



FUNEDA
FUNDACION
ESTUDIOS
DE DERECHO
ADMINISTRATIVO



HOMENAJE A JESÚS CABALLERO ORTIZ



COORDINADORES

GUSTAVO URDANETA TROCONIS
RAFAEL BADELL MADRID
BELÉN RAMÍREZ LANDAETA
CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES
ANTONIO SILVA ARANGUREN
GONZALO PÉREZ SALAZAR

LOS CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL Y LAS EMPRESAS DEL ESTADO: EL CASO DE PDVSA

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.*

SUMARIO

• Introducción. I. La distinción entre poder ejecutivo y administración pública y los contratos de interés público suscritos por empresas del estado. 1. Breve introducción crítica a la distinción tradicional entre Poder Ejecutivo y Administración Pública. 2. PDVSA y el Poder Ejecutivo. II. La capacidad de PDVSA de suscribir contratos de interés público nacional. 1. Introducción al concepto de contratos de interés público en el Derecho Administrativo venezolano. 2. ¿Puede PDVSA celebrar contratos de interés público nacional? A. Las dos tesis manejadas en el Derecho venezolano. a. La tesis negativa. b. Tesis positiva. B. PDVSA y los contratos de interés público nacional. 3. Los contratos de crédito público suscritos por PDVSA como contratos de interés público. El caso especial de los contratos de garantía. A. Breve introducción al régimen jurídico de los contratos de crédito público de PDVSA. B. La independencia del control parlamentario sobre operaciones de crédito público y los contratos de interés público. C. Los contratos de garantía sobre acciones de Citgo suscritos por PDVSA son contratos de interés público. • Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

En la obra del profesor Jesús Caballero Ortiz destacan dos temas, que constituyen el objeto de este estudio: las empresas del Estado y los contratos públicos, en especial, los contratos de interés público. Precisamente, este estudio explica las razones por las cuales las empresas del Estado pueden celebrar contratos de interés público regidos por el artículo 150 de la Constitución, tomando en cuenta, como caso de estudio, a Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA).

* Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid; Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello; Profesor invitado, Universidad Castilla-La Mancha; Fellow, Growth Lab-Harvard Kennedy School.

Este tema, además, permite abordar críticamente una distinción que, en nuestra opinión, resulta confusa, a saber, la distinción entre Poder Ejecutivo y Administración Pública. Más allá de los aspectos teóricos, la distinción es de utilidad pues algunas de las normas constitucionales sobre contratos de interés público nacional, como el artículo 187.9, aluden a contratos suscritos por el Poder Ejecutivo. Esto ha dado lugar a cierta línea de interpretación que podría llevar a concluir, erradamente, que solo la República, a través del Poder Ejecutivo, puede suscribir contratos de interés público nacional, mientras que las empresas del Estado no podrían celebrar esos contratos, pues son entes descentralizados que no formarían parte del Poder Ejecutivo.

Este tema es especialmente relevante pues en 2019 PDVSA cuestionó ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York la constitucionalidad de títulos valores emitidos en 2016 garantizados con el 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc., con base en los Acuerdos de la Asamblea Nacional de 16 de septiembre de 2016 y 15 de octubre de 2019. Este argumento se basó en la violación del artículo 150 constitucional, pues PDVSA no podía haber suscrito el contrato que otorgó en garantía esas acciones sin control previo de la Asamblea, al tratarse de contratos de interés público nacional sujetos al artículo 150 constitucional. Como se observa, este argumento pasa por aceptar que las empresas del Estado sí pueden celebrar contratos de interés público nacional¹.

Para abordar este tema, en el merecido homenaje al profesor Jesús Caballero Ortiz, este artículo se divide en dos partes. La primera explica por qué las empresas del Estado sí son parte del Poder Ejecutivo, en especial, de cara a las normas constitucionales sobre contratos de interés público. La segunda parte repasa el estado actual de la doctrina y jurisprudencia, a los fines de concluir por qué, sustantivamente, empresas públicas como PDVSA pueden celebrar contratos de interés público, sometidos a los controles establecidos en la Constitución.

¹ Este artículo, en todo caso, no analiza el fondo del juicio ante la Corte del Distrito Sur, aspecto que será tratado en una monografía. Los principales documentos de ese juicio son de acceso público, incluyendo el testimonio del profesor Allan R. Brewer-Carías, sobre la aplicación del artículo 150 constitucional a PDVSA. Vid.: <https://dockets.justia.com/docket/circuit-courts/ca11/19-11124>

I. LA DISTINCIÓN ENTRE PODER EJECUTIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO SUSCRITOS POR EMPRESAS DEL ESTADO

La expresión “contratos de interés público nacional” aparece en cinco 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 nacional, entonces, las empresas del Estado (parte de la Administración Pública Descentralizada) no podrían celebrar esos contratos, pues no serían parte del Poder Ejecutivo. Esta sección explica por qué esta conclusión es errada.

Como se explica en la segunda parte, el artículo 187.9 no puede ser interpretada de manera literal y aislada, y por el contrario, debe considerar el resto de las normas constitucionales, en especial, los artículos 150 y 151, que en modo alguno limitan los contratos de interés público nacional al “Poder Ejecutivo Nacional”. Pero, al margen de ello, en esta sección se explica por qué, desde la perspectiva del artículo 187.9 de la Constitución, el concepto de “Ejecutivo Nacional” debe equipararse al

de “Administración Pública Nacional”, incluyendo a la Administración Centralizada y Descentralizada, y por ende, a las empresas del Estado.

1. Breve introducción crítica a la distinción tradicional entre Poder Ejecutivo y Administración Pública

El Derecho Administrativo venezolano no ha prestado especial atención a su propio concepto, a diferencia de otros sistemas en los cuales el debate conceptual se ha extendido². En nuestra opinión, esto responde al proceso de formación histórica de la doctrina de Derecho Administrativo en Venezuela.

En efecto, como hemos explicado en otro lugar, la doctrina del Derecho Administrativo venezolano surge al socaire de las Leyes administrativas dictadas durante el primer tercio del siglo pasado, con lo cual, su enfoque fue predominantemente exegético y no dogmático³. La evolución del Estado administrativo en Venezuela llevó a una profusa jurisprudencia, cuya sistematización daría lugar a la primera obra dogmática del Derecho Administrativo venezolano, a saber, la tesis doctoral de Allan R. Brewer-Carías, de 1963. Brewer-Carías, al construir el sistema de Derecho Administrativo venezolano sobre la base de la jurisprudencia, tomó en cuenta la línea de interpretación jurisprudencial que había sostenido que el principio de separación de poderes no implica una férrea distinción, sino más bien, reglas de organización que no impiden la colaboración entre los Poderes Públicos. Como resultado de ello, Brewer-Carías propuso el estudio del concepto de Derecho Administrativo desde la distinción orgánica y funcional de la Administración Pública, o sea, desde la interpretación jurisprudencial del principio de separación de poderes. Este concepto de Brewer-Carías es, en esencia, el concepto que asumió la doctrina venezolana⁴.

² Véase, por ejemplo, a Juan-Cruz Alli Aranguren, *La construcción del concepto de Derecho administrativo español*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 94 y ss.

³ José Ignacio Hernández G., “Los orígenes de la doctrina de Derecho Administrativo en Venezuela”, en *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Jorge Fernández Ruiz*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 117 y ss.

⁴ Vid. Allan Brewer-Carías, *Las instituciones fundamentales del Derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Colección Tesis de Doctorado, Volumen IV, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964. Sobre

Desde una posición tradicional, el concepto orgánico de Administración Pública ha girado en torno al Poder Ejecutivo, lo que es, principalmente, una conclusión basada en la evolución histórica del Estado, como se ha concluido en Derecho comparado⁵. Al definir Poder Ejecutivo, en especial en el Poder Nacional, sin embargo, la doctrina venezolana tiende a partir de un análisis limitado a la Presidencia, Vicepresidencia y Ministros. Como resultado ello, la Administración Pública Nacional Descentralizada tiende a excluirse del concepto de Poder Ejecutivo. Desde el punto de vista de la organización administrativa, por ello, el concepto de Poder Ejecutivo Nacional se limitaría a ciertos órganos de la Administración Pública Nacional Central, pero no a los entes de la Administración Pública Nacional Descentralizada⁶.

No compartimos esta distinción. Si partimos del método de interpretación literal de la Constitución -que no es el único método aplicable- hay que recordar el contenido del artículo 225 constitucional:

“El Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los Ministros o Ministras y demás funcionarios o funcionarias que determinen esta Constitución y la ley”.

La Constitución no limita el concepto de Poder Ejecutivo a la Presidencia, Vicepresidencia y Ministros, pues también incluye a los “funcionarios” que determine la Constitución y la Ley. Llama la atención que la Constitución alude a “funcionarios” y no a figuras subjetivas, como órganos o entes. Con lo cual, interesa recordar que el concepto constitucional de funcionario, como ha apuntado Jesús Caballero Ortiz⁷, es asumido en la Constitución con amplitud, incluyendo en espe-

el impacto de esa obra, vid. *Libro homenaje a las instituciones fundamentales del Derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015. Las reflexiones expuestas en este trabajo se toman de lo que explicamos en esa obra, en nuestro artículo “Las instituciones fundamentales del Derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana cincuenta años después”, pp. 19 y ss.

