts. Bajo esta figura, una de las partes, la contratante, explotadora jurídica del recurso, conviene con un tercero, contratista, el desarrollo de un proyecto. Puede así acordarse entre las partes que corresponde al contratista financiar y llevar a cabo la actividad extractiva bajo la modalidad de servicio, a cambio de lo cual obtiene como contraprestación una porción del recurso explotado, previo el cumplimiento de las obligaciones tributarias y patrimoniales que recaen sobre el contratante". Vid.: "Acuerdos de Servicios Productivos y la Ley Antibloqueo en el sector petrolero", Petroguía, 8 de julio de 2021: <http://www.petroguia.com/pet/blog/opinion/acuerdos-de-servicios-productivos-y-la-ley-antibloqueo-en-el-sector-petrolero>". En la financiación de proyectos, el "offtaker" se compromete a comprar toda la producción, lo que facilita la estimación del flujo de caja. En el negocio petrolero, el oftaker o comprador adquiere el crudo producido aportando las inversiones necesarias para la operación.

El 9 de febrero de 2017 la Asamblea Nacional aprobó un Acuerdo en el que se recordó que el 21 de febrero de 2016 el Ministerio de Energía y Petróleo anunció el acuerdo para el aumento hasta un cuarenta por ciento (40%) de la participación accionaria de la empresa petrolera estatal rusa Rosneft en la empresa mixta PetroMonagas y en la cual PDVSA es accionista mayoritario. La venta de acciones de la CVP a Rosneft, para la Asamblea Nacional, era un contrato de interés público nacional sujeto al control previo de la Asamblea de acuerdo con el artículo 150 constitucional, pero también, de conformidad con la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Asimismo, en 2018 se conoció que la CVP cedió parte de sus acciones a la CNPC en la empresa mixta Sinovensa, de forma tal que la empresa estatal china pasó a ser accionista del 49,9%, en una operación que tampoco fue autorizada por la Asamblea Nacional²¹⁹. Muy probablemente esta operación de cesión de activos se relacionó con los problemas que PDVSA afrontaba para cumplir con las obligaciones de venta de petróleo en el marco del llamado Fondo Chino. Así, al aumentar el control en la empresa mixta, CNPC contribuyó a mejorar la capacidad de producción y, con ello, el repago de la deuda. De allí que tampoco queda claro si esta cesión supuso el pago por las acciones de la CVP, o más bien las acciones fueron cedidas como forma de pago de la deuda.

Posteriormente, y como reacción a las sanciones impuestas por el Gobierno de Estados Unidos, tal y como explicamos en el capítulo siguiente, el 28 de marzo de

²¹⁹ “Venezuela vende 9,9 por ciento de acciones de empresa mixta a petrolera china”, *Reuters*, 18 de septiembre de 2018, tomado de: <https://www.reuters.com/article/petroleo-venezuela-china-idLTAKCN1LY2UV-OUSLD>

2020 Rosneft anunció su decisión de ceder a una empresa propiedad del Estado ruso todos sus derechos y activos en el sector de hidrocarburos en Venezuela. En específico, anunció su intención de ceder su participación en las empresas mixtas Petromonagas, Petroperijá, Boquerón, Petromiranda y Petrovictoria²²⁰. El 7 de abril de 2020 la Asamblea Nacional aprobó un Acuerdo en el cual dispuso iniciar una investigación para determinar la constitucionalidad de esa cesión.

Un caso que merece especial atención es la empresa mixta Petrozamora, constituida en 2012 con el socio minoritario Gazprombank Latin America Ventures B.V. La información de esa empresa no es del todo clara. Así, pareciera que, originalmente, esa empresa era una filial de Gazprombank JSC, a través de GPB Global Resources B.V. No obstante, Gazprombank JSC no habría sido el único accionista, pues también participaban inversionistas privados, incluyendo a quienes han sido señalados por casos de corrupción en Venezuela²²¹.

A todo evento, en 2019 se anunció que el Gobierno Ruso habría cedido la participación de Gazprombank JSC en GPB Global Resources B.V., con lo cual, el socio minoritario de Petrozamora pasó a estar controlado por inversionistas privados, incluyendo a ex empleados de

²²⁰ Véase <https://www.rosneft.com/press/releases/item/200275/>

²²¹ Así, en la operación de préstamo que realizó Gazprombank Latin America BV a Petrozamora, aquella habría sido representada por "*Francisco Convit Guruceaga, representando a Derwick Associates (prestamista) y Boris Imanov*". Véase, de *El tiempo Latino*, "Corrupción: Conexión Rusia-Venezuela", 30 de abril de 2018, tomado de: <https://eltiempolatino.com/2018/04/30/latinoamerica/gobierno-sanciona-gazprombank-derwick/>

Gazprombank JSC²²². Además, GPB Global Resources B.V. habría recibido petróleo como pago de la deuda mantenida con la empresa mixta, según reportes de los medios de abril de 2020. En especial, este crudo sería suministrado a Nynas, la refinería en la cual PDVSA, como se explica en este libro, tenía 50% de las acciones²²³. Nynas, a su vez, mantenía una deuda con GPB Global Resources B.V., la cual fue parte de su reestructuración judicial, a resultas de la cual -y en condiciones poco transparentes- se redujo sustancialmente la participación de PDVSA en esa refinería²²⁴.

En septiembre de 2022 fue informado que PDVSA había adquirido las acciones de Global Resources B.V., en lo que esta empresa calificó como una expropiación²²⁵. El

²²² “Russia's Gazprombank sells its indirect stake in Venezuelan venture: source”, *Reuters*, 14 de marzo de 2019, tomado de: <https://www.reuters.com/article/us-venezuela-politics-gazprombank-idUSKCN1QV2XF>

²²³ “Venezuela's PDVSA allocates oil cargoes to partner at Petrozamora – data”, de Marianna Párraga *et al.*, *Reuters*, 12 de mayo de 2020, tomado de: <https://www.reuters.com/article/us-venezuela-oil-partner-exclusive-idUSKBN22O2AZ>. Véase la sección ocho del capítulo tercero.

²²⁴ “Nynas inches closer to formal exit from reorganization”, 27 de octubre de 2020, tomado de: <https://www.fuelsandlubes.com/nynas-inches-closer-to-formal-exit-from-reorganisation/>

²²⁵ Algunos medios solo informaron sobre la adquisición de las acciones de la empresa mixta por PDVSA: “Russia completes exit from Venezuela's Petrozamora”, *Argus Media*, 27 de septiembre de 2022, tomado de: <https://www.argusmedia.com/en/news/2374943-russia-completes-exit-from-venezuelas-petrozamora>. Pero otros medios calificaron a esta operación como una adquisición forzosa de las acciones propiedad del socio minoritario. De *Bloomberg*, véase “Venezuela Seizes Stake in Oil Venture From

accionista minoritario incluso anunció su decisión de ejercer acciones judiciales en contra de PDVSA -en específico, una demanda de arbitraje por incumplimiento contractual- por lo que considera fue una expropiación sin compensación²²⁶. Para hacer la situación más confusa, en mayo de 2023 se conoció que PDVSA habría cedido las acciones que habían pertenecido a Global Resources B.V., a la empresa GazMin International Group²²⁷.

El ejemplo de Petrozamorá ilustra cómo la composición accionarial de las empresas mixtas ha sido cambiada, al margen del control parlamentario derivado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y de los Acuerdos aprobados en su momento por la Asamblea Nacional. Así, la participación accionarial en varias empresas mixtas ha cambiado, al margen de cualquier control, no solo en el caso de Petrozamorá, sino en otras empresas en las cuales los accionistas minoritarios, por problemas operativos y financieros, han decidido ceder su participación²²⁸.

Firm With Russia Ties”, 30 de septiembre de 2022, tomado de: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-09-30/venezuela-seizes-stake-in-oil-venture-from-firm-with-russia-ties#xj4y7vzkg>

²²⁶ De *PetroGuía*, véase “Inversionistas rusos de Petrozamorá prevén demandar a PDVSA por expropiación sin compensación”, 5 de noviembre de 2022: <http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/inversionistas-rusos-de-petrozamorá-prev%C3%A9n-demandar-pdvsa-por-expropiaci%C3%B3n-sin>

²²⁷ *La Patilla*, 11 de marzo de 2023: <https://www.lapatilla.com/2023/03/11/pdvsa-petrozamorá-gazmin/>

²²⁸ De Marianna Párraga *et al.*, “Venezuela's oil partners head for the exit, forging unpaid debt”, *Reuters*, 27 de octubre de 2022,

Recordando lo expuesto en el capítulo primero, de conformidad con la Ley Orgánica de Hidrocarburos, las actividades de exploración y producción están reservadas al Estado, a consecuencia de lo cual solo pueden ser emprendidas por el Estado directamente, o por empresas de su exclusiva propiedad, o mediante empresas en las cuales tenga la mayoría accionarial. Estas sociedades mercantiles fueron denominadas empresas mixtas, pero desde el punto de vista del Derecho Administrativo venezolano son empresas del Estado, de conformidad con la LOAP, como se explicó en el primer capítulo.

Al tratarse de actividades reservadas al Estado, el régimen jurídico aplicable a las empresas mixtas es preponderantemente de Derecho Público. Ciertamente, las empresas mixtas, en tanto sociedades mercantiles, se rigen también por el Derecho Privado, pero el Derecho Público tiene aplicación preferente, e incluso exclusivo en algunas materias.

De allí que el artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos establece el control previo autorizador de la Asamblea Nacional en relación con las empresas mixtas. El objeto del control autorizador previo de la Asamblea Nacional es doble: la constitución de empresas mixtas y las condiciones que regirán la realización de las actividades primarias. En tal sentido, es importante acotar que la constitución se relaciona con la creación de la sociedad mercantil, mientras que las condiciones de realización de las actividades primarias se relacionan con el contrato de sociedad.

tomado de: <https://www.reuters.com/business/energy/venezuelas-oil-partners-head-exit-forgoing-unpaid-debt-2022-10-27/>. Tal ha sido el caso de Equinor, TotalEnergies e Inpex, inversionistas que cedieron sus acciones en empresas mixtas.

