

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

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

Del colapso de la industria petrolera
a la licencia de Chevron

Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional
Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público
de la Universidad Católica Andrés Bello

Nº 51



EDICIONES EJ
INTERNATIONAL

Remember, you'll get
baking shrinkage
uniform low oven tem

with gre

buy when you know that there are
re m

2023

Thursday mornings.

quarters, Chicago • Members throughout the U. S.



This Seal means that all
factual statements made in
advertisements made
to the Council on Foods &
Nutrition of the American
Medical Association.

LA PRIVATIZACIÓN *DE FACTO* DE PDVSA Y
LA DESTRUCCIÓN DEL PETRO-ESTADO VENEZOLANO
Del colapso de la industria petrolera a la licencia de Chevron

José Ignacio Hernández G.

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

Del colapso de la industria petrolera a la licencia de Chevron

Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional
Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo
de la Universidad Católica Andrés Bello
Nº 51

 **Ediciones EJV International**

2023

Cuadernos publicados

1. Allan R. Brewer-Carías. *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas 1992, 208 pp.
2. Carlos M. Ayala Corao. *El régimen presidencial en América Latina y los planteamientos para su reforma (Evaluación crítica de la propuesta de un Primer Ministro para Venezuela)*, Caracas 1992, 122 pp.
3. Gerardo Fernández V. *Los Decretos-Leyes (la facultad extraordinaria del Artículo 190, ordinal 8° de la Constitución)*, Caracas 1992, 109 pp.
4. Allan R. Brewer-Carías. *Nuevas tendencias del Contencioso-Administrativo en Venezuela*, Caracas 1993, 237 pp.
5. Jesús María Casal H. *Dictadura Constitucional y Libertades Públicas*, Caracas 1993, 187 pp.
6. Ezequiel Monsalve Casado. *Enjuiciamiento del Presidente de la República y de los Altos Funcionarios*, Caracas 1993, 127 pp.
7. Gustavo J. Linares Benzo. *Leyes Nacionales y Leyes Estadales en la Federación Venezolana (La repartición del Poder Legislativo en la Constitución de la República)*, Caracas 1995, 143 pp.
8. Rafael J. Chavero Gazdik. *Los Actos de Autoridad*, Caracas 1996, 143 pp.
9. Rafael J. Chavero Gazdik. *La Acción de Amparo contra decisiones judiciales*, Caracas 1997, 226 pp.
10. Orlando Cárdenas Perdomo. *Medidas Cautelares Administrativas (Análisis de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional y la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia)*, Caracas 1998, 120 pp.
11. Roxana D. Orihuela Gonzatti. *El avocamiento de la Corte Suprema de Justicia*, Caracas 1998, 158 pp.
12. Antonio Silva Aranguren. *Los actos administrativos complejos*, Caracas 1999, 137 pp.
13. Allan R. Brewer-Carías. *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999, (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Caracas 2000, 130 pp.
14. Ricardo Colmenares Olivari. *Los derechos de los pueblos indígenas*, Caracas 2001, 264 pp.
15. María Eugenia Soto Hernández. *El proceso contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública venezolana*, Caracas 2003, 139 pp.
16. Fabiola del Valle Tavares Duarte. *Actos Administrativos de la Administración Pública. Teoría general de la Conexión*, Caracas 2003, 113 pp.
17. Allan R. Brewer-Carías. *Principios Fundamentales del Derecho Público*, Caracas 2005, 169 pp.
18. Augusto Pérez Gómez. *Actos de Origen Privado*, Caracas 2006, 266 pp.
19. Jaime Rodríguez Arana. *El Marco Constitucional de los entes Territoriales en España*, Caracas 2006, 185 pp.
20. Henry Jiménez. *Régimen Legal de Hidrocarburos y Electricidad*, Caracas 2006, 279 pp.
21. M. Gabriela Crespo Irigoyen. *La potestad Sancionadora de la Administración Tributaria, Especial referencia al ámbito local en España y Venezuela*, Caracas 2006, 320 pp.
22. Jaime Rodríguez-Arana. *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, Caracas 2007, 307 pp.
23. Jesús Antonio García R. *Glosario sobre regulación de servicios públicos y materias conexas*, Caracas 2008, 190 pp.
24. Ricardo Antela. *La Revocatoria del Mandato (Régimen jurídico del Referéndum Revocatorio en Venezuela)*, Caracas 2010, 167 pp.
25. Gonzalo Rodríguez Carpio. *El alcance de aplicación territorial del impuesto sobre sucesiones*, Caracas 2011, 106 pp.
26. Juan Domingo Alfonso Paradisi. *El Régimen de los Estados vs. la Centralización de competencias y de Recursos Financieros*, Caracas 2011, 120 pp.
27. José Ignacio Hernández G. *Introducción al Concepto Constitucional de Administración Pública en Venezuela*. 1ra edición, Caracas 2011, 249 pp.
28. Alfredo Parés Salas. *La responsabilidad patrimonial extracontractual de la Unión Europea por actuaciones conforme a derecho*. 1ra edición, Caracas 2012, 130 pp.
29. Gonzalo Rodríguez Carpio. *La denuncia del Convenio Ciadi; efectos y soluciones jurídicas*. 1ra edición, Caracas 2014, 89 pp.
30. Jaime Vidal Ortiz, Agustín Eduardo Gordillo, Allan R. Brewer-Carías. *La Función Administrativa del Estado. Cuatro amigos, cuatro visiones sobre el derecho administrativo en América Latina*. 1ra edición, Caracas 2014, 248 pp.
31. Tomás A. Arias Castillo. *La revisvicencia de las leyes: Una potestad discrecional de los Tribunales Constitucionales*. 1ra edición, Caracas 2015, 138 pp.