⁵ Sebastián Martín-Retortillo Baquer, *Instituciones de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 81 y ss.

⁶ Entre otros, vid. José Araujo-Juárez, *Introducción al Derecho administrativo constitucional*, Paredes, Caracas, 2009, pp. 41 y ss.

⁷ Allan Brewer-Carías, “Bases constitucionales del derecho de la función pública”, en *Revista de Derecho Constitucional* N° 5, Caracas, 2001, pp. 21 y ss.

cial a los funcionarios de la Administración Pública (incluyendo a entes de la Administración Pública Descentralizada).

Así, el artículo 144 de la Constitución alude al estatuto de la función pública de los “funcionarios de la Administración Pública”, mientras que el artículo 145 alude, en general, a los funcionarios “al servicio del Estado”. La primera expresión incluye a los funcionarios regulados en la Ley del Estatuto de la Función Pública -como los funcionarios de carrera a los cuales alude el artículo 146, de nuevo, en relación con la Administración Pública- mientras que la segunda expresión alude, en general, a todos los empleados del Estado -más allá de los funcionarios de carrera.

Interesa destacar que los artículos 144 y 146 hacen alusión a los funcionarios de la Administración Pública, pero no a funcionarios del Poder Ejecutivo. Luego, desde la perspectiva de esos dos artículos, lo razonable es concluir que los funcionarios de la Administración Pública a los cuales ellos hacen alusión, son también los funcionarios a los cuales remite el artículo 225, o sea, funcionarios del Poder Ejecutivo. Esto es, que para la Constitución, ***los funcionarios del Poder Ejecutivo a los cuales se refiere el artículo 225, son también funcionarios de la Administración Pública, aun cuando el concepto de funcionario también se aplica en relación con el Estado en general.***

Por su parte, el concepto de Administración Pública está contenido en el artículo 141:

“La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

Como se observa, sin mayor orden, la Constitución alude a funcionarios del *Poder Ejecutivo* y funcionarios de la *Administración Pública*, definiendo ambos conceptos de manera independiente. No hay en la Constitución ninguna regla que, con claridad, permita comprender la relación entre *Poder Ejecutivo Nacional* y *Administración Pública Nacional*. Empero, en los artículos 160 y 169 de la Constitución, para

estados y municipios, sí establecen esa conexión: en el Poder Ejecutivo reside el *Gobierno y la Administración*⁸.

Es por lo anterior que el método literal es insuficiente para trazar la relación, en el ámbito del Poder Nacional, entre Poder Ejecutivo y Administración Pública. Sin embargo, la aplicación analógica de los artículos 160 y 169 permite concluir que ***el Poder Ejecutivo comprende a la Administración Pública, aun cuando también incluye al “Gobierno”***. Esta es la distinción entre Gobierno y Administración Pública, conocida en el Derecho Comparado, que permite concluir que ***el Poder Ejecutivo Nacional incluye al Gobierno Nacional y a la Administración Pública Nacional***⁹. Es decir, que los funcionarios de la Administración Pública son también funcionarios del Poder Ejecutivo en los términos del artículo 225 constitucional, pero en el entendido que hay otros funcionarios del Poder Ejecutivo que conforman al Gobierno -como figura distinta a la Administración Pública.

En todo caso, el concepto de Poder Ejecutivo, en el citado artículo 225, no se limita a lo que dispone la Constitución, pues también se incluyen a los funcionarios que determine la Ley. Como es sabido, no existe ninguna *Ley del Poder Ejecutivo Nacional*, pero sí existe la *Ley Orgánica de la Administración Pública*. Nuevamente, es revelador que el legislador -como hizo el artículo 141 constitucional- haya aludido a Administración Pública y no al Poder Ejecutivo. En todo caso, la Ley Orgánica de la Administración Pública aplica tanto a los órganos de la Administración Central como a los entes de la Administración Pública Descentralizada, de acuerdo con su artículo 15. Dentro del primer grupo, el artículo 44 de la Ley incluye a los llamados “órganos superiores”:

“Son órganos superiores de dirección del nivel central de la Administración Pública Nacional, la Presidenta o Presidente de la República, la Vicepresidenta Ejecutiva o Vicepresidente Ejecutivo, el Consejo de Ministros, las Vicepresidentas o Vicepresidentes Secto-

⁸ José Ignacio Hernández G., *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, en especial, pp. 51 y ss.

⁹ La distinción entre Gobierno y Administración es tradicional. Vid.: Laubadère, André de, *Traité élémentaire de Droit Administratif, Tomo I*, cuarta edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1967, pp. 12 y ss.

riales, las ministras o ministros, las viceministras o viceministros; y las autoridades regionales.

Son órganos superiores de consulta del nivel central de la Administración Pública Nacional, la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, las juntas sectoriales y las juntas ministeriales”.

Los órganos de la Administración Pública Central no se agotan en estos órganos superiores. Pero, en todo caso, lo cierto es que esos órganos superiores forman parte de la Administración Pública, con la advertencia de que también forman parte de la Administración Pública los órganos de la Administración Central que no califican como “órganos superiores”, ***así como los entes de la Administración Pública, incluyendo a las empresas del Estado definidas en el artículo 103 de la Ley.***

Los funcionarios de esos entes son funcionarios de la Administración Pública (Descentralizada). Así lo ratifica el artículo 3 de la Ley contra la Corrupción, cuyo numeral 2 alude, expresamente, a los funcionarios de las empresas del Estado. Por ello, ***de acuerdo con las Leyes de Derecho Administrativo, es posible concluir que los funcionarios de las empresas del Estado y, en general, de los entes administrativos, son también funcionarios de la Administración Pública***¹⁰.

No hay ninguna regla en la Constitución o en estas Leyes que expresamente excluya a los funcionarios de los entes administrativos, esto es, los funcionarios de la Administración Pública Descentralizada, del concepto de Poder Ejecutivo. Por el contrario, de acuerdo con la remisión del artículo 225 constitucional, es posible concluir que los funcionarios del Poder Ejecutivo definidos por la Ley, incluyendo los funcionarios de los entes administrativos, son también funcionarios del Poder Ejecutivo, en los términos de la Ley Orgánica de la Administración Pública y la Ley contra la corrupción.

Quizás la confusión se ha generado al considerar que solo integran al Poder Ejecutivo los órganos -más bien, funcionarios- mencionados expresamente en el artículo 225, a saber, el Presidente de la República,

¹⁰ José Ignacio Hernández G., “El concepto de funcionario público en la nueva Ley contra la Corrupción”, en *El régimen jurídico de la función pública en Venezuela. Homenaje a la Doctora Hildegard Rondón de Sansó*, FUNEDA-Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2004, pp. 163 y ss.

el Vicepresidente Ejecutivo, y los Ministros. Pero ya vimos que esa enumeración no es taxativa, pues también abarca a los “*demás funcionarios o funcionarias que determinen esta Constitución y la ley*”. Como concluimos, puede afirmarse que tanto la Constitución como las Leyes (Ley Orgánica de la Administración Pública y Ley contra la corrupción), califican como funcionarios de la Administración Pública a funcionarios no enumerados expresamente en el artículo 225, pero que deben entenderse incorporados al Poder Ejecutivo.

Tampoco existe, observamos, coincidencia entre los funcionarios enumerados en el artículo 225 constitucional y los “órganos superiores” a los cuales alude la Ley Orgánica de la Administración Pública. Así, el Consejo de Ministros, las Vicepresidencias Sectoriales, los Viceministerios y las autoridades regionales, son órganos superiores, pero no están enumerados expresamente en el artículo 225 constitucional. Ello no podría colocar en duda que esos órganos son, también, parte del Ejecutivo.

Se podrá objetar a esta interpretación que el artículo 225 constitucional alude a “funcionarios”, y no a figuras subjetivas, y que solo son funcionarios aquellos que conforman a la Administración Pública Centralizada. Este posible argumento confunde el concepto de funcionario de carrera con el de funcionario: el primero es la especie, mientras que el segundo es el género, como se desprende del artículo 145 constitucional. El artículo 225 constitucional alude a funcionarios, no a funcionarios de carrera. Y de acuerdo con el artículo 145 de la Constitución y la Ley contra la Corrupción, los empleados de la Administración Pública Descentralizada son funcionarios (aun cuando no sean funcionarios de carrera).

Todas estas normas constitucionales y legales deben interpretarse, además, en el marco del principio de separación horizontal de poderes previsto en el artículo 137 de la Constitución. De acuerdo con esa norma, el Poder Público Nacional se “*divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral*”. Este principio, como es sabido, no es más que una técnica de distribución orgánica de las funciones del Estado, para implementar un sistema de pesos y contrapesos que prevenga abusos de poder¹¹. De ello resulta que, por definición, no puede haber

¹¹ Gustavo Tarre Briceño, *Solo el poder detiene al poder*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 273 y ss.

ningún funcionario que no pueda adscribirse a ninguno de los cinco Poderes Públicos del ámbito Nacional. Por el contrario, necesariamente, todo funcionario debe adscribirse a cualquiera de esos cinco Poderes. Esto plantea un problema pues en la distinción del artículo 137 no se alude a la Administración Pública.