Con lo cual, el control de la Asamblea versa tanto sobre la creación de la sociedad mercantil como sobre las condiciones que regirán la realización de actividades primarias, según la propuesta presentada por el Poder Ejecutivo, que podrá ser en todo caso modificada por la Asamblea Nacional. En consecuencia, este control también se extiende al socio minoritario, en tanto ello es un componente esencial tanto del contrato de sociedad como de la creación de la sociedad mercantil. De igual manera, el citado artículo 33 señala que “*cualquier modificación posterior de dichas condiciones deberá también ser aprobada por la Asamblea Nacional*”. Nótese que este control se estableció solo sobre las condiciones, todo lo cual plantea la duda acerca de la necesidad de someter a control previo de la Asamblea Nacional los cambios en el socio minoritario. En nuestra opinión, la interpretación literal y racional del citado artículo 33 permite concluir que el cambio en el socio minoritario también queda sometido al control autorizador de la Asamblea Nacional²²⁹.

En efecto, las “condiciones” de realización de las actividades primarias alude al contrato de sociedad y, como se dijo, un elemento esencial de ese contrato es el socio minoritario. En especial, pues el contrato de sociedad es *intuitu personae*, o sea, se basa en condiciones únicas del socio minoritario²³⁰, que son las que llevaron a su

²²⁹ De esa manera, aun cuando la selección del socio minoritario corresponde a la Administración Pública en los términos del artículo 37 de la Ley, corresponde a la Asamblea Nacional autorizar tanto la celebración del contrato de sociedad como la creación de la sociedad mercantil.

²³⁰ Como advierte Alfredo Morles Hernández, “*uno de los aspectos de la sociedad mercantil es el que se refiere a su condición de negocio*”

selección por la Administración Pública con base en el artículo 37. Por ello, la identificación de ese socio minoritario es una condición esencial que la Asamblea Nacional valora al momento de otorgar la autorización previa²³¹.

Naturalmente, la identidad del socio de una empresa mixta en el sector de hidrocarburos adquiere mayor relevancia que de lo ordinario, debido a que, como hemos señalado, se trata de una materia reservada al Estado, en la que sólo se permite la participación privada en las actividades de exploración y producción bajo la forma de empresa mixta. Bajo el esquema de la Ley, precisamente por

jurídico contractual. En efecto, la ley califica a la sociedad como un contrato (artículo 1.649 del Código Civil; artículo 211 del Código de Comercio) y para su perfeccionamiento es necesario que se cumplan ciertos requisitos, los cuales pueden agruparse así: elementos generales de fondo, elementos especiales es de fondo y elementos de forma. Dependiendo del ordenamiento jurídico, los elementos pueden ser explícitos e implícitos y en razón de los efectos que tienen en la vida del contrato algunos pueden ser calificados de esenciales” (Curso de Derecho Mercantil, Tomo 2 (Las sociedades mercantiles), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2017, p. 91).

²³¹ Las partes del contrato deben ser entendidas, así, como “elementos esenciales”. Como advierte José Mélich Orsini, los elementos esenciales son “aquellos que deben necesariamente existir para dar vida a un contrato en general o al específico contrato de que se trate, categoría esta dentro de la cual se señala por algunos el consentimiento (la voluntad), la forma y la causa” (*Doctrina General del Contrato*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 64).

ello es por lo que se exige la autorización de la Asamblea Nacional para conformar la empresa mixta, la aprobación requiere un análisis de la identidad del socio minoritario²³².

Ello supone que, si se pretende sustituir al socio minoritario con el cual se ha constituido la empresa mixta, tal operación implica una modificación sustancial en las condiciones del contrato de sociedad bajo el cual se constituyó la empresa mixta. Como quiera que tales condiciones fueron aprobadas por la Asamblea Nacional mediante Acuerdo, se requeriría de un Acuerdo de la Asamblea Nacional que apruebe la modificación de esas condiciones. En efecto, la sustitución de la identidad del socio minoritario supone una modificación a las condiciones del contrato de sociedad bajo las cuales el nuevo socio minoritario va a cumplir con el contrato, lo cual tiene incidencia en la empresa mixta, razón por la cual el traspaso de las acciones debe ser autorizado por la Asamblea Nacional.

De tal manera, aun cuando el artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, que establece que la constitución de las empresas mixtas requiere la autorización previa de la Asamblea Nacional, no establece exigencia de

²³² Como ha señalado Juan Cristóbal Carmona Borjas, “*el carácter estratégico e inescindible de una serie de actividades conexas a las primarias que, por razones de seguridad y estrategia, no debían permanecer en manos de particulares que a su sola decisión pudieran obstaculizar el pleno funcionamiento de la industria petrolera venezolana, las altas tarifas que por tales servicios se estaban cobrando, y la supuesta migración de equipos que se estaba registrando en el año 2008 fueron algunas de las motivaciones por las cuales se decidió dar el paso de reservar al Estado los bienes y servicios conexas a las actividades primarias de hidrocarburos*”. Cfr.: *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela*, Caracas, 2016, p. 243.

autorización respecto al cambio de socio minoritario por la transferencias de sus acciones a un tercero, debe entenderse, a luz del principio de paralelismo de las formas que rige la actividad de la Administración Pública, que cualquier modificación sustancial de las condiciones del contrato societario de las empresas mixtas, aun cuando no esté previsto expresamente, debe cumplir con el control previo de la Asamblea Nacional²³³.

Ahora bien, en la práctica, el control parlamentario derivado del artículo 33 de la LOH se ha ejercido de dos maneras:

- a) En el marco del proceso de “migración” de los convenios operativos suscritos en la apertura petrolera, la Asamblea Nacional aprobó el *Acuerdo mediante el cual se aprueban los Términos y Condiciones para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas*²³⁴. Empero, estos términos y condiciones

²³³ En efecto, el principio del paralelismo de las formas está enmarcado dentro del principio de legalidad, y en especial en el de legalidad administrativa, y obliga a que las modificaciones de un acto -en este caso, la modificación o sustitución del socio minoritario en el contrato de constitución de las empresas mixtas- debe regirse por los mismos principios y normas que guiaron la emisión del acto inicial -la aprobación de la Asamblea Nacional, mediante Acuerdo, de las condiciones de constitución de la empresa mixta-. El principio del paralelismo de las formas es admitido como un principio cardinal de la actividad estatal, como una especificación del principio de legalidad. *Vid.:* Brewer-Carías, Allan, “Los principios de legalidad y eficacia en las Leyes de Procedimientos Administrativos en América Latina”, en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*. *La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, FUNEDA, Caracas, 1998, p. 47.

²³⁴ Gaceta Oficial N° 38.410 de 31 de marzo de 2006, modificado según Gaceta Oficial N° 39.273 de 28 de septiembre de 2009.

no se limitaron a la constitución de empresas mixtas derivadas de este proceso de migración, sino más bien se establecieron condiciones generales.

- b) La constitución de empresas mixtas también ha sido objeto de Acuerdos de la Asamblea Nacional, que definen condiciones particulares.

Por ello, la autorización del socio minoritario mediante Acuerdo (basado en condiciones particulares, y enmarcado según los casos en el Acuerdo de 2006) corresponde al ejercicio específico de las competencias de control que, en el marco del artículo 187.9 constitucional, reconoce el artículo 33 de la Ley. En todo caso, la base legal de este control es el artículo 33, con lo cual, no podría la Asamblea Nacional, mediante Acuerdos, modificar el alcance de esa norma, eliminando el control sobre modificaciones a las condiciones previamente autorizadas.

Tomando en cuenta todo lo anterior, puede concluirse que la cesión de los derechos y obligaciones del socio minoritario de las empresas mixtas -como Rosneft- queda sometida al control de la Asamblea Nacional en los términos de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y, en relación con empresas extranjeras, en los términos del artículo 150 de la Constitución, en el marco de los contratos de interés público nacional.

La violación del control parlamentario sobre las empresas mixtas fue justificada, además, en el contexto de las sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que asumieron inconstitucionalmente el ejercicio de la función legislativa. Así, en sentencia de 29 de marzo de 2017, en el caso *Corporación Venezolana del Petróleo*, la Sala Constitucional declaró la “omisión legislativa” de la Asamblea y, en consecuencia, resolvió que:

“no existe impedimento alguno para que el Ejecutivo Nacional constituya empresas mixtas en el espíritu que establece el artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, a cuyo efecto el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Petróleo, deberá informar a esta Sala de todas las circunstancias pertinentes a dicha constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República”.

Similar criterio fue empleado por la sentencia de 25 de noviembre de 2019, en la que la Sala Constitucional “controló” la modificación del acuerdo de la empresa mixta Petrosur, S.A.

Estas sentencias forman parte de las políticas que dismantelaron las funciones de control parlamentario, creando de esa manera incentivos para arreglos institucionales arbitrarios que profundizaron la crisis operativa de PDVSA en el marco de un inconstitucional y anárquico proceso de privatización *de facto*.

Junto a la modificación de las condiciones de las empresas mixtas al margen del control parlamentario, también se habrían adelantado otros acuerdos para ceder la operación a los socios minoritarios, tal y como fue informado por los medios. De esa manera, la operación de las actividades de exploración y producción, que por Ley debe estar bajo el control de la empresa mixta, habría sido cedida al socio minoritario. Esto podría suponer la celebración de contratos de servicios petroleros -u otra figura similar- por los cuales la empresa mixta confía al socio minoritario toda la operación, incluyendo así el financiamiento.

Tal sería el caso, por ejemplo, de la CNPC, quien en 2020 habría asumido el control de operaciones de producción, probablemente, para mejorar la capacidad de pago de la deuda derivada del llamado Fondo Chino²³⁵. Así, la producción de las empresas mixtas en las cuales participa CNPC alcanzó un pico importante entre 2014 y 2015, con una producción cercana a los 160 Mbd, para caer en el 2019 a 100 Mbd. El declive de la producción, al elevar los problemas de pago de la deuda, condujo a aumentar el rol de CNPC en la operación, procurando así remontar la producción²³⁶.

Los intentos de avanzar en la privatización de las operaciones primarias llegaron al extremo de anunciarse, en 2022, la intención de ofertar en el mercado de valores acciones de empresas operadoras, como mecanismo de procurar financiamiento. Dejando a un lado la dudosa legalidad de tal propuesta -debido a las restricciones aplicadas- lo cierto es que, ante las fallas de gobernanza de PDVSA y sus riesgos, es difícil pensar que el mercado de valores pueda ser un mecanismo de canalizar inversiones²³⁷.