32. Luis Alberto Petit Guerra. *El estado social. Los contenidos mínimos constitucionales de los derechos sociales*. 1ra edición, Caracas 2015, 292 pp.
33. Carlos Reverón Boulton. *El sistema de responsabilidad patrimonial de la administración pública en Venezuela*. 1ra edición, Caracas 2015, 139 pp.
34. Alejandro Gallotti. *El poder de sustitución del juez en la función administrativa*. 1ra Edición, Caracas 2015, 194 pp.
35. Jaime Orlando Santofimio-Gamboa. *Responsabilidad del Estado por la actividad judicial*. 1ra edición, Caracas 2016, 168 pp.
36. Joaquín Dongoroz Porras. *El concepto de actividad lucrativa en el impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar (aproximación a la noción de rentas pasivas)*. 1ra edición, Caracas 2018, 157 pp.
37. Gladys Stella Rodríguez. *Gobierno Electrónico en Venezuela. Una mirada desde los objetivos del desarrollo del milenio*. 1ra edición, Caracas 2018, 112 pp.
38. Luis A. Viloria. *Aproximación a los mecanismos de control político y su incidencia en el control constitucional*. 1ra edición, Caracas 2018, 176 pp.
39. Allan R. Brewer-Carías. *Sobre las nociones de Contratos Administrativos, Contratos de Interés Público, servicios públicos, interés público y orden público, y su manipulación legislativa y jurisprudencial*, 1ra edición, Caracas 2018, 260 pp.
40. Emilio J. Urbina Mendoza. *El derecho urbanístico en Venezuela (1946-2019). Entre la tentación centralizadora y la atomización normativa de la ciudad venezolana sofocada*, 1ra edición, Caracas 2019, 130 pp.
42. Allan R. Brewer-Carías. *Derecho Administrativo. Estudios*, Caracas, 2020, 230 pp.
43. Khairy Josvett Peralta Fung. *Contratación pública y compromisos de responsabilidad social. Una nueva forma de tributación*, Caracas 2020, 192 pp.
44. Luis Herrera Oropeza. *¿Constitucionalismo o Neoconstitucionalismo? Aportes a un debate contemporáneo*, Caracas 2020, 106 p.
45. Emilio J. Urbina Mendoza. *La declaratoria de terrenos urbanos como ejidos municipales en Venezuela*, Caracas 2021, 178 p.
46. Allan R. Brewer-Carías. *El procedimiento administrativo en Venezuela. El Proyecto de Ley de 1965 y la ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981*, Caracas 2022, pp. 276.
47. Emilio J. Urbina Mendoza. *Nuevas tendencias del derecho urbanístico global*, Caracas 2022, 108 pp.
48. Carlos Eduardo Herrera M. *La Educación en Venezuela: dos dimensiones de un derecho*, Caracas 2022, 252 pp
49. Alejandro Gallotti, *Las secuelas jurídicas del COVID-19. Un estudio global de los efectos jurídicos de la pandemia entre 2020-2022*, Caracas 2022, 208 pp.
50. Armando Luis Blanco Guzmán, *Las Instituciones del Derecho Procesal Constitucional en Venezuela y su análisis jurisprudencial*, Caracas 2023, pp. 322.
51. Jose Ignacio Hernández G. *La privatización de facto de PDVSA y la destrucción del petro-estado venezolano. Del colapso de la industria petrolera a la licencia de Chevron*. Caracas 2023, pp. 510.

© José Ignacio Hernández G.

ISBN: 979-8-88895-780-6

Editorial Jurídica Venezolana

Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4,

Sabana Grande, Caracas, 1015, Venezuela

Teléfono (58) 212-762.3842 Fax. (58) 212-763.52.39

<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company

para Editorial Jurídica Venezolana International Inc.

Panamá, República de Panamá.

Email: ejvinternational@gmail.com

Portada: Ana Cristina Hernández Urosa

Diagramación, composición y montaje

por: Mirna Pinto, en letra Book Antiqua, 13

Interlineado exacto 14, Mancha 18 x 11,5

A la memoria de Ramón ESPINASA

“El gran desafío político del país, mucho más allá del sector petrolero, es crear la suficiente unidad – en un régimen democrático y libre – en torno a una política petrolera y económica de largo plazo, de apertura e integración a los mercados internacionales. Para ese propósito, la santidad de los contratos debe ser plenamente respetada y deben darse garantías de protección de la propiedad a los inversionistas privados. No olvidemos que estamos hablando de inversiones de decenas de miles de millones de dólares al año. Esto se logrará solo si existe una profunda confianza mutua entre las partes, por lo que los hechos que sustentan las políticas serán más importantes que el anuncio de la política en sí”.*

* Espinasa, Ramón, *75 Years after the 1943 Agreements*, CSIS, 2018, p. 24. Traducción libre.