El Derecho comparado, como vimos, permite concluir que históricamente, la Administración Pública se adscribe al Poder Ejecutivo, todo lo cual permite comprender que *el Poder Ejecutivo incluye o abarca a la Administración Pública*. Desde la tradicional visión del Derecho Administrativo Venezolano, expuesta por Brewer-Carías, ello corresponde con el concepto orgánico de Administración Pública¹². La excepción es el ejercicio de los llamados actos de Gobierno, que como Eloy Lares Martínez explicó, responde a un concepto formal, antes que material. Así, el Poder Ejecutivo dicta actos de Gobierno cuando actúa en ejecución directa e inmediata de la Constitución, por ejemplo, al designar a Ministros¹³.

De igual manera, hay que recordar que los otros órganos del Poder Público también ejercen la función administrativa, de manera incidental (como sucede con el Poder Legislativo y el Poder Judicial) o de manera principal (como sucede con el Poder Ciudadano y el Poder Electoral). Luego, funcionalmente, también cabe aludir, en estos casos, a Administración Pública¹⁴. Tanto más pues, como hemos observado en otro lugar, el concepto de Administración Pública del artículo 141 constitucional no fue asumido dentro de la separación del Poder Público Nacional, sino como una disposición general aplicable a todo el Poder Público regulado en el Título IV de la Constitución¹⁵.

¹² Allan Brewer-Carías, “El concepto de Derecho administrativo en Venezuela”, en *Revista de Administración Pública N° 100-102*, Madrid, 1983, pp. 685 y ss.

¹³ Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho administrativo*, décima segunda edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2001, pp. 179 y ss.

¹⁴ Allan Brewer-Carías, “La Administración Pública”, en *El Derecho administrativo venezolano en los umbrales del Siglo XXI. Libro homenaje al Manual de Derecho administrativo de Eloy Lares Martínez*, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávila, Caracas, 2006, pp. 48 y ss.

¹⁵ José Ignacio Hernández G., *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, cit.

No es posible, bajo este marco conceptual, concluir que los entes de la Administración Pública Nacional no están incluidos en el Poder Ejecutivo. No solo por la interpretación de los artículos 141, 144, 145 y 146 de la Constitución en concordancia con la Ley Orgánica de la Administración Pública y la Ley contra la corrupción, sino, además, por cuanto ello derivaría en una conclusión contraria al artículo 137 constitucional, esto es, la existencia de entes y funcionarios de la Administración Pública que, sin embargo, no pertenecen ni al Poder Ejecutivo ni a ninguno de los otros órganos del Poder Público Nacional.

En resumen, ***el concepto de Administración Pública debe coincidir con el Poder Ejecutivo, en el sentido que en el Poder Nacional, el Poder Ejecutivo comprende a la Administración Pública, tanto centralizada como descentralizada.***

2. PDVSA y el Poder Ejecutivo

Las consideraciones anteriores permiten comprender por qué PDVSA forma parte del Poder Ejecutivo, de acuerdo con el artículo 145 de la Constitución, en especial, a los fines del artículo 187.9, antes citado.

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 Administrativo¹⁶. Incluso, de acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Pública, PDVSA es parte de la Administración Pública, en específico, la Administración Pública Nacional Descentralizada, como precisa su artículo 103.

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 petrolera¹⁷, como ahora reconoce el artículo 303 de la

¹⁶ Jesús Caballero Ortiz, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 53 y ss.

¹⁷ Isabel, Boscán de Ruesta, "Consideraciones sobre la naturaleza legal de Petróleos de Venezuela, S.A.", en *Revista de Derecho Público N° 9*, Caracas, 1982, pp. 60 y ss., y Brewer-Carías, Allan, "El carácter de Petróleos de Venezuela S.A. como instrumento del Estado en la Industria Petrolera", en *Revista de Derecho Público N° 23*, 1985, pp. 81 y ss.

Constitución, de acuerdo con el cual PDVSA es el “ente creado para el manejo de la industria petrolero”¹⁸.

Excluir a PDVSA del Poder Ejecutivo no modifica ninguna de esas conclusiones, y crea problemas conceptuales. En efecto, si se asume que a pesar de las actividades de interés público que ejerce, PDVSA no es parte del Poder Ejecutivo, entonces, cabría preguntar cómo PDVSA se incluye dentro del artículo 137 de la Constitución. Así, negar que PDVSA forma parte del Poder Ejecutivo, llevaría a concluir que esa empresa del Estado, como ente de la Administración Pública a cargo de tareas de inequívoco interés público, no estaría ubicada en ninguno de los Poderes Públicos.

Al respecto, cabe insistir que PDVSA, como ente de la Administración Pública, es también Poder Público, regulado por el Título IV de la Constitución, y en concreto, por el artículo 141. Como parte del Poder Público Nacional, necesariamente, PDVSA debe adscribirse a alguno de los órganos del Poder Público Nacional mencionados en el artículo 137. La única posibilidad coherente con las normas constitucionales y legales comentadas, y con el Derecho comparado, es que PDVSA, como parte del Poder Público Nacional, se inscribe dentro del Poder Ejecutivo -únicamente a los fines del artículo 137.

Otro argumento adicional es la adscripción, regla de organización administrativa que aplica a todo ente, y bajo el cual la Administración Pública Central ejerce el control de tutela. En el caso de PDVSA, esa empresa está adscrita al Ministerio con competencia en hidrocarburos, que inequívocamente forma parte del Poder Ejecutivo. No sería coherente afirmar que PDVSA no forma parte del Poder Ejecutivo, cuando está adscrita a ese Poder.

Luego, los funcionarios de PDVSA son funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional, de acuerdo con la Constitución (artículos 144, 145, 225y 303) y de acuerdo con la Ley (Ley Orgánica de la Administración Pública y Ley contra la corrupción). Por ello, PDVSA se rige por el Derecho común del Poder Ejecutivo, o sea, el Derecho Administrativo, incluyendo a las normas constitucionales sobre contratos públicos y los

¹⁸ José Ignacio Hernández G., *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016.

contratos de interés público nacional, a los cuales hace alusión el artículo 187.9. Luego, cuando esa norma alude a los contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional, debe incluirse también a los contratos celebrados por PDVSA.

II. LA CAPACIDAD DE PDVSA DE SUSCRIBIR CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL

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 Constitución. Incluso asumiendo que PDVSA no es parte del Poder Ejecutivo -conclusión que no compartimos- también puede concluirse, como mayoritariamente ha sostenido la doctrina, que PDVSA puede celebrar contratos de interés público nacional. Esta conclusión es relevante pues, de acuerdo con el artículo 150 constitucional, todo contrato de interés público celebrado por PDVSA con sociedades no domiciliadas en Venezuela, debe ser previamente autorizado por la Asamblea Nacional.

1. Introducción al concepto de contratos de interés público en el Derecho Administrativo venezolano

El Derecho Constitucional venezolano ha regulado de manera bastante confusa una categoría especial de contratos que pueden ser celebrados por el Estado, comúnmente referidos como “contratos de interés público” o en su caso “contratos de interés nacional”, como anticipamos en la introducción. La Constitución de 1999 unificó esas categorías y precisó el referido concepto, ahora referido al “contrato de interés público”, el cual, si es celebrado por órganos del Poder Público Nacional, es considerado como un “contrato de interés público nacional”¹⁹.

¹⁹ Entre otros, véase lo tratado en Rafael Badell Madrid, “Contratos de interés público nacional”, en *Revista de Derecho Administrativo N° 19*, Caracas, 2004, pp. 41 y ss.; Allan Brewer-Carías, *Las instituciones fundamentales del Derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, cit., pp. 48 y ss.; Luis H. Farías Mata, “La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas”, *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet, Tomo II*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de

La doctrina ha manejado dos tesis para definir a este tipo de contrato. Por un lado, y en *sentido amplio*, se ha sostenido que todo contrato suscrito por la Administración Pública Nacional es un contrato de interés público nacional; otra tesis, más *restrictiva*, apunta a que solo ciertos contratos suscritos por la Administración Pública pueden ser considerados contratos de interés público nacional. Esta segunda tesis es la que tiene mayor consenso, lo que exige entonces ponderar qué elementos permite distinguir los contratos de interés público nacional de los otros contratos que no revisten tal característica. Al respecto, se sostiene que los contratos suscritos por la Administración son contratos de interés público nacional, solamente si su objeto o causa interesa *especial o intensamente* a la soberanía nacional²⁰. Como se aprecia, se trata de un criterio impreciso que solo puede concretarse caso por caso²¹.