²³⁵ De Marianna Párraga *et al.*, véase: “Weakened by sanctions, Venezuela's PDVSA cedes oilfield operations to foreign firms”, *Reuters*, 3 de enero de 2020, tomado de: <https://www.reuters.com/article/venezuela-oil-ramirez-idINL1N29500K>

²³⁶ “China’s Top Oil Producer Prepares to Revive Venezuela Operations”, *Bloomberg*, 1 de septiembre de 2021, tomado de: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-09-01/china-s-top-oil-producer-prepares-to-revive-venezuela-operations#xj4y7vzkg>

²³⁷ “PDVSA estudia opciones de abrir capital de 13 empresas mixtas para buscar financiamiento en mercado de capitales”, *PetroGuía*, 7 de junio de 2022: <http://www.petroguia.com/pet/>

Es importante recordar que las actividades de exploración y producción solo pueden ser realizadas por la empresa mixta, y, además, PDVSA debe mantener el control de tal empresa. Como el colapso de la estatal petrolera impide cumplir con esas tareas, entonces, hay incentivos para, en los hechos, ceder la operación al socio minoritario, lo que sería una privatización *de facto*. En el capítulo siguiente volveremos sobre este punto al analizar la situación jurídica de Chevron.

5. *La reorganización de PDVSA en el marco de la -inconstitucional- “ley antibloqueo”. La militarización de la industria*

En el marco del -inconstitucional- estado de excepción dictado desde 2016, PDVSA fue sometida a un Decreto de reorganización dictado en abril de 2018²³⁸. Estas medidas se adoptaron ante la necesidad de responder a las “agresiones internas y externas” que han afectado a la industria petrolera²³⁹.

noticias/petr%C3%B3leo-inversi%C3%B3n-burs%C3%A1til/pdvsa-estudia-opciones-de-abrir-capital-de-13-empresas-mixtas.

²³⁸ Brewer-Carías, Allan, *Crónica de una destrucción. Concesión, nacionalización, apertura, constitucionalización, desnacionalización, estatización, entrega y degradación de la industria petrolera, cit.*, pp. 317 y ss.

²³⁹ Decreto N° 44 dictado en el marco del inconstitucional estado de excepción y emergencia económica, contenido en el Decreto N° 3.368, *mediante el cual se establece un régimen especial y transitorio para la gestión operativa y administrativa de la Industria Petrolera Nacional*, publicado en la Gaceta Oficial N° 41.376 de 12 de abril de 2013. Véase lo que exponemos en Hernández G., José Ignacio, “¿De qué se tratan las medidas excepcionales que tomó el

En realidad, estas medidas, además de inconstitucionales, no resolvieron ninguno de los problemas de fondo que han llevado al colapso de la industria petrolera. Por el contrario, esas medidas comprometieron, todavía más, la ya mermada capacidad de producción de las empresas públicas operadoras.

Así, este Decreto se implementó en el marco del régimen *de facto* que, mediante un continuado estado de excepción, se impuso en 2016. Pero, al margen de ello, el Decreto incrementó el control político sobre PDVSA y sus filiales, al atribuir al ministro del área poderes de control que incluyeron, entre otras facultades, la posibilidad de ordenar la supresión de PDVSA o de cualquiera de sus filiales, ordenar la creación de nuevas filiales e incluso ordenar la creación de conglomerados empresariales. Asimismo, el ministerio tendría competencia para cambiar la organización interna de PDVSA y sus filiales, incluso, para crear organizaciones centrales comunes a todas las empresas públicas petroleras. Con estas medidas se desnaturalizó el ya mermado rol de PDVSA como ente de control de las empresas públicas operadoras - aquellas a cargo de las actividades de exploración y explotación - rol que pasó a ser asumido formalmente por el ministerio. Con esto, se confirma que PDVSA perdió la autonomía técnica con la cual fue creada, autonomía que se deterioró

gobierno sobre PDVSA?, *Prodavinci*, 17 de abril de 2018, tomado de: <https://prodavinci.com/de-que-se-tratan-las-medidas-excepcionales-que-tomo-el-gobierno-sobre-pdvsa/>

luego del cambio conocido como “la nueva PDVSA”, y de acuerdo con el cual PDVSA pasó a depender políticamente del Gobierno Nacional²⁴⁰.

Además, el Decreto eliminó los procedimientos de licitación pública competitivos (conocidos como “concur-sos”), al ordenar que la contratación de obras, bienes y servicios de PDVSA y sus filiales sea conducido por procedimientos de consulta de precio y contratación directa. Estas medidas redujeron -más todavía- la transparencia en los controles que previenen la corrupción y la gestión ineficiente del gasto público.

Como se observa, el Decreto no corrigió ninguna de las causas que llevaron al colapso de PDVSA. Por el contrario, agravó esas causas al aumentar la politización de PDVSA y sus filiales. Este control político sobre PDVSA aumentó en septiembre de 2018, cuando se creó la “Comisión Técnica para la Reorganización de Petróleos de Venezuela, S.A., y sus Empresas Filiales”²⁴¹.

²⁴⁰ El Decreto también aumentó el control político, al disponer que el personal profesional, especializado, técnico, administrativo y obrero, que se encuentre en comisión nacional e internacional, debe reintegrarse a sus puestos de trabajo “*a fin de consolidar esfuerzos en sus áreas respectivas de acuerdo a las necesidades y requerimientos de la industria, para el cumplimiento de las metas y objetivos estratégicos*”.

²⁴¹ Resolución N° 115 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, publicada en la Gaceta Oficial N° 41.474 de 4 de septiembre de 2018. Véase: Hernández G., José Ignacio, “¿Qué implica el decreto de reorganización de PDVSA?”, *Prodavinci*, 20 de septiembre de 2018, tomado de: <https://prodavinci.com/que-implica-el-decreto-de-reorganizacion-de-pdvsa/>

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

Una de las causas de la crisis de PDVSA y sus empresas filiales es la creación de filiales no vinculadas al negocio petrolero y al crecimiento de la nómina más allá de los requerimientos de la actividad petrolera. Por ello, sin duda, PDVSA debe ser reorganizada. Pero esa reorganización, para ser efectiva, debe formar parte de reformas estructurales, orientadas a restablecer su autonomía y renegociar su deuda. Por ello, esta reestructuración no contribuyó a solucionar las limitaciones a la producción petrolera pero sí avanzó en la politización y privatización *de facto*.

A inicios de 2020 este proceso de reorganización continuó, ahora, a través de una comisión presidencial²⁴². Una vez más el colapso de PDVSA fue atribuido a causas exógenas -como la política de sanciones-. Y una vez más se ordenó la reestructuración de PDVSA, incluso, mediante la supresión y fusión de filiales. Todo ello, además, a través de una instancia política que ratificó la ausencia de autonomía de PDVSA.

La creación de esta nueva comisión coincidió con anuncios de ceder la operación del Centro de Refinación Paraguaná al Gobierno de Irán²⁴³. La Asamblea Nacional,

²⁴² Véase el Decreto N° 4.131, que creó a la comisión presidencial “para la Defensa, Reestructuración y Reorganización de la Industria Petrolera de bajo el nombre de “Alí Rodríguez Araque” (Gaceta Oficial N° 41.825 de 19 de febrero de 2020).

²⁴³ Para la situación en 2020, puede verse “Venezuela anuncia la reactivación de dos refinerías”, DW, 1 de octubre de 2020, tomado de: <https://www.dw.com/es/venezuela-anuncia-la-reactivación-de-dos-refiner%C3%ADas/a-55113292>. En todo caso, y con la poca información pública disponible, pareciera que todavía no se ha celebrado ningún contrato de operación relacionado

ante este panorama, aprobó el Acuerdo de 5 de mayo de 2020, en el cual cuestionó los intentos del régimen de Nicolás Maduro de ceder activos de PDVSA a terceros, al amparo de la supuesta reestructuración de esa empresa. Asimismo, la Asamblea ratificó la aplicación del artículo 150 de la Constitución, al recordar que PDVSA no puede celebrar contratos de interés público nacional con empresas o Gobiernos extranjeros, sin autorización previa de la Asamblea.

Para avanzar en la cesión de activos y derechos de PDVSA al margen de la Constitución y la Ley Orgánica de Hidrocarburos, se simuló la aprobación de nuevo marco jurídico, mediante la llamada “ley constitucional antibloqueo”. Ya hemos explicado que esta “Ley”, aprobada por la ilegítima asamblea nacional constituyente, es un texto de muy pobre técnica legislativa, cargado de un discurso político centrado en enfatizar los efectos económicos adversos de las sanciones²⁴⁴. En realidad, la única

con Paraguaná. Véase, de Marianna Párraga *et al.*, “Exclusive: After revamping Venezuela's smallest oil refinery, Iran to fix the largest”, Reuters, 23 de mayo de 2022: <https://www.reuters.com/business/energy/exclusive-after-revamping-venezuelas-smallest-oil-refinery-iran-fix-largest-2022-05-23/>

²⁴⁴ En la Gaceta Oficial N° 6.358 extraordinario, de 12 de octubre de 2020, aparece publicado un texto emitido por la inconstitucional -y hoy extinta- asamblea nacional constituyente, con el título *Ley constitucional antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos*, conocida como “Ley antibloqueo”. Tal es el sentido del artículo 1, del cual se desprende todo el cuerpo normativo de este texto, en especial, el artículo 6, que declara “*írrita y antijurídica toda medida coercitiva unilateral y cualquier otra medida restrictiva o punitiva, dictada o implementada contra la República Bolivariana de Venezuela y su población, por otro Estado o grupo de Estados, o por actos u omisiones derivadas de estos, por organizaciones*

disposición con relevancia práctica es el artículo 24, que pretende atribuir a la Presidencia de la República celebrar “*todos los actos o negocios jurídicos que resulten necesarios*”²⁴⁵.