SUMARIO

PRÓLOGO

de Allan R. BREWER-CARÍAS 19

PRESENTACIÓN

de Luis A. PACHECO 47

ESTUDIO PRELIMINAR

LAS SANCIONES PETROLERAS A VENEZUELA: UN PROBLEMA DIFÍCIL DE RESOLVER

de Luisa PALACIOS y Francisco J. MONALDI

- I. ¿QUÉ EXPLICA LA RECUPERACIÓN DE LA PRODUCCIÓN PETROLERA DE VENEZUELA? 56
 - II. LIMITACIONES EXTERNAS E INTERNAS A LA RECUPERACIÓN DE LA PRODUCCIÓN DE PETRÓLEO..... 58
 - III. UN POTENCIAL CAMINO PARA EL ALIVIO DE LAS SANCIONES PETROLERAS EN VENEZUELA 61
- NOTA PRELIMINAR 65

INTRODUCCIÓN 69

I

**EL MARCO JURÍDICO DE LOS HIDROCARBUROS
Y LA INVERSIÓN PRIVADA**

1. Breve aproximación a la evolución de la regulación de los hidrocarburos en Venezuela.....	102
2. El marco constitucional de los hidrocarburos y la figura de la reserva	115
3. La regulación legal de los hidrocarburos. La distinción entre hidrocarburos gaseosos e hidrocarburos no gaseosos	122
A. Esquema regulatorio básico de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos	122
B. Esquema regulatorio básico de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. El ingreso fiscal petrolero	128
C. El avance del modelo estatista sobre el sector: las reservas y expropiaciones ejecutadas a partir de 2006. Las causas que explican el colapso de la industria petrolera y la privatización de facto	138
D. El Petro-Estado en Venezuela y sus arreglos institucionales	146
4. Recapitulación	153

II

LAS CAUSAS JURÍDICAS DE LA DESTRUCCIÓN DE LA INDUSTRIA PETROLERA EN VENEZUELA

1. La economía política tras la violación de la autonomía de PDVSA y la destrucción de la inversión privada 163
2. La violación de la autonomía de PDVSA 173
 - A. Las cinco áreas que permiten apreciar la violación de la autonomía de PDVSA 174
 - B. El uso de PDVSA como parte de la cleptocracia trasnacional y como una instrumentalidad de organizaciones terroristas. La negativa de considerar a PDVSA como víctima de la corrupción. La configuración del “Estado mafioso” 187
3. El endeudamiento de PDVSA 198
 - A. La deuda financiera. Algunas operaciones fraudulentas: la deuda bolívar-dólar y los colaterales sobre Citgo. El Fondo Chino ... 200
 - B. Los contratos de financiamiento con socios minoritarios. Las facilidades de pago y el caso del banco San Juan Internacional 209
 - C. La deuda comercial de PDVSA y los pagarés 213
 - D. La tesis del alter ego 214
4. La expropiación de los derechos de propiedad de la inversión privada 218

5. Recapitulación: el Petro-Estado devorado por el Petro-Estado	222
---	-----

III

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

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	230
2. El PDVSA Trust Litigation Agreement	236
3. Los contratos de servicio petroleros, y en especial, los acuerdos de servicios compartidos o productivos	240
4. La cesión de derechos en las empresas mixtas y la cesión de la operación a socios minoritarios. El caso de Petrozamora	247
5. La reorganización de PDVSA en el marco de la -inconstitucional- “ley antibloqueo”. La militarización de la industria	260
6. La cesión de la operación sobre estaciones de servicios y refinerías	267
7. El intento por justificar jurídicamente la privatización de facto de PDVSA a partir de la desviada interpretación del artículo 150 de la Constitución	270

8. La pérdida de activos en manos de acreedores. El caso de Nynas y de la Refinería de República Dominicana 283
9. Recapitulación: del colapso de PDVSA al colapso del Estado, en el medio de una ilusión de recuperación económica 288

IV

LAS POLÍTICAS DEL GOBIERNO DE ESTADOS UNIDOS HACIA PDVSA Y LA LICENCIA A CHEVRON

1. Las dos políticas adoptadas en 2019 por el Gobierno de Estados Unidos: la sanción en contra de PDVSA y sus empresas filiales y el reconocimiento del presidente encargado 299
 - A. Origen y evolución de la política de sanciones a PDVSA por el Gobierno de Estados Unidos. Análisis de las críticas a esa política en relación con su impacto sobre la producción petrolera 300
 - B. Algunas implicaciones de las sanciones sobre la deuda pública. En especial, el caso de las víctimas de las FARC 314
2. La política de reconocimiento del presidente encargado, la junta administradora ad-hoc de PDVSA y las reglas de gobernanza corporativa sobre Citgo. Las consecuencias de la eliminación de la presidencia encargada 320

A. El reconocimiento del presidente encargado y sus efectos sobre PDVSA. Una nota sobre los Bonos PDVSA 2020	321
B. La eliminación de la figura del presidente encargado y el incierto destino jurídico de PDVSA	329
3. Las políticas de sanciones y la creciente informalidad y criminalización de las operaciones de PDVSA en el contexto de la dolarización de facto, la fragilidad estatal y el daño ambiental	334
4. La revisión de la política de sanciones y la licencia a favor de Chevron: ¿una nueva privatización de facto?	344
A. La situación jurídica de Chevron en enero de 2019 y la evolución de la licencia general que permitió sus operaciones en Venezuela	350
B. La licencia general n° 41 y la situación jurídica de Chevron	362
C. Las relaciones contractuales entre PDVSA y Chevron bajo la licencia general n° 41	371
D. Recapitulación	382
5. El uso del ingreso petrolero con fines humanitarios. Algunas experiencias de Irak y de Afganistán. El fondo para la protección social del pueblo de Venezuela	385
6. Recapitulación: el posible levantamiento de las sanciones y la privatización de facto de PDVSA	397