El Tribunal Supremo de Justicia adoptó esta segunda tesis en sentencia de la Sala Constitucional de 24 de septiembre de 2002, caso *Andrés Velásquez*, señalando cuatro condiciones para calificar a un contrato como contrato de interés público nacional²²:

- 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*

Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1981, p. 956; Jesús Caballero Ortiz, “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; Gonzalo Pérez Luciani, “Contratos de interés nacional, contratos de interés público y contratos de empréstito públicos”, en *Escritos del Dr. Gonzalo Pérez Luciani*, Fundación Bancaribe, Caracas, 2013, pp. 499 y ss. y Eloy Lares Martínez, “Contratos de interés nacional”, en *Libro homenaje al profesor Antonio Moles Caubet, Tomo I*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 117 y ss.

²⁰ A favor de esa tesis, y además de la doctrina ya citada, vid. Mélich-Orsini, José, “La noción de contratos de interés público”, *Revista de Derecho Público* N° 33, Caracas, 1981, pp. 33 y ss.

²¹ Véase lo que explicamos en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, CIDEP-EJV, Caracas, 2016, pp. 123 y ss.

²² Sentencia de la Sala Constitucional N° 2241 de 24 de septiembre de 2002, sobre la nulidad del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

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”.

Estas cuatro condiciones pueden resumirse en dos elementos que caracterizan al “contrato de interés público nacional”. Así, (i) este contrato debe comprometer erogaciones que se extienden más de un período económico y (ii) en su conjunto, el contrato debe envolver obligaciones que pueden comprometer la soberanía nacional (o “la vida económica y social de la Nación”). Este último elemento es el que alude a la especial intensidad de la afectación del contrato -por su causa u objeto- al interés público, en lo que puede considerarse como un criterio cualitativo.

Por ello, la figura del contrato de interés público nacional, en el marco del artículo 150 constitucional, responde a una específica expresión del principio de separación de poderes y de control parlamentario sobre ciertos contratos celebrados por la Administración pública, en especial, por los órganos y entes que conforman a la Administración Pública Nacional. Aun cuando ésta tiene autonomía para celebrar contratos para atender su giro o tráfico, en casos excepcionales, ciertos contratos celebrados por ésta deben ser previamente autorizados por el Poder Legislativo.

Cabe acotar que de acuerdo con el artículo 150 constitucional, los contratos de interés público nacional se someten al control de la Asamblea Nacional solo en dos situaciones: (i) en los casos que determine la Ley y (ii) en contratos celebrados con “*entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela*”. Debe asimismo aclararse que aun cuando la Constitución alude la aprobación de la Asamblea Nacional, lo cierto es que en este segundo caso el control parlamentario no es posterior sino previo, pues la norma señala que “no podrán cele-

brarse” contratos de interés público nacional sin control de la Asamblea Nacional²³.

Con lo cual, la Administración no puede suscribir o firmar contratos de interés público nacional sin control previo de la Asamblea Nacional, si se trata de contratos celebrados con “*entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela*”, más allá de lo que disponga la Ley. Luego, en este segundo caso, el control de la Asamblea Nacional es un control previo autorizadorio.

Para lo que luego se explicará, conviene apuntar que, según una posición doctrinal, el contrato de crédito público es un contrato ordinario que puede ser celebrado por la Administración Pública y que, en todo caso, está sujeto a controles específicos en materia de control presupuestario, razón por la cual este contrato no puede ser calificado como de interés público²⁴. Sin embargo, la citada sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 2002 concluyó que el contrato de crédito público puede ser calificado como contrato de interés público si reúne las condiciones fijadas para ello²⁵. Más importante todavía: la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público reconoce que el contrato de crédito público *puede* ser un contrato de interés público, si reúne las condiciones cualitativas que se desprenden del artículo 150 constitucional²⁶.

²³ Rafael Badell Madrid, “Contratos de interés público nacional”, cit., p. 60.

²⁴ Sobre la naturaleza de esos contratos, entre otros, véase el análisis de Gonzalo Pérez Luciani, en “Contratos de interés nacional, contratos de interés público y contratos de empréstito públicos”, cit. Concluye el autor que el contrato de empréstito no puede ubicarse ni dentro de la categoría de contratos de interés nacional ni dentro de la categoría de contrato de interés público (p. 581). En general, vid. Ezra Mizrachi, “Los contratos de empréstito”, en *Régimen jurídico de los contratos administrativos*, Fundación de la Procuraduría General de la República, Caracas, 1991, pp. 169 y ss.

²⁵ En la citada sentencia se indica que “*existen otras operaciones de crédito público que si son generadoras de contratos de interés público nacional, y por tanto, de obligatorio control previo por parte de la Asamblea Nacional, como es el caso de aquellas operaciones en las que se acuerde el préstamo de recursos, con el consecuente endeudamiento para la Nación, o se acuerde el refinanciamiento de la deuda pública externa, entre otras*”. Cfr. Giancarlo Henríquez Maionica, “Introducción al Sistema Presupuestario en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y en su Reglamento N° 1”, en *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público (1980-2005)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 407.

²⁶ De conformidad con el artículo 97 de esa Ley, el Ejecutivo Nacional “*una vez sancionada la Ley Especial de Endeudamiento Anual, podrá realizar las operaciones de crédito*

Por ello, la Administración Pública, dentro de los contratos públicos que celebra, puede suscribir una especial categoría, excepcionalmente calificada como “contratos de interés público”. Al margen del marco legal aplicable a estos contratos, lo cierto es que todo contrato calificado de “interés público” suscrito con sujetos no domiciliados en Venezuela siempre debe ser previamente autorizado por la Asamblea Nacional, de acuerdo con el artículo 150 constitucional. El propósito de ese control, como se desprende del artículo 151 constitucional, es reducir riesgos de reclamaciones extranjeras que puedan comprometer el interés público, todo lo cual explica por qué, además del criterio cualitativo relacionado con el interés público, se exige que la otra parte contratante sea un sujeto no domiciliado en Venezuela²⁷.

En resumen, los contratos de interés público nacional son una especie de los contratos públicos que puede celebrar la Administración Pública Nacional, caracterizados por su especial afectación al interés público. Esto es relevante pues todo contrato de interés público suscrito con sujetos no domiciliados en Venezuela, siempre deberá ser previamente autorizado por la Asamblea Nacional.

2. ¿Puede PDVSA celebrar contratos de interés público nacional?

Tomando en cuenta el concepto de contrato de interés público aceptado en el Derecho venezolano, cabe examinar si PDVSA puede

público previstas en ella, en las mejores condiciones financieras que puedan obtenerse e informar semestralmente a la Asamblea Nacional; salvo aquellas que impliquen la celebración de contratos de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, en cuyo caso se requerirá la autorización previa de la Asamblea Nacional, acompañando la opinión del Banco Central de Venezuela” (destacado nuestro).

²⁷ Como es sabido, el artículo 151 constitucional establece un principio general, que admite excepciones: los contratos de interés público se someten al Derecho venezolano y las reclamaciones derivadas de éstos serán resueltas por Tribunales venezolanos. Ese principio se orienta a prevenir reclamaciones extranjeras, lo que demuestra que el control parlamentario del artículo 150 constitucional se orienta a reducir riesgos de reclamaciones formuladas por sujetos no domiciliados en Venezuela, que puedan afectar al interés público. Sobre este artículo 151, por todos., *vid.*: Claudia Madrid, “El artículo 151 de la Constitución de la República ¿inmunidad? ¿exclusividad? o ¿las dos cosas?”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 143*, Caracas, 2005, p. 423, y Tatiana Maekelt, “Inmunidad de jurisdicción de los Estados”, en *Libro Homenaje a José Mélich-Orsini, Volumen I*, Instituto de Derecho Privado- Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982, pp. 213 y ss.

celebrar este tipo de contratos, lo que nos permitirá repasar la -criticada- distinción entre Poder Ejecutivo y Administración Pública.

A. Las dos tesis manejadas en el Derecho venezolano

Aun cuando la doctrina no ha analizado en detalle si PDVSA puede celebrar contratos de interés público nacional, la discusión deriva, principalmente, del confuso tratamiento de la reciente jurisprudencia y de algunos comentarios doctrinales aislados. La discusión, como veremos, se centra en considerar que solo el Poder Ejecutivo, entendido como la Administración Pública Central de la República, puede celebrar contratos de interés público nacional.

a. La tesis negativa

En doctrina, Eloy Lares Martínez señaló lo siguiente²⁸:

“Debe observarse que la Constitución atribuye al Presidente de la República celebrar contratos de interés público y añade que esta atribución debe ser ejercida en Consejo de Ministros (...) Corresponde, pues, exclusivamente al Ejecutivo Nacional celebrar los 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 público.

El artículo 236 de la Constitución, 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.

²⁸ Eloy Lares Martínez, “Contratos de interés nacional”, ob. cit., p. 137.

Incluso, es preciso aclarar que el artículo 187.9 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...*”.

En todo caso, con base en estas normas, Lares concluyó que una de las partes contratantes debía ser la República, excluyendo con ello la posibilidad de contratos de interés público suscritos por entes de la Administración Pública, incluyendo empresas del Estado como PDVSA.