El único propósito práctico de este texto es habilitar al Poder Ejecutivo Nacional, de manera ilimitada, para realizar cualquier acto o negocio que considere pertinente, incluyendo la reorganización y enajenación de las empresas del Estado y sus activos, incluyendo a PDVSA y sus empresas filiales²⁴⁶. Con ello se pretende formalizar la supresión del control parlamentario, incluso, en relación con la ilegítima quinta legislatura de la Asamblea Nacional, que se instaló en enero de 2021²⁴⁷.

internacionales u otros entes públicos o privados foráneos”. Tal es una disposición política y no jurídica, pues mal podría una Ley -en caso de ser válida- incidir sobre actos dictados por Gobiernos extranjeros.

²⁴⁵ Brewer-Carías, Allan, “La Ley Antibloqueo: una monstruosidad jurídica para desaplicar, en secreto, la totalidad del ordenamiento jurídico,” en *Boletín de la Academia de Ciencias Sociales y Políticas*, N° 161. Homenaje al Dr. José Andrés Octavio, Caracas 2020 pp. 1499 y así como “El último golpe al Estado de derecho: una “Ley Constitucional” “Antibloqueo” para rematar y repartir los despojos de la economía estatizada, en un marco de secretismo y de inseguridad jurídica,” en *Revista de Derecho Público* N° 169-170, Caracas 2022, pp. 235 y ss.

²⁴⁶ Artículos 25, 26 y 27. Este último permite “*elaborar e implementar operaciones de administración de pasivos, así como de administración de activos, mediante las operaciones disponibles en los mercados nacionales e internacionales, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*”.

²⁴⁷ En relación con la fraudulenta elección de la quinta legislatura de la Asamblea Nacional, *vid.*: Brewer-Carías, Allan y Hernández G., José Ignacio, *Venezuela: La ilegítima e inconstitucional*

Un rasgo distintivo de la reorganización de PDVSA es su progresiva militarización, o sea, la designación de militares en puestos claves²⁴⁸. En realidad, esta militarización fue resultado de un proceso de mayor envergadura, por el cual la Administración Pública -por naturaleza civil- pasó a estar cada vez más controlada por la Fuerza Armada, todo lo cual llevó a crear, en 2016, a una empresa pública militar para las industrias extractivas²⁴⁹. En 2018 gestión de PDVSA pasó a manos de militares, lo que agravó la crisis operativa de la estatal petrolera²⁵⁰.

Ante la ausencia de separación de poderes, el rol incremental de la Fuerza Armada en la industria petrolera incentivó mecanismos corruptos para transferir rentas y

convocatoria de las elecciones parlamentarias en 2020, IDEA-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

- ²⁴⁸ La dirección de PDVSA había estado bajo el control de Rafael Ramírez o gerentes afines a su gestión desde el 2004. En 2017 fue designado un militar -Manuel Quevedo Fernández- al frente de la estatal petrolera, como parte de su militarización. En el 2020 esa militarización cede a la gestión bajo Asdrúbal Chávez, quien ya había ocupado diversas posiciones en el sector. En 2023, como veremos, vuelve a designarse a alguien del sector militar en la presidencia de la estatal petrolera.
- ²⁴⁹ Cfr.: Brewer-Carías, Allan, “El falseamiento del Estado de Derecho (El caso Venezuela)”, en Brewer-Carías, Allan y Romero-Muci, Humberto (ed), *El falseamiento del Estado de Derecho*, Academia de Ciencias Política y Sociales-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021, p. 95.
- ²⁵⁰ De Marianna Párraga y Alexandra Ulmer, *vid.*: “Mando militar sume a PDVSA en su peor crisis en décadas”, *Reuters*, 26 de diciembre de 2018, tomado de: <https://www.reuters.com/article/petroleo-venezuela-idLTAKCN1OP0SJ>

así, propender a la estabilidad política del régimen²⁵¹. Con lo cual, la militarización de PDVSA es otra de las causas que permite explicar la debacle de la industria petrolera.

La mejor muestra de cómo esta reorganización afectó severamente la gobernanza de PDVSA, es que la comisión creada en 2020 para adelantar esa reorganización fue suprimida en 2023, en el marco de las investigaciones conducidas en relación con la corrupción de PDVSA, y que analizamos en el capítulo siguiente²⁵². Empero, la supresión de esa comisión en modo alguno supuso una reforma orientada a restablecer la gobernanza corporativa de PDVSA, sino más bien una medida política que luce más bien como parte del ajuste interno entre las élites gobernantes.

6. *La cesión de la operación sobre estaciones de servicios y refinerías*

Hacia el 2021, y al amparo de la citada “ley constitucional antibloqueo”, se han cedido ciertas estaciones de gasolinas cuya gestión fue arbitrariamente nacionalizada.

²⁵¹ Del *Organized Crime and Corruption Reporting Project (OCCRP)*, véase “How Venezuela Bought Military Loyalty”, 10 de abril de 2020, tomado de: <https://www.occrp.org/en/revolution-to-riches/how-venezuela-bought-military-loyalty>

²⁵² Véase el Decreto N° 4.792, publicado en la Gaceta Oficial N° 42.594, de 22 de marzo de 2023.

Las condiciones bajo las cuales las operaciones de estas estaciones han sido cedidas a inversionistas privados no han sido transparentes²⁵³.

Como explicamos en el capítulo anterior, en 2008 se reservó al Estado, mediante Ley Orgánica, la intermediación para el suministro de combustibles líquidos, incluyendo su transporte. Estas actividades solo pueden ser gestionadas por el Estado, razón por lo cual no es posible confiar su gestión a la inversión privada. De allí que se trate de otro caso de privatización *de facto*.

Una situación similar sucede con las instalaciones de refinación, luego de los anuncios que, hacia el 2020, apuntaban sobre la posible cesión de ese tipo de instalaciones a favor del Gobierno de Irán. En Acuerdo de 5 de mayo de 2020, la Asamblea Nacional recordó que la reorganización de PDVSA era, en realidad, un intento por simular la cesión de activos a terceros, incluso, en actividades de exploración y producción, en abierta violación al artículo 302 de la Constitución y la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Asimismo, se ratificó el Acuerdo de 26 de mayo de 2016, en el cual se advirtió sobre la nulidad de los contratos de interés público nacional suscritos con sociedades extranjeras sin la autorización previa de la Asamblea, incluyendo los contratos de operación de instalaciones de refinación.

²⁵³ “Capitalism Maduro-Style Is Coming to Venezuela’s Gas Stations”, *Bloomberg*, 11 de marzo de 2021, tomado de: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-03-11/capitalism-maduro-style-is-coming-to-venezuela-s-gas-stations>. Asimismo, véase “Alertan una “privatización silenciosa” en comercio de gasolina en Venezuela”, *Diario Las Américas*, 1 de marzo de 2021, tomado de: <https://www.diariolasamericas.com/america-latina/alertan-una-privatizacion-silenciosa-comercio-gasolina-venezuela-n4217615>

Así, la actividad de refinación puede ser emprendida por la inversión privada de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, todo lo cual permite ceder la operación de esas instalaciones a la inversión privada. Sin embargo, en los términos del artículo 150 de la Constitución, la Asamblea Nacional interpretó que todo contrato de cesión de instalaciones de refinación suscrito entre PDVSA y una empresa o Gobierno extranjero, es un contrato de interés público nacional que debe ser previamente autorizado.

Esta discusión volvió a plantearse en mayo de 2022, cuando se anunció que PDVSA había suscrito un contrato con el Gobierno de Irán (a través de la “Empresa Nacional Iraní de Refinación de Petróleo y Distribución”) para “reparar y potenciar” la refinería de El Palito²⁵⁴. En octubre de ese año se anunció la culminación del contrato y el reinicio de operaciones de refinación, en principio, bajo control del Gobierno de Irán²⁵⁵. De hecho, el anuncio realizado por el ministro de petróleo de Irán era que El Palito era la primera refinería fuera de Irán “construida” por el Gobierno de ese país²⁵⁶.

²⁵⁴ “Irán firma un contrato para reparar y potenciar la refinería El Palito de Venezuela”, *El País*, 14 de mayo de 2022, tomado de: <https://www.elpais.cr/2022/05/14/iran-firma-un-contrato-para-reparar-y-potenciar-la-refineria-el-palito-de-venezuela/>

²⁵⁵ “El Palito ya comenzó a refinar petróleo iraní para la gasolina”, *Efecto Cocuyo*, 25 de octubre de 2022, tomado de: <https://efectococuyo.com/economia/el-palito-petroleo-irani/>

²⁵⁶ “El Palito, first Iranian-built overseas refinery opened in Venezuela”, *Al Mayadeen English*, 16 de octubre de 2022, tomado de: <https://english.almayadeen.net/news/politics/el-palito-first-iranian-built-overseas-refinery-opened-in-ve>

Apartando la falta de transparencia en este contrato, lo cierto es que - como la Asamblea Nacional ya ha concluido - cualquier contrato por el cual PDVSA ceda a Gobiernos extranjeros la operación de instalaciones de refinación es un contrato de interés público nacional que, como tal, debe ser autorizado previamente por la Asamblea Nacional²⁵⁷.

7. *El intento por justificar jurídicamente la privatización de facto de PDVSA a partir de la desviada interpretación del artículo 150 de la Constitución*

La cesión de derechos y activos de PDVSA al margen de los controles constitucionales aplicables, como hemos señalado, ha querido ser justificado en el texto conocido como la “ley antibloqueo”, que recoge lo que fue una regla informal impuesta desde 2016, consistente en el desconocimiento del control parlamentario sobre la industria petrolera.

Es en este contexto en el cual se han realizado invitaciones a la inversión privada extranjera a operar en el país²⁵⁸. Esta política de “promoción” de la inversión privada parece apuntar, de manera especial, al sector de hidrocarburos. Luego de las arbitrarias expropiaciones en el sector, y que contribuyeron decisivamente al colapso de

²⁵⁷ Véase, de Acceso a la Justicia, “PDVSA firmó contrato de interés público nacional sin siquiera el aval de la Asamblea Nacional oficialista”, 1 de diciembre de 2022, tomado de: <https://accesoalajusticia.org/pdvsa-firmo-contrato-interes-publico-nacional-sin-siquiera-aval-asamblea-nacional-oficialista/>

²⁵⁸ “Maduro pide inversiones extranjeras durante entrevista exclusiva”, *Bloomberg*, 17 de junio de 2021: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-06-18/maduro-pide-inversiones-extranjeras-para-venezuela-en-entrevista-con-bloomberg>

la producción petrolera, el régimen autoritario de Venezuela ha optado por ceder activos del Estado en ese sector, al margen de los controles derivados de la Constitución y en especial, de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Con estos precedentes, el régimen autoritario podría estar interesado en ampliar los cauces de participación de la inversión privada por medio de contratos de servicios petroleros e incluso, cediendo acciones de PDVSA en empresas mixtas²⁵⁹. Para ello, podría optar por reformar la Ley Orgánica de Hidrocarburos a través de quinta legislatura de la Asamblea Nacional electa ilegítimamente en 2020²⁶⁰.