V

**PROPUESTAS CENTRALES DE REFORMA DE LA
REGULACIÓN DE HIDROCARBUROS EN
VENEZUELA EN EL CONTEXTO DE LA
TRANSICIÓN ENERGÉTICA**

1. El desmontaje del Petro-Estado: hacia el Estado regulador y garante	409
2. Limitaciones constitucionales aplicables a la ampliación de los cauces de la inversión privada	416
2. La superación del modelo de empresas mixtas. La necesaria implementación de mecanismos de regulación que incentiven la iniciativa privada y flexibilicen la gestión de las empresas operadoras públicas	419
4. La agencia venezolana de los hidrocarburos ..	424
5. El contrato de exploración y producción. La conversión de los contratos suscritos en el marco de la privatización de facto	427
6. El problema de los ingresos petroleros: la creación del fondo soberano de petróleo	442
7. A modo de recapitulación: la coyuntura de la riqueza petrolera en Venezuela y la privatización de <i>iure</i> del petróleo	469

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

ANEXO I

**CRONOLOGÍA DE EVENTOS, PRODUCCIÓN
Y PRECIO DEL PETRÓLEO 481**

BIBLIOGRAFÍA 485

PRÓLOGO DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Al libro de José Ignacio Hernández G., sobre La privatización *de facto* de PDVSA

Allan R. BREWER-CARÍAS

Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela

El autor de este actual e importante libro sobre *La Privatización de facto de PDVSA*, el profesor José Ignacio Hernández G., mi muy distinguido alumno hace unos buenos lustros, y destacado profesor de las Universidades Central de Venezuela, Católica Andrés Bello y Monteávila de Caracas es, sin duda, la persona más autorizada en la actualidad, entre los profesores de derecho público de país, para haber acometido su redacción, no solo por su ya larga y destacada trayectoria académica en el estudio del régimen de derecho público de la economía en Venezuela, sino por sus estudios específicamente destinados al tema de la industria petrolera.

Para calibrar su trayectoria y autoridad para su autoría de esta obra, es importante recordar que Hernández fue hasta cierto punto pionero en los estudios sobre el régimen de la economía en el país, que inició con su trabajo sobre “Intervención económica y liberalización de servicios esenciales en Venezuela” (*en Revista de Derecho Administrativo* N° 10, Caracas, 2000) y luego con sus libros sobre *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio*

comparado del Derecho español y venezolano (IESA-FUNEDA, Caracas, 2004), y sobre *Derecho Administrativo y Regulación Económica* (Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2006) que fue su tesis doctoral en España. A esos trabajos iniciales le siguieron sus libros sobre *Reflexiones sobre la Constitución y el modelo socioeconómico en Venezuela*, (FUNEDA, 2008), *Administración Pública, desarrollo y libertad en Venezuela* (FUNEDA, Caracas, 2012), *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones* (CIDEP-EJV, Caracas, 2016); y *Control de cambio y de precio. Auge y colapso institucional* (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022).

Adicionalmente a estos estudios generales sobre temas de derecho público de la economía, deben mencionarse sus otras importantes contribuciones, especialmente en el campo del derecho aplicable a los hidrocarburos y a la industria petrolera, entre los cuales se destacan sus estudios sobre “Reflexiones sobre la nueva ordenación de los hidrocarburos gaseosos en Venezuela” (en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Colección Libros Homenaje número 7, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002); “Evolución y situación actual de la regulación de los hidrocarburos en Venezuela” (en *Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red* N° 27, Madrid, 2006); “Reflexiones en torno a la migración de los convenios operativos al modelo de empresas mixtas” (en *Venamcham. Trabajos jurídicos II*, Caracas, 2006). A esos estudios los siguió su muy importante libro sobre *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016). Y posteriormente los siguientes artículos: “La regulación de los hidrocarburos en Venezuela: situación actual y propuestas de reforma” (en *Revista de Direito Econômico e Socioambiental* N° 3, Volumen 8, Pontificia Universidad Católica de Paraná, 2017);

“Hacia una regulación mercantil de protección de activos de empresas públicas en caso de insolvencias” (en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 15, Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Caracas, 2018); “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); “Hacia una nueva la Ley orgánica de hidrocarburos” (en *Libro homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón. Tomo III*, Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas, Caracas, 2019); “Aspectos jurídicos de la reconstrucción de la industria petrolera nacional: hacia un nuevo marco para promover la inversión privada” (en Oliveros, Luis, (editor), *La industria petrolera en la era chavista. Crónica de un fracaso*, AB Ediciones, Caracas, 2019); “El nuevo proyecto de la Ley Orgánica de Hidrocarburos presentado por Comisión Permanente de Energía y Minas en septiembre de 2020” (en *Revista de Derecho Público* N° 163-164, Caracas, 2020); “Las filiales extranjeras de empresas del Estado en el Derecho Administrativo venezolano. El caso de Citgo” (*Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 16, Caracas, 2020); “Aspectos institucionales para la creación del fondo petrolero para Venezuela” (en Balza, Roland et al. (coordinadores), *Petróleo y extractivismo en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2021), “A propósito del caso de los bonos PDVSA 2020 y la interaplicación del Derecho Mercantil y Constitucional” (*Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 6, 2021); y “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*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2022).