Más recientemente, la discusión acerca de si las empresas del Estado pueden celebrar contratos de interés público ha derivado de la citada sentencia de 24 de septiembre de 2002, la cual señala que “*estarán incluidos dentro de la especie de contratos de interés público nacional, todos aquellos contratos celebrados por la República, a través de los órganos competentes para ello del Ejecutivo Nacional cuyo objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano en procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional*”. Esta afirmación pudiera dar a entender que solo la República –pero no los entes descentralizados– pueden suscribir contratos de interés público nacional. Como observó críticamente Brewer-Carías²⁹:

“Toda esta precisión terminológica que se hizo en la sentencia, y la restricción de la noción de los contratos de interés público, a los solos celebrados por la República, los Estados y los Municipios, excluyendo de la calificación a los celebrados por los institutos autónomo y las empresas del Estado, con lo cual la noción de contrato de interés público pasó a ser solo una categoría de los contra-

²⁹ Allan Brewer-Carías, “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.

tos públicos, en realidad no tenía ninguna justificación o necesidad de ser establecida para resolver lo que se había demandado...”

De igual manera, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en 2016, dictó otra sentencia con el propósito de reducir el concepto de contrato de interés público³⁰. En esa oportunidad, y volviendo sobre la sentencia de 2002, se concluyó que el Banco Central de Venezuela no está sujeto al control del artículo 150 al tratarse de un ente con autonomía constitucional distinto al Poder Ejecutivo Nacional³¹.

Empero, en realidad, ninguna de esas dos sentencias, de manera expresa, señala que solo la República -y no empresas del Estado, como PDVSA- pueden celebrar contratos de interés público.

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 derivado de la 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. Así lo estimó la Sala Constitucional, la cual incluso “modificó” el citado artículo 80, en estos términos:

“Una vez sancionada la ley de endeudamiento anual, el Ejecutivo Nacional podrá celebrar operaciones de crédito público en las mejores condiciones financieras que puedan obtenerse e informará periódicamente a la Asamblea Nacional, salvo aquellas que impliquen la celebración de contratos de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, en cuyo caso se requerirá la autorización previa de la Asamblea Nacional”.

³⁰ Sala Constitucional, sentencia N° 618 de 20 de julio de 2016, caso *Brigitte Acosta Isis*.

³¹ Véase la crítica en Allan Brewer-Carías, “La mutación de la noción de contratos de interés público nacional hecha por la Sala Constitucional, para cercenarle a la Asamblea Nacional sus poderes de control político en relación con la actividad contractual de la administración pública y sus consecuencias”, cit.

Por ello, el tema a decidir en esta sentencia no era si las empresas del Estado están sometidas al artículo 150 constitucional, punto sobre el cual nada dice la sentencia analizada. Antes por el contrario, la sentencia se refirió solo al Poder Ejecutivo y a la República, ***pues la norma cuya nulidad conocía solo aplica a la República***. Mal habría podido la Sala, al decidir sobre la inconstitucionalidad de una norma aplicable a la República, interpretar el régimen jurídico de las empresas del Estado.

Esto no impide criticar que, al enunciar las condiciones del contrato de interés público, la sentencia haya aludido solo a la República. Pero, se insiste, esto no puede interpretarse en el sentido que la sentencia limitó el concepto de contrato de interés público a aquellos suscritos por la República, ni mucho considerar que tal interpretación era vinculante. El único efecto vinculante de la sentencia citada fue la nulidad y “modificación” del artículo 80 precitado, que solo aplica a la República. Pero la sentencia nunca afirmó que las empresas del Estado, como entes distintos a la República, no pueden celebrar contratos de interés público³².

La segunda sentencia, de 2016, tampoco afirma que las empresas del Estado no están sometidas al artículo 150 constitucional. Lo único que afirma esa sentencia es que el Banco Central de Venezuela no está sometido a esa norma pues no puede considerarse parte del Poder Ejecutivo, en tanto ello violaría su autonomía. La afirmación es criticable, pero en todo caso, ella nada dice sobre el régimen de los contratos suscritos por las empresas del Estado.

En resumen, con la excepción del citado comentario de Lares, no hay en el Derecho venezolano ninguna opinión fundada de acuerdo con la cual las empresas del Estado no se someten al artículo 150 constitucional. El Tribunal Supremo de Justicia, al interpretar el concepto de contratos de interés público, tampoco ha afirmado que las empresas del Estado quedan excluidas del artículo 150 constitucional.

³² Como en general ha aclarado Brewer-Carías. Vid.: *Derecho Administrativo. Estudios*, Cuadernos de la Cátedra de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2020, p. 33.

b. Tesis positiva

Diversos autores, e incluso, sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, han concluido que empresas del Estado pueden celebrar contratos de interés público. En efecto, en su estudio sobre los contratos de interés público, Rafael Badell Madrid ha aceptado que las empresas del Estado pueden celebrar este tipo de contratos, citando para ello una sentencia de la Sala Constitucional de 2003, sobre la que luego volveremos³³. Una afirmación similar había sido formulada, antes, por Allan R. Brewer-Carías³⁴. Con mayor detalle, José Araujo Juárez ha concluido lo siguiente³⁵:

“las empresas del Estado en sus relaciones y operaciones comerciales con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, que por su importancia y magnitud económico-financiera, pudieran comprometer gravemente el patrimonio económico de la República, pueden celebrar contratos que califiquen como contratos de interés público y, por ende, sometidos al régimen de control parlamentario que establece la Constitución”.

La práctica forense corrobora esta afirmación. Así, como recuerda Badell, la Sala Constitucional, en sentencia N° 953 de 29 de abril de 2003, caso *EDELCA*, concluyó que una empresa del Estado -EDELCA- podía celebrar contratos de interés público nacional. Más allá de los criterios empleados para afirmar esta conclusión, este dato es relevante pues esa sentencia se dictó *después* del comentado criterio de 2002, que de manera relativa, aplicó el concepto de contratos de interés público a aquellos suscritos por la República. Si la intención de la Sala, en su decisión de 2002, hubiese sido excluir absolutamente a las empresas

³³ Rafael Badell Madrid, “Contratos de interés público nacional”, cit. El autor cita la sentencia de la Sala Constitucional N° 953 de 29 de abril de 2003, caso EDELCA.

³⁴ Para Allan R. Brewer-Carías, las empresas del Estado pueden celebrar contratos de interés público. Cfr.: “Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa”, en *Revista de Derecho Público N° 11*, Caracas, 1982, pp. 49 y ss.

³⁵ Cfr. José Araujo-Juárez, “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.

públicas de este concepto, así lo habría afirmado en 2003, al analizar la naturaleza del contrato suscrito por EDELCA.

La Sala Constitucional ratificó que las empresas del Estado sí pueden celebrar contratos de interés público en su sentencia de 5 de abril de 2006, en el caso *Elettronica Industriale S.P.A.* Allí la Sala Constitucional, citando el antecedente de 2002:

“Así, conforme a la jurisprudencia de la Sala Constitucional de este Alto Tribunal, este contrato aun cuando fue celebrado por una empresa del Estado venezolano, pudiera ubicarse en los contratos de interés público nacional, ya que la República fue quien financió y aportó el dinero para el contrato. En este orden de ideas, dice la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que son contratos de interés público aquellos “contratos celebrados por la República, a través de los órganos competentes para ello del Ejecutivo Nacional cuyo objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano en procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan solo 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, que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquél en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede implicar para la vida económica y social de la Nación”. (Ver. sentencias de la Sala Constitucional N° 2.241 del 24 de septiembre de 2002 y N° 953 del 29 de abril de 2003).

La sentencia asoma un criterio cualitativo, referido a la participación de la República en el contrato suscrito por la empresa del Estado, lo que en nuestra opinión -como luego ampliamos- responde al concepto restrictivo de contratos de interés público. Pero lo importante es que se admitió que contratos suscritos por empresas del Estado quedan sometidos al citado artículo 150.

Pero, en todo caso, doctrina y jurisprudencia han concluido, en la teoría y en la práctica, que empresas del Estado pueden celebrar contratos de interés público. Ello es coherente con el principio general antes enunciado, de acuerdo con el cual y los fines del artículo 150 constitucional, las empresas del Estado, como entes de la Administración Pública Nacional, son entes del Poder Público Nacional que, como tal, deben entenderse integradas al Poder Ejecutivo y sometidas al bloque constitucional y legal que rige a los contratos públicos, entre ellos, el precitado artículo 150.

B. PDVSA y los contratos de interés público nacional

En tanto ente descentralizado del Poder Público Nacional, PDVSA *es parte de la Administración Pública Nacional, y además, debe ser considerada parte del Ejecutivo Nacional*. En la sección anterior concluimos que, desde diversos métodos de interpretación, es posible concluir que en Venezuela, los conceptos de “Administración Pública” y “Poder Ejecutivo” son sinónimos, en el sentido que el Poder Ejecutivo, de acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Pública, está integrado por órganos y entes, en este caso, empresas del Estado. Negar esa conclusión implicaría admitir que PDVSA no está integrada a ningún Poder Público, lo que contradice el sentido funcional del principio de separación de poderes. Si PDVSA es Poder Público Nacional, en tanto ente de la Administración Pública, entonces, necesariamente, debe estar integrada a alguno de los cinco órganos de ese Poder -y la única conclusión racional es que está integrada al Poder Ejecutivo, en especial, pues PDVSA está adscrita a ese Poder.