No cabe duda de que una de las condiciones necesarias para promover la recuperación de la industria petrolera es remover los obstáculos legales que impiden a la inversión privada participar directamente en actividades de exploración y producción, lo que precisa una reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Pero esa reforma debe ser parte de una reforma más integral, orientada restablecer la capacidad del Estado venezolano, renegociar la deuda y reestablecer los mecanismos de mercado y con ello, aportar seguridad jurídica a la inversión privada, sobre todo si recordamos la política arbitraria de expropiación que lesionó derechos de propiedad privada y que no han sido, todavía, debidamente restaurados. En especial,

²⁵⁹ “At a Hotel in Caracas, Oil Executives Weigh a Return to Venezuela”, *Bloomberg*, 19 de marzo de 2021, tomado de: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-03-19/at-a-hotel-in-caracas-oil-executives-weigh-a-return-to-venezuela>

²⁶⁰ “Maduro quiere reformar Ley de Hidrocarburos para darle legalidad a los Acuerdos de Servicios Conjunto”, *Petroguía*, 26 de marzo de 2021, tomado de: <http://www.petroguia.com/pet/noticias/petróleo/maduro-quiere-reformar-ley-de-hidrocarburos-para-darle-legalidad-los-acuerdos-de>

la reforma de la legislación de hidrocarburos debe gozar de la legitimidad adecuada para brindar confianza -algo imposible en las actuales condiciones institucionales, por ausencia efectiva del Estado de Derecho²⁶¹-. Por el contrario, la “apertura” del sector mediante “privatizaciones de *facto*”, resulta claramente insuficiente para crear los incentivos necesarios a los fines de recuperar el sector²⁶².

Pero incluso antes de la “ley antibloqueo”, el intento por burlar los controles parlamentarios quiso anclarse en una desviada interpretación del artículo 150 de la Constitución, de acuerdo con la cual solo los contratos de interés público nacional suscritos por la República quedan sometidos al control previo de la Asamblea, pero no así los contratos suscritos por PDVSA. Conviene explicar, sumariamente, la improcedencia de esta interpretación²⁶³.

²⁶¹ El propio régimen autoritario ha reconocido que los inversionistas privados tienen preocupaciones en torno a la calidad y legitimidad de cualquier reforma de la legislación de hidrocarburos. Véase: “PdV’s new upstream deals hinge on oil law reform”, *Argus*, 27 de mayo de 2021, tomado de: https://www.argusmedia.com/en/news/2219374-pdvs-new-upstream-deals-hinge-on-oil-law-reform?amp=1&__twitter_impression=true

²⁶² Por ello, no compartimos la valoración positiva que de esta “apertura” ha realizado Luis Oliveros, para quien “no se puede criticar que desde el gobierno se quiera aumentar la participación privada de la industria, es algo que veríamos todos con buenos ojos porque Pdvs no puede sola...” (Jesús Herrera “¿Es cierto que hay una privatización de Pdvs en puerta?”, *Noticiero Digital*, 25 de marzo de 2021, tomado de: <https://www.noticierodigital.com/2021/03/exclusiva-nd-es-cierto-que-hay-una-privatizacion-de-pdvs-en-puerta/>).

²⁶³ Seguimos lo expuesto en Hernández G., José Ignacio, “Los contratos de interés público nacional y las Empresas del Estado: el caso de PDVSA”, *cit.*

La expresión “contratos de interés público nacional” aparece en cuatro normas de la Constitución: (i) en el artículo 150, que es la norma básica en la materia, junto con el artículo 151; (ii) en el artículo 187.9, sobre las potestades de control del Poder Legislativo; (iii) en el artículo 236.14, sobre la competencia de la Presidencia de la República para suscribir esos contratos, y (iv) en el artículo 247, sobre las funciones de la Procuraduría General de la República. En uno solo de esos casos, la Constitución establece una relación entre los contratos de interés público nacional y el Ejecutivo Nacional.

Así, de acuerdo con el numeral 9 del artículo 187 de la Constitución, corresponde a la Asamblea Nacional:

“autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley. Autorizar los contratos de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela”.

Esta norma plantea la duda acerca de si solo el “Poder Ejecutivo” puede celebrar contratos de interés público nacional. La duda no es solo teórica, sino práctica. Si se considera que solo el Poder Ejecutivo, como sinónimo de “Administración Pública Central”, puede suscribir contratos de interés público, entonces, las empresas del Estado (parte de la Administración Pública Descentralizada) no podrían celebrar esos contratos, pues no serían parte del Poder Ejecutivo.

Es preciso recordar que las empresas del Estado como PDVSA, en tanto entes de la Administración Pública Nacional Descentralizada, inequívocamente, quedan insertas

en el Poder Ejecutivo Nacional. En efecto, PDVSA es una empresa del Estado, en tanto su capital social pertenece exclusivamente a la República. Como empresa del Estado, y de acuerdo con Jesús Caballero Ortiz, PDVSA se somete a normas de Derecho Administrativo²⁶⁴. La naturaleza de PDVSA como ente de la Administración Pública es incluso más evidente, si recordamos que PDVSA fue creada para ejercer funciones privativas del Estado, asociadas a la nacionalización de la industria petrolera²⁶⁵, como ahora reconoce el artículo 303 de la Constitución, de acuerdo con el cual PDVSA es el “ente creado para el manejo de la industria petrolero”²⁶⁶.

Precisamente, PDVSA, como ente del Poder Ejecutivo Nacional, o sea, como parte de la Administración Pública Nacional Descentralizada, puede suscribir contratos de interés público nacional regulados por el artículo 150 de la Constitución²⁶⁷. A pesar de la imprecisión de este concepto, como ya fue explicado, es posible en el Derecho Constitucional venezolano identificar los principios que informan a este tipo de contratos públicos.

Así, no todo contrato público -entendido por tal el contrato suscrito por el Estado, incluso, por medio de PDVSA- es un contrato de interés público nacional. Es el

²⁶⁴ Caballero Ortiz, Jesús, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, cit., pp. 53 y ss.

²⁶⁵ Boscán de Ruesta, Isabel, “Consideraciones sobre la naturaleza legal de Petróleos de Venezuela, S.A.”, cit.

²⁶⁶ Hernández G., José Ignacio, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*, cit.

²⁶⁷ Véase lo que explicamos en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, CIDEP-EJV, Caracas, 2016, pp. 123 y ss.

objeto o causa del contrato público, según su afinidad con el interés público, el que permite identificar a esta especial categoría de contratos, en especial, para aplicar el control de la Asamblea. Por ello, como primer intérprete de la Constitución, es a la Asamblea Nacional a quien corresponde definir cuándo un contrato público es de interés público nacional.

Este asunto fue tratado en la sentencia de la Sala Constitución de 24 de septiembre de 2002, en el caso *Andrés Velásquez*, que ha dado lugar a una confusa interpretación. En efecto, al identificar los principios que definen a este tipo de contratos, la Sala Constitucional concluyó que estos contratos debían ser suscritos por la República, lo que podría dar a entender que las empresas del Estado, como PDVSA, no pueden suscribir este tipo de contratos²⁶⁸.

En doctrina, Eloy Lares Martínez²⁶⁹ señaló que “*corresponde, pues, exclusivamente al Ejecutivo Nacional celebrar los*

²⁶⁸ Estos principios, según la sentencia son: “1.- *Que sean celebrados por la República, a través de los órganos que componen al Ejecutivo Nacional competentes en esta materia.* 2.- *Que su objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado Venezolano.* 3.- *Que satisfagan los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan sólo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estatal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estatal o municipal contratante.* 4.- *Que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquel en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede generar en la vida económica y social de la Nación”.*

²⁶⁹ Lares Martínez, Eloy, “Contratos de interés nacional”, en *Libro homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, p. 137.

contratos de interés nacional. Luego es necesario para que un contrato pueda recibir esa calificación, que una de las partes contratantes sea la República". Como se aprecia, Lares concluye que en tanto la Constitución alude a los contratos suscritos por el presidente de la República, a través del Poder Ejecutivo, solo la República -y no entes descentralizados- pueden celebrar contratos de interés público²⁷⁰.

Pero esta es una interpretación ajena a la conclusión generalmente aceptada en Venezuela, y que reconoce que las empresas del Estado sí pueden celebrar contratos de interés público. Por ello, Brewer-Carías ha cuestionado cualquier interpretación que pretenda excluir del control

²⁷⁰ El artículo 236 de la Constitución de 1999, en su numeral 14, precisa que corresponde al presidente de la República celebrar los contratos de interés público nacional. Pero no dispone que solo la República, a través del presidente de la República, puede celebrar esos contratos. De otro lado, como vimos, el artículo 187.9 constitucional alude a los contratos del Poder Ejecutivo, pero no a los contratos suscritos por la República, ni en todo caso limita el concepto de contratos de interés público a aquellos celebrados por la República a través del Poder Ejecutivo. Incluso, es preciso aclarar que el artículo 150 solo alude al Poder Ejecutivo en uno de los dos supuestos previstos en esa norma. Como vimos, la norma regula dos tipos de controles parlamentarios: (i) los controles "en los casos establecidos en la ley", y (ii) los controles en contratos suscritos "con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela". Solo en el primer caso se alude a la autorización "al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional", pues en el segundo caso solo se hace alusión a "autorizar los contratos de interés público nacional, estatal o municipal...".

parlamentario a los contratos de interés público nacional suscritos por empresas del Estado²⁷¹.