A esta expensa bibliografía, que es su mejor carta de presentación, agrega recientemente el profesor Hernández a su bagaje académico el haber estado trabajando en los últimos años como Investigador del *Growth Lab, Harvard Kennedy School*, en temas de desarrollo, capacidad estatal y Estado de Derecho; como Profesor Invitado en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra en República Dominicana y en la Universidad Castilla-La Mancha en España; como Miembro del Grupo de Derecho Global de la Universidad de La Coruña; como consultor de *The Library of the Congress*, en Estados Unidos, sobre Derecho de América Latina; y como Asociado no residente del *Center for Strategic and International Studies*.

Con todo ello como soporte, José Ignacio Hernández nos presenta ahora este importante libro sobre el proceso de *La Privatización de facto de PDVSA*, que como bien él mismo lo advierte en su texto, en dicho proceso ha venido avanzando el Gobierno de Nicolás Maduro desconociendo a la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional que fue electa en diciembre de 2015 y, por tanto, ignorando totalmente el control parlamentario que requería esa nueva política, optando por eludir ese control y acudir, como lo advierte en el texto, “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.”

Se trata de un proceso de medidas que muy bien califica Hernández como de “privatización de facto de PDVSA,” como consecuencia “del fracaso de las políticas petroleras adoptadas a partir de 2005 con las confiscaciones (expropiaciones sin compensación) orientadas a la llamada “plena soberanía petrolera,” y que, a su atinado juicio, han abarcado las siguientes 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 privativas 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 anti-bloqueo”; (vi) la cesión de la operación sobre estaciones de servicios y refinerías; (vii) el desconocimiento de las funciones de control parlamentario sobre los contratos de interés público nacional y (viii) la pérdida de activos externos de PDVSA en el marco de litigios de la deuda pública externa.”

En ese marco de políticas, destaca en mi criterio, la que resulta de la aplicación de la llamada “ley antibloqueo” que no sólo ha servido para una supuesta reorganización *de facto* de PDVSA, sino, más grave aún, para la celebración de toda suerte de contratos y acuerdos sin control alguno, y sin sujetarse a las previsiones de la Constitución y de las leyes de la República, con empresas extranjeras no domiciliadas en el país, e incluso, con entidades oficiales de Estados extranjeros, ignorando las prohibiciones constitucionales establecidas en todas nuestras Constituciones desde hace más de un siglo en el país.

Y es precisamente a esa “ley antibloqueo” a la cual quiero referirme en este Prólogo, con todo mi agradecimiento al autor del libro por el honor que me ha hecho en solicitarme que lo escribiera, y que hago, en su homenaje, como un aporte más al estudio de la problemática que analiza más globalmente en su libro, y que confirma lo que expresa en el texto, en el sentido de que “*no deja de ser paradójico que luego de cuestionar los convenios suscritos*

durante la apertura petrolera, se hayan replicado fórmulas similares para paliar el colapso de la capacidad de PDVSA,” pero aplicando “medidas inconstitucionales e ilegales, que se han apartado de estándares de transparencia.”

Buena parte del proceso de privatización *de facto* de PDVSA, o mejor, en otros términos, del proceso de “desestatización” *de facto* de PDVSA, en efecto, se ha ejecutado con base en la llamada *Ley antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos*, publicada en octubre de 2020,¹ mediante la cual el Gobierno al presentarla a la Asamblea Nacional lo que buscó fue obtener “recursos adicionales” (art. 18) del Estado, mediante la implementación de un “cambio” de política económica consistente en desestatizar, desnacionalizar y privatizar indiscriminadamente y en secreto, la economía, y realizar nuevas negociaciones de financiamiento público, para supestatamente atender necesidades en el país; pero todo ello, subvirtiendo totalmente el ordenamiento jurídico vigente, al declarar la misma en su texto como de “aplicación preferente” sobre todas las leyes, “de orden público y de interés general,” y de aplicación obligatoria por todos los niveles territoriales de gobierno, y por todas las personas (art. 2).

¹ Véase en *Gaceta Oficial* No. 6.583 Extra. de 12 de octubre de 2020. Véase sobre la Ley: Allan R. Brewer-Carías, “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, enero-junio 2022, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2022, pp. 235-252, texto que seguimos en estas notas.

En efecto, en la Ley se establecieron las siguientes previsiones que son las que han provocado una grave ruptura en el ordenamiento jurídico:

En primer lugar, al concebirse la “Ley Constitucional” como un *marco normativo de un rango supra-legal*, es decir, superior a todas las leyes orgánicas y leyes ordinarias de la República, respecto de las cuales se la declara como de aplicación preferente (Disposición Transitoria primera), lo que equivale a decir, como se expresaba en el Proyecto que le dio origen, que quedaban “*suspendidas las normas que colidieran con lo dispuesto*” en la misma (Disposición Transitoria segunda del Proyecto de Ley presentado por N. Maduro). Con la Ley aprobada, en todo caso, se logra un propósito parecido, al establecerse que sus disposiciones prevalecen sobre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias.