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.

Esta afirmación se ancla en el concepto de “interés público” que, como vimos, ha sido interpretado en sentido restrictivo, para aludir a

los contratos que afectan intensamente a la soberanía nacional. Inequívocamente, PDVSA puede celebrar contratos que afectan intensamente a la soberanía nacional, pues se trata de una empresa del Estado de naturaleza única.

Como Jesús Caballero Ortiz concluyó, PDVSA es una empresa del Estado creada para la implementación de las políticas públicas derivadas de la nacionalización del sector³⁶. 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 que en realidad, ellas es el instrumento creado para coordinar las políticas públicas en las actividades reservadas al Estado, primero en la *Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos* y luego, en la *Ley Orgánica de Hidrocarburos*. 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 venezolana³⁷.

En la práctica, además, se ha reconocido que PDVSA puede celebrar contratos de interés público. Así, tradicionalmente el Poder Legislativo ha ejercido 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 la *Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos*, 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 Justicia³⁸. 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 favorablemente, en estos términos:

³⁶ Jesús Caballero Ortiz, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, ob. cit.

³⁷ Cfr. Pedro Luis Sosa y Luis Roberto Rodríguez Pardo, *El Petróleo como instrumento del progreso*, IESA, Caracas, 2013, pp. 98 y ss.

³⁸ Sentencia de 17 de agosto de 1999, caso *Simón Muñoz*.

“Primero: Con relación al interés público del cual están revestidos los Convenios de Asociación a que se refiere el Acuerdo del Congreso impugnado, estima esta Corte que en el punto 4 de la motiva del presente fallo, referido a la Cláusula Sexta, se dejó claramente establecido que su naturaleza jurídica, es la de un contrato administrativo, o de interés público dadas las características allí extensamente analizadas.

Debe además, dejarse sentado en esta oportunidad, visto lo alegado por los recurrentes, que la contratación administrativa aludida se encuentra vinculada al interés público o colectivo, pues, como se ha dicho -y aquí se reitera- es precisamente este elemento el que mueve a la Administración a realizar este tipo de contratación. Así se declara”.

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 Constitución, todo lo cual corrobora que PDVSA puede celebrar contratos de interés público y por ende, quedar sometida a ese artículo³⁹.

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 2002⁴⁰.

³⁹ 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., Bari petrol, S.A., Petro warao, S.A., Petrorinoco, S.A., Petro caracol, S.A., Petronado, S.A., Petro perijá, S.A., Lagopetrol, S.A., Petro boscán, S.A., Petro ven-Bras, S.A., Petro independiente, S.A., Petrolera Mata, S.A., Petro quiriquire, S.A., Petro wayu, S.A., Boquerón, S.A., Petro cabimas, S.A., Petro guárico, S.A., Petro regional del Lago, S.A., Petro ritupano, S.A.)”, publicados en la Gaceta Oficial N° 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”.

⁴⁰ Acuerdo de la Asamblea Nacional de 24 de abril de 2018. Al analizar un contrato supuestamente suscrito por PDVSA (el “PDVSA Litigation Trust Agreement”). Acuerdo segundo: “Advertir a la comunidad internacional que la celebración del “PDVSA US LITIGATION TRUST” es inconstitucional por cuanto viola lo previsto en el artículo 187 numeral 9 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al omitir los mecanismos de control a los que debía someterse el referido fideicomiso, ya que es evidente que el cum-

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.

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*”⁴¹, con lo cual, contratos de la normal administración o gestión comercial no deben quedar regulados por el artículo 150. Tal y como resume Jesús Caballero Ortiz, los contratos de interés público, incluso en referencia a empresas del Estado, se distinguen por su aspecto cualitativo⁴²:

“...la importancia del contrato, su magnitud económica-financiera y la trascendencia que implique para el desarrollo del país en términos cualitativos y cuantitativos deben ser los índices a tomar en cuenta para determinar en qué casos debe quedar un determinado tipo de contrato calificado como de interés público nacional, como sometido a la Asamblea Nacional, independientemente de que en él pueda quedar comprometida la ejecución de un servicio público”.

plimiento, incumplimiento o negligencia en la ejecución del mismo afecta directamente el interés público pues es innegable que la recuperación del patrimonio de la República es determinante para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano en la procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional, convirtiéndolo, por sus características en un típico supuesto de contrato de interés público”.

⁴¹ Vid. Allan Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p. 636. Criticando la imprecisión de la sentencia de 2002, del autor, véase también “Sobre los contratos del Estado en Venezuela,” en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo*, N° 6, *Homenaje al Dr. José Luis Meilán Gil*, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Enero-Junio 2011, pp. 207 y ss.

⁴² Jesús Caballero Ortiz, “Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999”, cit., pp. 144 y 145.

Ello es relevante pues por su actividad, es común que PDVSA -y sus empresas filiales domiciliadas en Venezuela- celebren contratos con sociedades no domiciliadas en Venezuela, lo que no implica que esos contratos deban ser autorizados previamente por la Asamblea. Solo de manera excepcional, ciertos contratos que involucren intensamente al interés público, por su causa u objeto, deberán ser autorizados previamente por la Asamblea Nacional si son celebrados con sujetos domiciliados en el extranjero.

En resumen, PDVSA puede celebrar contratos de interés público por tres razones:

.- PDVSA, como ente del Poder Público Nacional, forma parte del Poder Ejecutivo. Con lo cual, cuando la Constitución alude a los contratos de interés público suscritos por el Poder Ejecutivo Nacional, debe incluirse también a aquellos celebrados por PDVSA.

.- Al margen de ello, desde el artículo 150 constitucional, y de acuerdo con la doctrina y la práctica forense, PDVSA como empresa del Estado puede celebrar contratos de interés público.

.- PDVSA es el instrumento creado por el Estado para conducir políticas públicas de hidrocarburos, de inequívoco interés público. Por ello, en la práctica, se ha concluido que PDVSA puede celebrar contratos de interés público.

3. Los contratos de crédito público suscritos por PDVSA como contratos de interés público. El caso especial de los contratos de garantía

Ya estudiamos que los contratos de crédito público pueden ser considerados contratos de interés público, como lo reconoce la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. A pesar de que un sector de la doctrina, como vimos, había objetado esta conclusión, este punto está resuelto, hoy día, por el Derecho positivo. Claro está, lo anterior no quiere decir que todo contrato de crédito público sea contrato de interés público, vista la tesis restrictiva aplicable. Solo los contratos de crédito público que reúnan la condición referida al especial grado de afectación al interés público quedarán sometidos al artículo 150.

Esta conclusión es relevante pues al margen de los controles parlamentarios derivados de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público sobre los contratos de crédito público, todo contrato de crédito público que reúna las condiciones de contrato de interés público queda sometido al control parlamentario del artículo 150 constitucional, si es celebrado con sujetos no domiciliados en Venezuela. En tanto ese control deriva de la Constitución, no puede ser alterado por ninguna Ley.

A. Breve introducción al régimen jurídico de los contratos de crédito público de PDVSA

PDVSA se somete a la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público con las solas excepciones previstas en ésta. En tal sentido, cabe recordar que PDVSA está expresamente excluida del control parlamentario previo sobre las operaciones de crédito público según el artículo 101⁴³:

“Artículo 101. Se exceptúan de lo dispuesto en este Título:

- 1. El Banco Central de Venezuela.*
- 2. Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (BANDES).*
- 3. Las sociedades mercantiles del Estado dedicadas a la intermediación financiera y de seguros, regidas por la Ley de Instituciones del Sector Bancario y las regidas por la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros.*
- 4. Las sociedades mercantiles creadas o que se crearen de conformidad con la Ley Orgánica de Hidrocarburos y las creadas o que se crearen de conformidad con el artículo 10 del Decreto Ley N° 580 del 26 de noviembre de 1974, mediante el cual se reservó al Estado la industria de la explotación del mineral del hierro (...)”*
(destacado nuestro).

Por lo tanto, PDVSA no requiere autorización parlamentaria previa para suscribir contratos de crédito público, solamente en los términos regulados en el citado Título III. Esta exclusión se justifica ante la necesidad de garantizar un marco jurídico flexible a las operaciones de

⁴³ Gaceta Oficial N° 6.210 extraordinario de 30 de diciembre de 2015.

crédito público que realiza PDVSA para el financiamiento de sus actividades dentro del sector de hidrocarburos. Sin embargo, esta exclusión no puede ser manipulada fraudulentamente a los fines de contratar operaciones de crédito público cuyo verdadero beneficiario es la República –quien sí se sujeta al control previo autorizador de la Asamblea Nacional. Como tal, la exclusión del control previo autorizador solo aplica a operaciones de crédito público realizadas por PDVSA para sufragar gastos propios de su actividad, y no así gastos asociados a la actividad de la República.