En realidad, como ya hemos explicado, en la sentencia de 24 de septiembre de 2002 se aludió a los contratos de interés público nacional suscritos por la República, pues la Sala Constitucional conocía de la nulidad del artículo 80 de la LOAFSP, que solo aplica la República. Pero la sentencia nunca afirmó que las empresas del Estado no pueden suscribir este tipo de contratos²⁷². Por el contrario, el Tribunal Supremo de Justicia ha dictado varias sentencias que ratifican que las empresas del Estado sí pueden

²⁷¹ Brewer-Carías, Allan, “La mutación de los contratos de interés público nacional por el Juez constitucional en Venezuela y el cercenamiento de los poderes de control político de la Asamblea Nacional”, en *Revista de Derecho Público* N° 151-152, Caracas, 2017, pp. 371 y ss. Más recientemente, *vid.* Brewer-Carías, Allan, *Sobre las nociones de contratos administrativos, contratos de interés público, servicio público, interés público y orden público, y su manipulación legislativa, cit.*, pp. 177 y ss.

²⁷² La sentencia del 2002 conoció de la nulidad del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, de acuerdo con el cual “una vez sancionada la ley de endeudamiento anual, el Ejecutivo Nacional procederá a celebrar las operaciones de crédito público en las mejores condiciones financieras que puedan obtenerse e informará periódicamente a la Asamblea Nacional”. La norma fue impugnada al considerarse que, más allá del control por Ley de endeudamiento, todo contrato de interés público -incluso, de crédito público- quedaba sujeto al control de la Asamblea Nacional en los términos del artículo 150 constitucional.

celebrar contratos de interés público nacional sujetos al control parlamentario²⁷³.

Ciertamente, en el marco de las sentencias dictadas desde 2016 por la Sala Constitucional para desconocer las funciones de control de la Asamblea, se modificó el concepto de contratos de interés público nacional para excluir al Banco Central de Venezuela. Pero ni siquiera en esa ocasión se excluyeron a las empresas del Estado²⁷⁴.

Por lo tanto, PDVSA, como ente del Poder Ejecutivo Nacional y de la Administración Pública Nacional Descentralizada, puede celebrar contratos de interés público, en la medida en que la Constitución alude a los contratos suscritos por el Poder Ejecutivo. Pero incluso sin tener que afirmar esta conclusión, desde el artículo 150 constitucional, es posible afirmar que, también, PDVSA puede celebrar contratos de interés público nacional.

Como Jesús Caballero Ortiz concluyó, PDVSA es una empresa del Estado creada para la implementación de las políticas públicas derivadas de la nacionalización del sector²⁷⁵. Por ello, como veíamos antes, PDVSA es una empresa del Estado de naturaleza única, pues no solo tiene a su cargo la realización de actividades económicas, sino

²⁷³ Sentencias de la Sala Constitucional de 29 de abril de 2003, caso EDELCA, y de 5 de abril de 2006, en el caso Eletttronica Industriale S.P.A. *Vid.*: Araujo-Juárez, José, “Régimen general de Derecho Público relativo a las Empresas del Estado”, en *Nacionalización, Libertad de Empresa y Asociaciones Mixtas*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, p. 229.

²⁷⁴ Brewer-Carías, Allan, *Sobre las nociones de contratos administrativos, contratos de interés público, servicio público, interés público y orden público, y su manipulación legislativa*, *cit.*

²⁷⁵ Caballero Ortiz, Jesús, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, *cit.*

que, en realidad, ella es el instrumento creado para coordinar las políticas públicas en las actividades reservadas al Estado. El interés público presente en las actividades de PDVSA no solo deriva de ese rol -corroborado por el artículo 303 constitucional- sino, además, por su relevancia económica, en tanto PDVSA es responsable de producir la práctica totalidad de las divisas de exportación de la economía venezolana.

En la práctica, además, se ha reconocido que PDVSA puede celebrar contratos de interés público. Así, tradicionalmente el Poder Legislativo ha ejercidos controles previos sobre contratos suscritos por PDVSA para la realización de actividades de exploración y producción, bajo la premisa según la cual esos contratos son contratos de interés público nacional.

Así, bajo el hoy derogado artículo 5 de LOREICH, el Poder Legislativo controló los contratos suscritos en el marco de la llamada "apertura petrolera", lo que, entre otras motivaciones, encontró justificación en las normas sobre contratos de interés público, de acuerdo con la entonces Corte Suprema de Justicia²⁷⁶. Así, al considerar si los contratos amparados en el citado artículo 5, y sujetos al control parlamentario previo, son contratos de interés público, la Corte opinó que los convenios de asociación revestían esa naturaleza.

Además, bajo la vigente Ley Orgánica de Hidrocarburos, todos los Acuerdos dictados por la Asamblea Nacional para autorizar la creación de empresas mixtas, se han basado, entre otras normas, en el artículo 150 de la Cons-

²⁷⁶ Sentencia de 17 de agosto de 1999, caso *Simón Muñoz*.

titución, todo lo cual corrobora que PDVSA puede celebrar contratos de interés público y, por ende, quedar sometida ese artículo²⁷⁷.

Más recientemente, la Asamblea Nacional también ha calificado a ciertos contratos suscritos por PDVSA como contratos de interés público, tomando en cuenta los criterios de la citada sentencia de 2002²⁷⁸. En tales casos, en ejercicio de las funciones de control previstas en el artículo 187 constitucional, la Asamblea Nacional ha concluido que PDVSA sí está sometida al artículo 150, por lo que respecta al control autorizatorio.

Como puede observarse, en Venezuela nunca se ha cuestionado que PDVSA, como empresa del Estado e instrumento para la ejecución de políticas petroleras, puede suscribir contratos de interés público nacional que, al ser celebrados con sociedades o Gobiernos extranjeros, deben ser previamente autorizados por la Asamblea Nacional. En realidad, la duda solo se planteó a partir de 2016, ante

²⁷⁷ Entre muchos otros, véanse los “Acuerdos mediante los cuales se aprueba la constitución de las empresas mixtas que en ellos se mencionan (Petrocuragua, S.A., Petrolera Kaki, S.A., Petromiranda, S.A., Baripetrol, S.A., Petrowarao, S.A., Petrorinoco, S.A., Petrocaracol, S.A., Petronado, S.A., Petroperijá, S.A., Lagopetrol, S.A., Petrobosacán, S.A., Petroven-Bras, S.A., Petroindependiente, S.A., Petrolera Mata, S.A., Petroquiriquire, S.A., Petrowayu, S.A., Boquerón, S.A., Petrocabimas, S.A., Petroguárico, S.A., Petroregional del Lago, S.A., Petroritupano, S.A.)”, publicados en la Gaceta Oficial N^o 38.430 de 5 de mayo de 2006. El primer considerando es el siguiente: “de conformidad con lo previsto en el artículo 150 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en concordancia con lo establecido en el artículo 33 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos”.

²⁷⁸ Acuerdo de la Asamblea Nacional de 24 de abril de 2018, ya citado.

la necesidad de justificar que la cesión de las acciones de Citgo Holding, Inc. por PDVSA a favor de empresas extranjeras, no se sometía al control previo de la Asamblea Nacional.

Por supuesto, no todo contrato suscrito por PDVSA es contrato de interés público, visto la tesis restrictiva que impera en nuestro Derecho. Así, los contratos propios del giro o tráfico de PDVSA no pueden ser calificados como contratos de interés público ni se rigen por el artículo 150. Como Brewer-Carías ha resumido “*no hay duda que por ejemplo, los contratos que excedan de la normal administración y que suscriban las empresas del Estado con forma societaria serían auténticos contratos de interés nacional*”²⁷⁹. Tal y como resume Jesús Caballero Ortiz, los contratos de interés público, incluso en referencia a empresas del Estado, se distinguen por su aspecto cualitativo, de lo cual resulta que contratos ordinarios al giro o tráfico de la estatal petrolera, no deben revestir la naturaleza de contratos de interés público nacional²⁸⁰.

Así, los contratos públicos suscritos por PDVSA en relación con las actividades reservadas, y en general, con activos esenciales a la industria petrolera y que incidan sobre la ejecución de las políticas públicas de hidrocarburos, podrán ser considerados contratos de interés público,

²⁷⁹ Vid. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p. 636.

²⁸⁰ Caballero Ortiz, Jesús, “Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999 en *Libro Homenaje a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. 20 años de especialización en Derecho Administrativo, Volumen I*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, p. 140.

a los fines de ejercer el correspondiente control parlamentario, orientado a asegurar la racionalidad y transparencia de este tipo de contratos.

No puede confundirse el control previo sobre los contratos de interés público nacional con el control previo sobre las operaciones de crédito público de PDVSA. Como ya se explicó, esas operaciones no quedan sujetas al límite anual de endeudamiento fijado por Ley, en los términos de la LOAFSP. Pero si los contratos de crédito público son contratos de interés público nacional, entonces, bajo los artículos 150 y 187.9 constitucionales, sí se someten al control previo de la Asamblea Nacional. Esto es especialmente relevante para las operaciones de crédito público exceptuadas de la Ley de endeudamiento, pues en esos casos, el único control previo de la Asamblea es que el resulta del contrato de interés público nacional.

Como se observa, la interpretación que pretende excluir a PDVSA del control parlamentario sobre los contratos de interés público fue ensayada en 2016 para justificar que la cesión de acciones de Citgo Holding, Inc. a favor de empresas extranjeras con ocasión a la emisión de los Bonos PDVSA 2020, no se sometía al control previo de la Asamblea, no en su carácter de operaciones de crédito público sino en su condición de contratos de interés público nacional.

Pero más allá de este caso, lo cierto es que, a partir de 2016, en los hechos, se desconoció el control previo de la Asamblea sobre los contratos de interés público nacional suscritos por PDVSA y sus empresas filiales, todo lo cual ha favorecido a la privatización *de facto* de los activos y derechos de la industria petrolera, en el contexto de la creciente informalidad de la economía venezolana.

8. *La pérdida de activos en manos de acreedores. El caso de Nynas y de la Refinería de República Dominicana*

La cesión de activos de PDVSA al sector privado se ha llevado a cabo, también, en el contexto de las reclamaciones derivadas de la deuda pública externa de PDVSA. Como explicamos en el capítulo anterior, esta deuda puede estimarse en cerca de 72.000 millones de dólares, y se encuentra toda en incumplimiento (tanto la deuda financiera como la no-financiera). Como resultado se han generado diversos arbitrajes internacionales y litigios en cortes extranjeras, de las cuales han resultado medidas de embargo - preventivo y ejecutivo - sobre activos de PDVSA.