En segundo lugar, al establecerse una *potestad ilimitada del Ejecutivo Nacional para que pueda “inaplicar” en casos específicos las normas de rango legal que estime necesarias para perseguir los propósitos de la Ley* (art. 19). Es decir, la Ley autoriza al Ejecutivo para que pueda decidir en casos específicos que una Ley orgánica o cualquier otra Ley *no se aplica*, lo que además de ser inconstitucional sin duda implica establecer una *delegación legislativa sin límites al Ejecutivo Nacional, para ejercer la potestad de legislar* a los efectos de poder suplir la ausencia de normas o vacío legislativo que origina la decisión ejecutiva de “*inaplicar*” las de normas de orden legal.

En tercer lugar, al establecer también otra *potestad sin límites a los efectos de que el Ejecutivo Nacional pueda “inaplicar” para casos específicos, es decir, singularmente, los reglamentos y demás normas de rango sublegal que estime, cuando considere que su aplicación pueda ser contraproducente*

para cumplir con los fines de Ley (art. 19); es decir, en violación al principio general de la no modificabilidad o inderogabilidad singular de los reglamentos garantizado por el artículo 13 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En cuarto lugar, al establecer una *amplia potestad del Ejecutivo Nacional para la suscripción de "tratados, acuerdos y convenios internacionales, bilaterales o multilaterales, favoreciendo la integración de los pueblos libres"* que deben basarse "en obligaciones preexistentes de la República" (art. 10), buscando con ello obviar la necesaria aprobación de dichos instrumentos mediante Ley de la Asamblea Nacional que exige la Constitución (art. 154).

Y, en quinto lugar, al establecer formal y expresamente un *régimen de ausencia total de transparencia*, al preverse no solo la posibilidad de inaplicar las leyes sobre licitación y contratación pública (arts. 21 y 28), sino al declarar "*secretos y reservados*" todos "los procedimientos, actos y registros efectuados con ocasión de la implementación de alguna de las medidas" establecidas en la Ley que "s ponga la *inaplicación de normas* de rango legal o sublegal" (art. 42)

Lo anterior equivale a una subversión completa del orden jurídico del Estado, totalmente incompatible con los principios más elementales del Estado de Derecho, materializándose en la "regulación" o establecimiento formal de la "inaplicabilidad" de las leyes, en secreto, por el Ejecutivo Nacional, sin duda, como lo advirtió el Bloque Constitucional Venezolano (16-10-2020), con una *vocación de permanencia*," a pesar de que en la Ley se lo defina como un "*marco normativo especial y temporal* que provea al Poder Público venezolano de *herramientas jurídicas*" para cumplir con sus objetivos.

Por ello decimos que lo que se ha hecho es establecer un régimen de subversión del orden jurídico permanente con el objeto de lo que pareciera ser la ejecución de un cambio radical de la política económica, hacia una desestatización, desnacionalización y privatización de la economía con el propósito de obtener “nuevos ingresos” públicos. Como en su momento lo destacó el mismo autor de este libro al referirse a la Ley, la misma busca:

“Disponer de activos del Estado y manejar la economía venezolana sin control parlamentario,” a cuyo efecto, “los “artículos” 19, 24, 27 y 29 permiten a Maduro (i) Realizar gastos públicos; (ii) Contratar operaciones de deuda y, en general, operaciones de renegociación; (iii) Celebrar contratos de interés público; y (iv) Reorganizar empresas del Estado para ceder sus activos a inversionistas privados, incluso, respecto de bienes que no han sido adquiridos formalmente, al estar afectados por medidas de “ocupación.” Previendo la ola de litigios que estas medidas podrían desencadenar, la “Ley” se encarga de crear un servicio especial para el ejercicio de acciones judiciales en el extranjero (artículo 36).”²

Esa “*apertura y privatización de la economía,*” en efecto, a partir de dicha Ley se ha venido realizando en secreto, con un bizarro marco “normativo” destinado a *regular una situación de inaplicación del Derecho*, es decir, de todas las Leyes orgánicas y ordinarias y los reglamentos que se considere necesario, y el Ejecutivo así, pueda tomar todas

² Véase José Ignacio Hernández G., “La Ley Constitucional Antibloqueo” y el avance de la economía criminal,” en *La Gran Aldea*, 15 octubre 2020, disponible en: <https://lagranaldea.com/2020/10/15/la-ley-constitucional-antibloqueo-y-el-avance-de-la-economia-criminal-en-venezuela/>

las medidas que estime necesarias, sin límites, a medida que lo juzgue conveniente. Como el autor de este libro lo consideró al sancionarse la Ley: se trata *“más bien, de la renovación del objetivo de Maduro de manejar a discreción la economía, facilitando así arreglos que fortalezcan su cleptocracia y sus alianzas con el crimen organizado. Ese objetivo, como veremos, comenzó a fraguarse luego del triunfo de la oposición en las elecciones parlamentarias de diciembre de 2015.”*³

En esta forma, con esta Ley se inventó un nuevo término en el campo de los principios de la vigencia temporal de la ley, el de “inaplicación,” que comporta una delegación legislativa ilimitada al propio Ejecutivo Nacional el cual quedó habilitado para llenar el “vacío” normativo que él mismo produzca al decidir la “inaplicación” de normas dentro del marco expreso de una ausencia total de transparencia, es decir, en un marco de secreto y confidencialidad, al declararse ahora que la política económica es una materia concerniente a la seguridad de la Nación (arts. 37, 42).