En todo caso, la exclusión de PDVSA a la comentada Ley es parcial. Por un lado, solo aplica al Título III de la Ley, referido al “sistema de crédito público”⁴⁴. De otro lado, PDVSA queda sujeta a un específico control derivado del artículo 101, en cuanto a la certificación de su capacidad de pago.

B. La independencia del control parlamentario sobre operaciones de crédito público y los contratos de interés público

El control parlamentario sobre contratos de crédito público es independiente del control sobre contratos de interés público. Mientras que el primero se inserta dentro del control parlamentario sobre el presupuesto, el segundo es un mecanismo excepcional de protección, en especial, frente a reclamaciones extranjeras. Por ello, mientras que el control parlamentario sobre operaciones de crédito público es materia de la reserva legal, el control sobre contratos de interés públicos es de reserva constitucional, en los términos del comentado artículo 150.

De allí el criterio de la Sala Constitucional de 2002, según el cual que determinado contrato de interés público está excluido del control parlamentario sobre operaciones de crédito público, nada dice sobre su sometimiento al control parlamentario del artículo 150 constitucional. Por ello, aun cuando PDVSA puede contratar operaciones de crédito público sin control parlamentario previo -en la Ley correspondiente de endeudamiento- sí queda sometida al control parlamentario previo, en

⁴⁴ La exclusión del Título III aplica para todas las operaciones de crédito público así definidas en el vigente artículo 80 de la Ley, incluyendo por ello “el otorgamiento de garantías”.

el caso de los contratos de crédito público que califiquen excepcionalmente como contratos de interés público suscritos con sujetos no domiciliados en Venezuela y, por ende, sujetos al artículo 150.

Nótese que el ámbito de esos controles es distinto. El control parlamentario sobre operaciones de crédito público se concentra en la Ley que autoriza límites máximos de endeudamiento -pues, de manera indebida, se suprimió el control previo a cargo de la Comisión Permanente de Finanzas y Desarrollo Económico. El control del artículo 150, por el contrario, es previo y específico a cada contrato. Luego, PDVSA puede realizar operaciones de crédito público, incluyendo el otorgamiento de garantías, al margen de la Ley de endeudamiento, pero siempre queda sometida al citado artículo 150, en función a las características propias de los contratos de crédito público que, excepcionalmente, sean catalogados como contratos de interés público.

C. Los contratos de garantía sobre acciones de Citgo suscritos por PDVSA son contratos de interés público

Un caso excepcional en el cual contratos de crédito público celebrados por PDVSA pueden calificar como contratos de interés públicos, es cuando PDVSA otorga garantía sobre las acciones de su activo más importante en el extranjero, a saber, Citgo. PDVSA es accionista único de PDV Holding, Inc., sociedad tenedora de acciones de Citgo Holding, Inc., quien a su vez es tenedora de acciones de Citgo Petroleum Corporation. Todas esas filiales están domiciliadas en Delaware, Estados Unidos, y por ende, se rigen por el Derecho de Estados Unidos. Empero, PDVSA como sociedad mercantil domiciliada en Venezuela, se rige por el Derecho venezolano y por ende, por el artículo 150 constitucional. Esto permite considerar si el contrato suscrito por PDVSA para otorgar en garantía acciones de Citgo, se somete al artículo 150.

Un argumento que se ha expuesto para objetar la aplicación del artículo 150, es que PDVSA puede celebrar operaciones de crédito público, incluyendo el otorgamiento de garantías, sin control parlamentario. Esta conclusión, como vimos, solo aplica respecto a la exclusión del comentado Título III, en especial, respecto de la Ley de endeudamiento. Pero ello no puede impedir la aplicación del control parlamentario

previo derivado del artículo 150 constitucional. Con lo cual, el hecho de que las operaciones de crédito público no han sido autorizadas por la Asamblea Nacional, no puede emplearse como prueba de que PDVSA no se somete al artículo 150 constitucional, pues el objeto de ese control no es la realización de operaciones de crédito público.

Ahora bien, solo en dos casos PDVSA ha suscrito este tipo de contratos, y en ambos casos, la Asamblea Nacional ha considerado que se trata de contratos de interés públicos sometidos al artículo 150 constitucional. Así, en octubre de 2016 PDVSA suscribió el acuerdo para ceder en colateral el 50,1% de acciones de Citgo Holding, Inc., a favor de los tenedores de los títulos valores emitidos en 2016, conocidos como el “Bono PDVSA 2020”. Luego, en noviembre de ese año PDVSA comprometió el 49,9% restante en colateral a favor de Rosnfet, como garantía a un contrato de suministro con cláusula de prepago.

Ambas operaciones de crédito público podían ser realizadas por PDVSA al margen de la Ley de endeudamiento, al tratarse de operaciones excluidas del Título III de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. Pero ello no impide considerar que estos contratos de garantía se someten al artículo 150 constitucional, pues como vimos, el control parlamentario sobre operaciones de crédito público es distinto al control parlamentario sobre contratos de interés público. En efecto:

- Ya explicamos que PDVSA debe ser considerada como parte del Poder Ejecutivo Nacional, en tanto ente de la Administración Pública Nacional Descentralizada. Por ello, cuando la Constitución alude a contratos de interés público suscritos por el Poder Ejecutivo, deben entenderse incluidos los contratos suscritos por PDVSA. A todo evento, de acuerdo con la práctica, las empresas del Estado y, en particular, PDVSA, pueden celebrar contratos de interés público, sometidos por ende al artículo 150 constitucional.

- La naturaleza jurídica única de PDVSA realza la conclusión según la cual esa empresa del Estado puede celebrar contratos que de manera intensa impacten en la soberanía nacional. De acuerdo con el artículo 303 constitucional, PDVSA es el ente creado para conducir políticas públicas de “interés público”, lo que en modo alguno prejuzga

sobre su naturaleza mercantil y la autonomía funcional con la cual ha de actuar.

.- El argumento según el cual PDVSA no puede celebrar contratos de interés público pues solo la República, por medio del Poder Ejecutivo, puede suscribir estos contratos, no encuentra fundamento en el Derecho Público venezolano. Como vimos, debe entenderse que la expresión “Poder Ejecutivo” es equivalente a “Administración Pública”, con lo cual, PDVSA forma parte del Poder Ejecutivo. Pero al margen de ello, el artículo 150 de la Constitución no limita el concepto de contrato de interés público a aquellos suscritos la República excluyendo a los contratos suscritos por empresas del Estado, como tampoco lo hace ninguna sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. Por el contrario, tanto antes como después de la Constitución, se ha concluido que PDVSA puede celebrar contratos de interés público.

.- Los contratos de crédito público celebrados por PDVSA que puedan ser considerados contratos de interés público, quedan sometidos al artículo 150 constitucional y al control parlamentario allí previsto. La exclusión de PDVSA al control presupuestario solo aplica a la Ley de endeudamiento, pero no al control previo de la Asamblea Nacional sobre contratos de interés público suscritos con sociedades extranjeras, que quedan sometidos al artículo 150 constitucional.

.- Solo en casos excepcionales los contratos de crédito público pueden ser considerados contratos de interés público, tomando en cuenta el criterio cualitativo, de intensa afectación al interés público. Los contratos de crédito público suscritos por PDVSA para atender su giro o tráfico ordinario no pueden ser considerados como contratos de interés público, pues no reúnen la condición de especial afectación al interés público. Con lo cual, todo contrato de crédito público celebrado con sociedades no domiciliadas en Venezuela, que pueda ser excepcionalmente considerado contrato de interés público, debe estar previamente autorizado por la Asamblea, en los términos del citado artículo 150.

.- Los contratos por los cuales se compromete el 100% de las acciones sobre Citgo en garantía no son contratos ordinarios. Primero, pues el objeto de esos contrarios es único: las acciones de Citgo, en concreto, de Citgo Holding, Inc., propiedad de la filial de PDVSA, PDV

Holding, Inc., solo pueden darse en garantía una vez⁴⁵. Segundo, pues esos contratos comprometen el control accionario del activo más importante de PDVSA en el exterior, como es Citgo, que cumple un rol fundamental en la comercialización internacional del crudo venezolano. PDVSA puede celebrar contratos de garantía con sociedades mercantiles domiciliadas en el extranjero sin quedar sometida al artículo 150 constitucional, en tanto se trate de contratos ordinarios a su giro o tráfico mercantil. Pero los contratos de garantía sobre las acciones de Citgo, por las razones dadas, no son ordinarios, sino más bien únicos y excepcionales.

.- Ambos contratos fueron suscritos por PDVSA para financiar su actividad económica en Venezuela. Los contratos de financiamiento principales (a saber, la emisión del “Bono PDVSA 2020” y el contrato de suministro con cláusula de prepago) son operaciones de crédito público reguladas por el Derecho venezolano, como incluso reconoció PDVSA en los documentos relacionados con la emisión de los títulos valores. Ciertamente, esas operaciones se excluyen del citado Título III, pero no del resto de normas de Derecho Público venezolano. Con lo cual, los contratos de garantía son accesorios a operaciones de crédito público reguladas por el Derecho venezolano, y además, conexos con las actividades reservadas al Estado a cargo de PDVSA. Luego, que el objeto de las garantías esté en el extranjero, no implica que esos contratos quedan sustraídos del Derecho venezolano.