Como resultado de su internacionalización, PDVSA ha creado diversas filiales en el extranjero, incluyendo en especial Estados Unidos, Europa y América Latina y el Caribe. Estas filiales extranjeras se han encargado de la actividad de refinación, como sucede en especial con Citgo en Estados Unidos y Nynas en Suecia. En El Caribe, igualmente, PDVSA creó filiales para acompañar el proceso de comercialización internacional. Por su parte, buena parte de las filiales de América Latina y el Caribe se asocian con los acuerdos de cooperación económica a los cuales hicimos referencia en el capítulo anterior, como es el caso de Petrocaribe y el ALBA²⁸¹.

Los activos externos de PDVSA, como regla, no están protegidos por el principio conocido como "inmunidad de jurisdicción", de acuerdo con el cual los activos de Estados soberanos no pueden ser objeto de litigios o

²⁸¹ Véase el reporte de Transparencia Venezuela sobre el sector petrolero. <https://transparencia.org.ve/project/sector-petrolero/>

sentencias de embargo por cortes extranjeras. Al tratarse de activos destinados al uso comercial, los activos externos de PDVSA pueden ser objeto de litigios orientados al cobro de la deuda pública externa²⁸².

Esto permite explicar por qué Citgo ha sido una suerte de imán para los acreedores de la deuda legada. Así, esta sociedad es filial de Citgo Holding, Inc., quien a su vez es filial de PDV Holding, Inc., cuyo único accionista es PDVSA. Por ello, los acreedores de PDVSA tienen acción en contra de las PDV Holding, Inc., todo lo cual ha desencadenado una compleja situación en la Corte del Distrito de Delaware, a la cual hicimos referencia en el capítulo anterior.

Más allá de las defensas judiciales en esos casos, y como ampliamos en el capítulo siguiente, las sanciones adoptadas por el Gobierno de Estados Unidos han derivado en medidas de protección sobre Citgo, en tanto no es posible ejecutar ninguna medida de embargo sin autorización de la OFAC. La única excepción es la licencia general n° 5, que permite a los tenedores de los Bonos PDVSA 2020 tomar control de las acciones de Citgo Holding, Inc. dadas en garantía. Pero esa licencia ha sido suspendida desde el 2019, y en todo caso, todavía se mantiene el litigio ante el Estado de Nueva York para determinar la validez del contrato de emisión y colateral²⁸³.

Pero otros activos de PDVSA no han corrido con la misma suerte, como Propernyn, B.V., la filial de PDVSA en los Países Bajos, creada para controlar operaciones en

²⁸² *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020), cit.*, pp. 283 y ss.

²⁸³ *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020), cit.*, pp. 380 y ss.

Europa y en las dependencias federales holandesas. Así, por ejemplo, la filial de Propernyn, B.V., PDV Europa B.V., era accionista en la refinería alemana Ruhr Oel GmbH, participación que vendió, para consolidar su participación del 50% en Nynas AB en Suecia. Asimismo, se consolidaron los intereses Propernyn BV en Bonaire y Curazao. En paralelo, la filial de PDVSA Isla S.A., era accionista de Refinería Isla Curazao, B.V. La situación legal de estas empresas es muy precaria, como resultado de la deuda de PDVSA.

Así, en 2019 venció el contrato entre Refinería Isla Curazao, B.V. y Refinería Di Korsou B.V. (RdK), del Gobierno de Curazao, para la operación de la refinería en esa isla. RdK ha iniciado litigios invocando el incumplimiento de ese contrato, lo que ha derivado en el embargo de activos en la isla²⁸⁴.

La situación de Nynas es más precaria²⁸⁵. Así, como resultado de las sanciones impuestas por el Gobierno de

²⁸⁴ En 2021 se acordó a ejecución de crudo almacenado en Curazao. Corte de Primera Instancia de Curazao, sentencia de 12 de noviembre de 2021, expediente N° CUR202103623. Este litigio ha escalado, al punto que RdK podría intentar cobrar sus acreencias en contra PDV Holding, Inc. Véase: “Refinería Di Korsou de Curazao exige a PDVSA el pago de más de \$62 millones que le adeuda”, *Analítica*, 20 de abril de 2023, tomado de: <https://www.analitica.com/economia/refineria-di-korsou-de-curazao-exige-a-pdvsa-el-pago-de-mas-de-62-millones-que-le-adeuda/>

²⁸⁵ Como se explica en la sección quinta, la situación jurídica de Nynas está relacionada con la empresa mixta Petrozamora, y la deuda contraída con quien fuera el accionista minoritario, GPB Global Resources BV, cuya participación accionarial habría sido expropiada.

Estados Unidos, que se extendían sobre Nynas como filial de PDVSA, en diciembre de 2019 la empresa se acogió a un proceso judicial de reestructuración²⁸⁶. En el marco de ese proceso, Propernyn accedió - en condiciones que no son transparentes - a reducir su participación del 50% al 14,9%, a resultas de lo cual el 12 de mayo de 2020 la OFAC confirmó que Nynas ya no estaba sujeta a las sanciones aplicables a Venezuela²⁸⁷. De hecho, actualmente no hay ningún representante de PDVSA en la junta directiva de Nynas²⁸⁸. Además, RdK y Conoco lograron el embargo de las acciones de Propernyn, el cual ha sido diferido hasta el 31 de diciembre de 2022²⁸⁹.

Otro caso es el de Bonaire Petroleum Corporation, N.V. (BOPEC), filial que gestionaba el terminal en Bonaire. Pero este activo ha sido embargado en el marco del litigio con RdK²⁹⁰. En todo caso, el 8 de marzo de 2021 BOPEC formuló una petición de suspensión de pagos, alegando que las sanciones habían afectado su normal operación, petición que fue aceptada el 9 de marzo²⁹¹. El interventor designado en ese caso concluyó que PDVSA -

²⁸⁶ La licencia general n° 13D, de 17 de octubre de 2019, exceptuó a Nynas de las sanciones, pero le prohibió la adquisición de petróleo venezolano, lo que afectó sensiblemente sus operaciones.

²⁸⁷ Reporte Anual de Nynas de 2020, p. 3.

²⁸⁸ Véase: <https://www.nynas.com/en/about/corporate-governance/group-management/>

²⁸⁹ Tribunal de La Haya, expediente N° ECLI:NL:RBDHA:2022:8470, sentencia de 26 de agosto de 2022.

²⁹⁰ Expediente CUR202000368, Corte de Distrito de La Haya, sentencia de 4 de marzo de 2020.

²⁹¹ Expedientes BON202100089 y BON202100112, Corte de Primera Instancia de Bonaire.

por medio de la filial PDVSA Petro- había incumplido el contrato de almacenamiento con BOPEC, a resultas de lo cual, en 2021, condenó a la filial de PDVSA al pago de cerca de 42 millones de dólares²⁹². Además, acreedores han obtenido medidas de embargo en contra de activos de BOPEC²⁹³.

Ha sido en el marco de estos litigios que ha sido posible conocer del plan de reorganización de las filiales Petrovenez Portugal-Pdvp, Unipessoal Lda; Energy and Petroleum Resources Services (GmbH); y APS, S.P.A. bajo PDVSA Rusia LLC., mientras que el domicilio de Propernyn sería transferido a Rusia.

La pérdida de activos externos de PDVSA también se ha materializado en las filiales de América Latina y el Caribe. Así, El Gobierno de Nicolás Maduro cedió las acciones de PDVSA en Refinería Dominicana de Petróleo (REFIDOMSA), equivalentes al 49%, en una operación en la cual: (i) esas acciones fueron cedidas como pago a un tenedor de deuda venezolana, quien (ii) posteriormente vendió esas acciones al Gobierno de República Dominicana²⁹⁴. Esto es, se trató de una operación de renegociación bajo la modalidad de canje de deuda por activos, pero que se condujo al margen de un proceso integral y transparente de renegociación de la deuda.

²⁹² Expediente BON2021000237, sentencia de 1 de julio de 2021.

²⁹³ Expedientes BON201800431 y BON2018H00045, Corte de Justicia Común de Aruba, Curazao, San Martín, Bonaire, San Eustasio y Saba, sentencia de 19 de marzo de 2019.

²⁹⁴ Véase *Economías ilícitas al amparo de la corrupción*, Transparencia Venezolana, Caracas, 2022, pp. 214 y ss.

Además, PDVSA, a través de PDV Caribe, era propietaria del 49% de las acciones en Petrojam LTD, la refinería en Jamaica. En 2019 el Gobierno de Jamaica expropió las acciones de PDV Caribe, depositando el justiprecio y otras cantidades adeudadas en una cuenta de garantía²⁹⁵. Posteriormente, acreedores embargaron esa cuenta²⁹⁶.

Como se observa, a consecuencia de los litigios de la deuda pública externa de PDVSA, parte de sus activos externos han sido embargados o cedidos a acreedores. La única excepción, por ahora, ha sido Citgo, que, a pesar de las contingencias derivadas de la deuda pública legada, ha logrado preservarse. Pero si no se asume, en el corto plazo, la renegociación integral de la deuda pública externa, esta filial también podría perderse a consecuencia de litigios, especialmente, conocidos por la Corte de Distrito de Delaware.

9. *Recapitulación: del colapso de PDVSA al colapso del Estado, en el medio de una ilusión de recuperación económica*

La respuesta frente al colapso de PDVSA fue una política de cesión de sus activos y derechos de manera opaca, conducida al margen del marco jurídico de la

²⁹⁵ Véase la *Compulsory Acquisition Act 2019*. Véase : “Venezuela Sues Jamaica Over Takeover of Petrojam Shares”, CNV, 17 de junio de 2019 <https://www.caribbeannationalweekly.com/caribbean-breaking-news->. La compensación ha sido estimada en 250 millones de dólares (https://www.jamaicaobserver.com/business-observer/us-oil-company-eyes-million-of-us-dollars-owed-to-venezuela-by-jamaica_228421).

²⁹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 25 de febrero de 2021, en el caso *Phillips Petroleum and Conocophillips v. PDVSA and others*.

industria petrolera, y amparada en la llamada ley antibloqueo. Esta respuesta fue claramente insuficiente, pues no solo no remedió la causa raíz del colapso de PDVSA, sino que, además, aceleró el colapso de la industria.