El objetivo fundamental de la “Ley Constitucional,” como antes se dijo, es la generación de “ingresos adicionales” mediante un “cambio” de política económica a ser ejecutado al margen del Derecho y en plena situación de secreto de Estado, basada en la desestatización, desnacionalización y privatización de la economía; “ingresos adicionales” que sin embargo no son para ser canalizados dentro en la disciplina presupuestaria y el régimen de los ingresos públicos previstos en la Constitución, sino para ser dispuestos al margen de la misma, a cuyo efecto según dispone el artículo 18 de la misma ‘Ley Constitucional,’ los mismos:

³ *Idem.*

“se registrarán separadamente dentro de las disponibilidades del tesoro nacional y se destinarán a la satisfacción de las derechos económicos, sociales y culturales del pueblo venezolano, así como a la recuperación de su calidad de vida y la generación de oportunidades a través del impulso de sus capacidades y potencialidades.”

La consecuencia es que además de que las medidas para obtener esos ingresos adicionales se adoptan al margen del ordenamiento jurídico, de manera secreta, se prevé adicionalmente una contabilidad separada contrariando abiertamente las previsiones de la Constitución sobre el régimen de los ingresos públicos y sobre disciplina presupuestaria (art. 311 a 315).

Adicionalmente, para la obtención de los ingresos adicionales, e implementar la política de desestatización, desnacionalización y privatización de la economía, y de las negociaciones financieras, la “Ley Constitucional” reguló además un marco de *flexibilización total del régimen de contratación pública*, al establecerse, en primer lugar, la “inaplicación” de las normas legales que establecen autorizaciones o aprobaciones de contratos de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional (art. 21), y en segundo lugar, que el Ejecutivo Nacional puede “*diseñar e implementar mecanismos excepcionales de contratación*, compra y pago de bienes y servicios, preferentemente de producción nacional (art. 28).

Todo ello implica, sin duda, la “inaplicación” generalizada de las previsiones de la Ley de Contrataciones Públicas, de la Ley de Concesiones, y de todas las Leyes que regulan la materia, incluidas aquellas leyes que regulan expresamente, conforme al artículo 150 de la Constitución, la necesidad de la aprobación de contratos de interés

nacional por parte la Asamblea Nacional. Con ello se ignora la previsión constitucional de que cualquier contrato que se pretenda suscribir con Estados extranjeros, con entidades oficiales extranjeras o con compañías no domiciliadas en el país, requiere para su validez ineludiblemente dicha autorización previa por la Asamblea Nacional (art. 151); previsión que en ningún caso puede “inaplicarse.”

En la “Ley Constitucional,” a los efectos de asegurar la obtención de los antes mencionados “recursos adicionales,” a lo largo de su articulado definió la “nueva” política económica que se persigue, y que significó un giro total en la política de estatización de la economía que, desarrollado en los últimos 22 años, conforme a las siguientes grandes orientaciones:

En primer lugar, están las previsiones sobre la política de desestatización o desnacionalización generalizada, previstas en la “Ley Constitucional anti-bloqueo” a los efectos de “incrementar el flujo de divisas hacia la economía y aumentar la rentabilidad de los activos,” autorizándose al Ejecutivo Nacional para “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” (art. 27), lo que implica la posibilidad de disposición de activos, con la única limitación de lo establecido en la Constitución; referencia redundante, pero que en esta materia apunta a lo previsto en su artículo 303 (como lo decía expresamente el Proyecto de Ley), que exige que las acciones de PDVSA deben permanecer en poder del Estado.

La “Ley Constitucional,” además, autorizó expresamente al Ejecutivo Nacional para que “cuando resulte necesario para proteger sectores productivos fundamentales del país

y los actores que participan en ellos” proceda al “levantamiento de restricciones a la comercialización para determinadas categorías de sujetos, en actividades estratégicas de la economía nacional” (art. 31).

A los efectos de implementar la política de desnacionalización que está implícita en estas previsiones, al prever la “Ley Constitucional” la posibilidad que tiene el Ejecutivo Nacional de “inaplicar” todas las Leyes orgánicas y Leyes ordinarias, el mismo tiene la posibilidad de decretar la inaplicación de las Leyes orgánicas que han establecido la nacionalización o reserva al Estado de determinadas actividades económicas, entre las cuales están, fundamentalmente, las referidas a la industria y la comercialización de hidrocarburos (Ley Orgánica de Hidrocarburos 2001 y Ley Orgánica de reordenamiento del Mercado Interno de los Combustibles Líquidos, 2008); de la industria petroquímica (Ley que reserva al Estado las actividades petroquímicas, 2009), de los servicios conexos con la industria petrolera (Ley Orgánica de reserva al Estado de los servicios y actividades conexos con la industria petrolera, 2009); la industria del mineral de hierro (Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria de la explotación de Mineral de hierro, 1974 y Ley Orgánica de nacionalización de la industria del hierro y acero, 2008); de la industria del cemento (Ley Orgánica que reserva al Estado la industria del cemento, 2007), y de las actividades relativas con la explotación de oro (Ley Orgánica de nacionalización de la minería del oro y de la comercialización del oro, 2011).