.- Se aclara que la naturaleza de interés público deriva de la especialidad del objeto de los contratos de garantía, pero no de los contratos principales. PDVSA puede emitir títulos valores y celebrar contratos de suministro con cláusula de prepago como parte de su giro o tráfico, sin quedar por ello sometida al artículo 150. El elemento determinante en los casos bajo estudio fue por ello el objeto de los contratos de garantía.

Cabe además agregar que en el caso del contrato de colateral del Bono 2020, tanto Román J. Duque Corredor como Rafael Badell Madrid han concluido que se trata de contratos de interés público, en tanto fueron suscritos por PDVSA para atender áreas sensibles al interés pú-

⁴⁵ Eventualmente podría constituirse garantía sobre el excedente de la venta de acciones dadas en garantía.

blico. Con lo cual, ambos autores concluyen que ese contrato se somete al artículo 150 constitucional. Así, de acuerdo con Duque Corredor⁴⁶:

“Debe recordarse que cuando PDVSA ofertó el canje de los Bonos 2017 por los Bonos 2020, garantizados con el 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc.; en septiembre de 2016, la Asamblea Nacional cuestionó la operación, entre otras razones, porque la emisión de esos Bonos era un contrato de interés público nacional que debía ser autorizados por la Asamblea Nacional, en los términos del segundo párrafo del artículo 150 constitucional, debido al colateral sobre Citgo. PDVSA, gubernamental. Y, que se celebró sin tal autorización porque el gobierno de Maduro sostuvo que PDVSA no está sometida al artículo 150 de la Constitución, pues esa norma solo rige para la República y no a las empresas del Estado como PDVSA. Esta opinión tuvo como único fundamento una manipulación de la interpretación de la sentencia de la Sala Constitucional número 2.241 de 24 de septiembre 2002. En efecto, esta sentencia no establece que las empresas del Estado quedan excluidas del artículo 150 constitucional...”

De acuerdo con Rafael Badell Madrid⁴⁷:

“Ciertamente ese contrato de emisión del Bono PDVSA 2020, así como el contrato de garantía de ese bono sobre el 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc., tiene el carácter de contrato de interés público por cuanto fueron suscritos por dos empresas del Estado como son PDVSA y PDVSA Petróleos S.A.; se ofreció en garantía un activo de especial importancia para el país, como es el caso de Citgo; no se trata en modo alguno de contratos rutinarios u ordinarios del giro comercial de PDVSA, antes y por el contrario constituyen operaciones verdaderamente extraordinarias; y fueron suscritos con sociedades domiciliadas en el extranjero. De allí que, a nuestro juicio, la emisión del Bono PDVSA 2020, así como su respectiva garantía, es un contrato de interés público nacional que ha debido ser sometido al procedimiento de revisión y

⁴⁶ “Nulidad de los Bonos PDVSA 2020”, *Revista de Derecho Público* número 160-161, Caracas, 2020, p. 350

⁴⁷ “Los contratos de interés público”, en *Revista de Derecho Público* número 159-160, Caracas, 2020, p. 18.

autorización de la Asamblea Nacional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 de la Constitución y se ha debido cumplir el requisito de solicitar la opinión previa del Procurador General de la Republica como lo exige el artículo 247 de la Constitución”.

Este fue el principal argumento esgrimido por PDVSA cuando, en 2019, cuestionó ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York la constitucionalidad de títulos valores emitidos en 2016 garantizados con el 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc., con base en los Acuerdos de la Asamblea Nacional de 16 de septiembre de 2016 y 15 de octubre de 2019. En el primer Acuerdo, aprobado *antes* de la suscripción de los contratos de emisión y garantía, la Asamblea Nacional objetó la capacidad de PDVSA de ceder, en garantía, las acciones de Citgo, invocando el artículo 187.9 constitucional, o sea, la norma de control sobre contratos de interés público. PDVSA, entonces bajo control del Gobierno Nacional, ignoró la advertencia y en octubre celebró los contratos de emisión y garantía. El segundo Acuerdo ratificó el primero, además, para declarar la nulidad de la cesión en garantía de las acciones de Citgo, por violación del artículo 150 constitucional.

En el caso del contrato de suministro con cláusula prepago celebrado en noviembre de 2016 con Rosneft, similar pronunciamiento fue emitido por la Asamblea Nacional en Acuerdo de 4 de marzo de 2020, bajo los mismos argumentos sostenidos en los Acuerdos relacionados con los títulos valores emitidos en 2016.

Esos Acuerdos no fueron resultado de una interpretación sobrevenida para repudiar operaciones de crédito público. Como vimos, incluso con anterioridad a la Constitución de 1999 se había reconocido que PDVSA puede celebrar contratos de interés público, conclusión luego ratificada al amparo del artículo 150 de la Constitución. En especial, todos los contratos para constituir empresas mixtas se basan en Acuerdos dictados por la Asamblea Nacional que ratifican la aplicación del artículo 150, lo que es una conclusión coherente con el Derecho Administrativo Venezolano.

CONCLUSIONES

El Derecho Constitucional venezolano ha reconocido que existen determinados contratos suscritos en ejercicio de las funciones propias del Poder Ejecutivo que deben ser sometidos a control parlamentario, en especial, si son celebrados con sujetos no domiciliados en Venezuela. Este control parlamentario es una clara excepción al principio de separación de poderes, lo que lleva a concluir que tal control solo puede aplicar a casos excepcionales. Para describir esa excepcionalidad, el Derecho Constitucional venezolano alude a los “contratos de interés público”, principalmente, regulados en el artículo 150 de la Constitución.

El artículo 187.9 constitucional alude, también, al control parlamentario sobre los contratos de interés público celebrados por el Poder Ejecutivo, lo que ha llevado a concluir -en una posición minoritaria- que solo la República puede suscribir esos contratos. Sin embargo, esta exclusión no es explícita en el artículo 150 constitucional, que es la norma de referencia sobre esta materia en Venezuela.

En todo caso, la correcta interpretación del artículo 187.9 constitucional exige analizar la expresión “Poder Ejecutivo” en el contexto de las normas constitucionales sobre Poder Ejecutivo y Administración Pública, que permiten concluir que los funcionarios de la Administración Pública Nacional son, también, funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional, lo que se extiende a los funcionarios de la Administración Pública Descentralizada y, más en concreto, de empresas del Estado. Así, desde un punto de vista práctico, es necesario ubicar a las empresas del Estado en alguna de las cinco ramas descritas en el artículo 137 constitucional, y solo es coherente ubicarlas dentro del Poder Ejecutivo, en los términos de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Más allá de este aspecto, lo cierto es que desde el artículo 150, no existe ninguna justificación para excluir a las empresas del Estado de las figuras subjetivas del Poder Nacional que pueden celebrar contratos de interés público. Más allá de su forma jurídica, tales empresas son Administraciones Públicas, sometidas a Derecho Administrativo, cuya actividad además es actividad administrativa.

Respecto de PDVSA, esta conclusión es incluso más evidente, pues esa empresa del Estado tiene naturaleza única, en tanto es el ente creado para la coordinación de políticas públicas de inequívoco interés público, relacionados con el sector de hidrocarburos, como lo reconoce el artículo 303 constitucional. Por ello, antes y después de la Constitución de 1999, doctrina, jurisprudencia y actos legislativos han reconocido que PDVSA puede celebrar contratos de interés público sometidos al artículo 150 constitucional.

Esta conclusión, en todo caso, es excepcional, y no puede aplicar a contratos comunes al giro o tráfico de PDVSA. Antes por el contrario, solo ciertos contratos que impacten intensamente a la soberanía nacional, y que no sean contratos propios de su giro o tráfico, pueden ser considerados contratos de interés público. Esta calificación es aplicable, incluso, a contratos de crédito público, siempre y cuando reúnan esa especial condición. En los términos de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, PDVSA puede celebrar contratos de crédito público al margen de la Ley de endeudamiento, incluyendo contratos de garantía, como contratos comunes a su giro o tráfico. Solo aquellas operaciones de crédito público que excepcionalmente reúnan las condiciones del contrato de interés público quedan sometidas al citado artículo 150.

Tal es el caso de los contratos celebrados por PDVSA por los cuales, en 2016, se cedió en garantía de acreedores domiciliados en el extranjero las acciones de Citgo Holding, Inc. Estos contratos fueron celebrados por PDVSA en relación con las actividades de esa empresa en Venezuela, razón por la cual la capacidad de contratación de PDVSA se regía por el Derecho venezolano, incluyendo el artículo 150 constitucional. Además, en tanto esas garantías responden a una operación excepcional que afecta al activo más importante de PDVSA en el extranjero, los contratos de garantía eran contratos de interés público nacional celebrados con sociedades no domiciliadas en Venezuela, que debían ser autorizados previamente por la Asamblea Nacional.

Boston, diciembre de 2020.