Siguiendo a Ramón Espinasa, las políticas que han debido adoptarse debían orientarse a procurar la estabilidad de las instituciones democráticas y la generación de un clima regulatorio favorable a la confianza de la inversión privada²⁹⁷. Pero el Gobierno de Nicolás Maduro optó por avanzar en el modelo autoritario-populista, en especial, para desconocer a la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional, electa en diciembre de 2015. Como sea que la recuperación de la industria solo era posible a través de políticas que debían pasar por el control parlamentario, se optó por eludir ese control y acudir así a “atajos” regulatorios, para ampliar el rol de la inversión privada al margen de lo dispuesto en la Constitución y la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Esas medidas, que calificamos como privatización *de facto*, han abarcado ocho políticas: (i) la cesión de acciones en Citgo Holding, Inc. a favor de acreedores extranjeros; (ii) la cesión de derechos litigiosos a firmas extranjeras; (iii) la celebración de contratos de servicios petroleros que trasladaron a inversionistas privados actividades privadas de PDVSA; (iv) la reorganización de las empresas mixtas al margen de los Acuerdos aprobados por la Asamblea Nacional; (v) la reorganización de PDVSA en el marco de la “ley antibloqueo”, profundizando su militarización; (vi) la cesión de la operación sobre estaciones de servicio y refinerías; (vii) el desconocimiento de las

²⁹⁷ Espinasa, Ramón, *75 Years after the 1943 Agreements*, cit.

funciones de control parlamentario sobre los contratos de interés público nacional relacionados con el sector, en especial, suscritos con el Gobierno de Rusia e Irán, y (viii) la pérdida de activos externos de PDVSA en el marco de litigios de la deuda pública externa.

La privatización *de facto* de PDVSA es el signo más evidente del fracaso de las políticas petroleras adoptadas a partir de 2002 en el marco de la llamada “plena soberanía petrolera”. Esas políticas, al destruir la capacidad de PDVSA, forzaron a ampliar los cauces de la iniciativa privada y de Gobiernos extranjeros por medio de instituciones precarias, lesionándose severamente la soberanía sobre la industria.

Además, esta política de privatización es, en realidad, parte de la creciente informalidad derivada del colapso del Estado venezolano, cuyas frágiles instituciones han sido cooptadas por organizaciones informales y criminales. Esta informalidad no solo está presente en la dolarización *de facto*, sino también, en la creciente informalidad criminal, por ejemplo, como se aprecia en el Arco Minero del Orinoco. El colapso de PDVSA arrastró, de esa manera, el colapso del Estado venezolano, que pasó a ser un Estado frágil, con una reducida capacidad, incluso, para ejercer el monopolio legítimo de la violencia²⁹⁸.

²⁹⁸ Como explican Miguel Ángel Santos y José Morales-Arilla, si el régimen de Maduro liberalizó la economía no es porque cambiaron sus preferencias, sino porque cambiaron sus restricciones. En efecto, sin capacidad estatal para implementar políticas coercitivas centralizadas que podían compensarse con el reparto clientelar de divisas, y en el contexto de sanciones, el régimen de Maduro optó por desaplicar los controles centralizados y, en los hechos, permitir intercambios económicos conducidos al margen del marco institucional formal.

Este colapso, a partir de 2018, forzó a desaplicar los controles económicos centralizados, todo lo cual promovió emprendimientos que estaban represados. Esta transformación fue considerada por algunos como resultado de reformas hacia un modelo capitalista. Sin embargo, como hemos explicado detenidamente en otro lugar²⁹⁹, más que apertura económica, lo que pudo apreciarse en Venezuela entre 2018 y 2022 fueron los síntomas del colapso estatal, en el medio de una creciente informalidad económica que, en ocasiones, abarcó actividades ilícitas.

Esta es la misma informalidad económica que puede apreciarse en el sector de hidrocarburos, y que ha confluído a la recuperación de la producción petrolera a partir de 2021. Así, ese año la producción se estimó en 640 Mbd, en comparación con la producción de 2020, de 570 Mbd, esto es, un aumento del 12%³⁰⁰. En 2022 el incremento de la producción se mantuvo, con altibajos:

²⁹⁹ Hernández G., José Ignacio, *Control de cambio y de precio. Auge y colapso institucional*, cit.

³⁰⁰ Las cifras se toman de los Anuarios Estadísticos de la OPEP correspondientes a esos años.

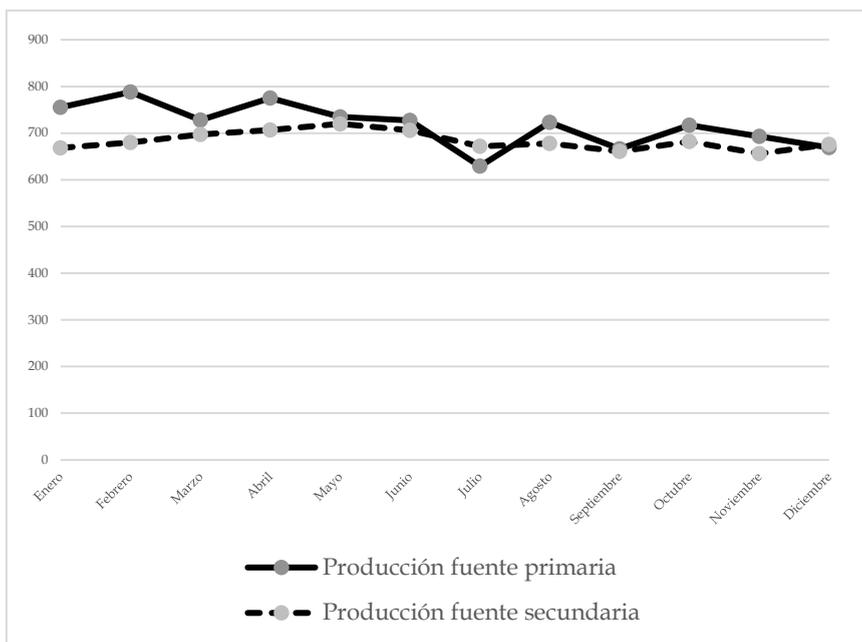


Gráfico N° 5
Producción mensual en 2022,
fuentes primarias y secundarias

Fuente: OPEP

Dejando a un lado la diferencia entre las fuentes primarias y secundarias -signo de la falta de transparencia de la industria petrolera- pueden apreciarse signos de recuperación, que, según fuentes directas del Gobierno de Venezuela, habrían logrado alcanzar los 788 Mbd en febrero de 2022. Es además importante considerar el incremento del precio del petróleo luego de la pandemia declarada en el 2020 y en especial, luego del inicio de la invasión a Ucrania por Rusia.

El ambiente de alza de precios creó condiciones favorables en la producción del crudo venezolano, especialmente, del crudo Merey³⁰¹.

En 2023, la tendencia se ha mantenido, pues la producción en enero de ese año aumentó en comparación con la producción promedio de 2022. En concreto, según fuentes secundarias, habría aumentado cerca del 3%³⁰². Al mismo tiempo, debe observarse cómo la tasa de aumento de la producción se ha ralentizado, lo que podría indicar que, sin reformas estructurales, la recuperación de la producción se seguirá enfrentando a restricciones vinculantes.

En el medio de la ilusión de bienestar generada por la tenue recuperación económica de Venezuela, incluso llegó anticiparse que Venezuela podría retomar una

³⁰¹ Tomando como referencia los precios de la cesta OPEP, de un promedio de USD 41,47 en 2020, el precio subió a USD 100,28 en 2021, alcanzando un pico de USD 117,72 en junio de 2022. A mediados de febrero de 2023 se estima un precio de referencia de USD 84,37. Uno de los principales crudos producidos en Venezuela (como el Merey 16), es un crudo pesado que tiende a cotizarse por debajo del precio de la cesta OPEP, y cuyo costo de producción lo hace más competitivo en entornos de precios altos. De Marianna Párraga y Mircely Guanipa, véase: "Venezuela's October oil exports tumble on weaker production", *Reuters*, 2 de noviembre de 2022, tomado de: <https://www.reuters.com/business/energy/venezuelas-october-oil-exports-tumble-weaker-production-2022-11-02/>

³⁰² La producción promedio de 2022 fue de 678 Mbd. En enero de 2023, según fuentes secundarias, la producción fue de 691 Mbd, para pasar a 692 Mbd en febrero y, finalmente, 695 Mbd en marzo de 2023. Las fuentes directas darían cuenta de una producción en marzo de 754 Mbd, superior al promedio de 2022, de 716 Mbd.

producción cercana a los dos millones de barriles diarios³⁰³. La correcta comprensión de las causas del colapso de PDVSA, permiten concluir que tal promesa no es realizable, entre otras razones, pues el marco institucional del sector es contrario a la promoción de las inversiones que la industria requiere. A mediados de 2022 era por ello evidente que la recuperación de la producción tenía un techo³⁰⁴.

Así, la producción de 2022 fue, en promedio, de 685 Mbd³⁰⁵, lo que supone una desaceleración del crecimiento, que de 12% entre 2020 y 2021, pasó al 7% entre el 2021 y 2022. De este hecho se desprenden dos conclusiones de interés para este trabajo: (i) la recuperación de la industria petrolera encontrará severas restricciones, hasta tanto no se adopte una reforma integral que atienda las causas del colapso, y (ii) las sanciones -como explicamos en el capítulo siguiente- no son la restricción más importante a la producción petrolera.

³⁰³ “Maduro dice que Venezuela producirá 2 millones de barriles diarios en 2022”, *Forbes*, 10 de marzo de 2022, tomado de: <https://forbes.co/2022/03/10/actualidad/maduro-dice-que-venezuela-producira-2-millones-de-barriles-diarios-en-2022>

³⁰⁴ “La producción de petróleo en Venezuela se estanca; no llega ni al millón de barriles”, *Semana*, 13 de julio de 2022, tomado de: <https://www.semana.com/mundo/articulo/la-produccion-de-petroleo-en-venezuela-se-estanca-no-llega-ni-al-millon-de-barriles/202249/>

³⁰⁵ Según el Boletín Mensual de la OPEP de enero de 2023.