Todas esas regulaciones de la Ley apuntan, por tanto, a la posibilidad de la desnacionalización total de la industria petrolera y de la comercialización de los derivados del petróleo – entre ellos gasolina -, con la única y exclusiva

limitación antes mencionada consistente en que las acciones de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA), que es la empresa holding de la industria petrolera, conforme al artículo 303 de la Constitución, deben permanecer como propiedad del Estado (así se indicaba expresamente los artículos 22, 24 y 25 del Proyecto de Ley). Y así se deduce ahora de lo previsto en los textos equivalentes de los artículos 24, 26 y 27 de la “Ley Constitucional,” al regular entre sus propósitos la privatización de la economía, “*sin perjuicio de lo establecido en la Constitución,*” que es lo que ha llevado, por tanto, a la privatización *de facto* de PDVSA, como bien lo analiza José Ignacio Hernández en el libro. La aclaratoria, por supuesto, como se dijo, resulta innecesaria pues ninguna ley o acto estatal puede violar la Constitución. Y es posible que haya ocurrido, pero como todo es secreto, no lo sabemos.

En todo caso, el resultado de las previsiones de la Ley es que, todas las empresas del Estado subsidiarias o filiales de PDVSA podrían ser total o parcialmente privatizadas, sin límites y secretamente.

Con ello, incluso, debe estar por desaparecer el concepto mismo de “empresa mixta” o de participación accionaria del Estado en más del cincuenta por ciento de su capital que se regla en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la cual podría ser “inaplicada,” en todos los “casos específicos” que el Ejecutivo Nacional considere necesario, pudiendo las filiales de PDVSA, todas, pasar a capital privado, sin límites, dada la prevalencia de la “Ley Constitucional” y la potestad ejecutiva de inaplicar leyes de manera secreta.

En segundo lugar, están las previsiones relativas a la privatización de empresas públicas precisamente para implementar la política de desestatización y desnacio-

nalización de la economía, autorizándose al Ejecutivo Nacional, para *“la celebración de todos los actos o negocios jurídicos que resulten necesarios sin perjuicio de lo establecido en la Constitución”* (es decir, sin que se pueda variar la propiedad total del Estado de las acciones de PDVSA), con el objeto de proteger y de *“impedir o revertir actos o amenazas de inmovilización, despojo o pérdida de control de activos, pasivos e intereses patrimoniales de la República o de sus entes, por efecto de la aplicación de las medidas coercitivas unilaterales, restricciones y otras amenazas”* (art. 24).

A los efectos de la privatización de empresas públicas, en la *“Ley Constitucional”* se establecieron previsiones para la *reorganización total del sector empresarial público*, autorizándose al Ejecutivo Nacional, conforme a la política de desestatización y nacionalización antes mencionadas, para *“modificar los mecanismos de constitución, gestión, administración y funcionamiento de empresas públicas o mixtas, tanto en el territorio nacional como en el exterior, sin perjuicio de lo establecido la Constitución”* (art. 26). Además, la Ley autoriza al Ejecutivo Nacional para:

“proceder a la organización y reorganización de los entes descentralizados con fines empresariales, dentro y fuera del país, en procura de su modernización y adaptación a los mecanismos utilizados en la práctica internacional, adecuados al objeto y fin del respectivo ente, mejorando su funcionamiento, relaciones comerciales, financieras o la inversión del Estado venezolano. La organización o reorganización debe garantizar primordialmente la salvaguarda del patrimonio de la República y sus entes” (art. 25).

Pero una privatización como política de Estado, es evidente que solo puede ser llevada cabo en medio de la más rigurosa transparencia; de lo contrario lo que podemos

presenciar es el reparto secreto de activos del Estado entre los aliados del régimen. Por ello, con razón, el autor de este libro, José Ignacio Hernández, en su momento expresó sobre la política establecida en esta Ley, que más bien se trata de medidas del Gobierno para “*complacer a sus aliados económicos y políticos, fomentando más todavía la criminalización de la economía venezolana.*”

Es decir, “no puede verse esta política como una suerte de “apertura económica” hacia el “capitalismo”, pues “*su objetivo no es expandir la libertad de empresa, sino repartir activos estratégicos entre los aliados de Maduro, como en el 2016 Citgo fue repartida entre los tenedores del Bono 2020 y Rosneft.*”⁴

En tercer lugar, están las siguientes previsiones relativas a la participación, promoción y protección del capital privado nacional e internacional en la economía:

Primero, la definición en la “Ley Constitucional” de medidas de alianzas con el sector privado respecto de empresas que fueron apropiadas (expropiadas, confiscadas, ocupadas) por el Estado, previéndose en el artículo 30, que:

“los activos que se encuentren bajo administración del Estado venezolano como consecuencia de *alguna medida administrativa o judicial restrictiva de alguno de los elementos de la propiedad* [que como es sabido, son el uso, el goce y la disposición], que sean requeridos para su incorporación urgente en un proceso productivo, podrán ser objeto de *alianzas con entidades del sector privado*, incluida la pequeña y mediana empresa, o con el Poder Popular organizado, a los fines de maximizar el aprovechamiento de la producción de bienes y servicios

⁴ *Idem.*

para la satisfacción de necesidades fundamentales del pueblo venezolano y para lograr la mejor eficiencia de las empresas del sector público.”

Esto implica la posibilidad para el Ejecutivo Nacional de privatizar todas las empresas e industrias que fueron expropiadas o confiscadas mediante medidas administrativas y judiciales durante los lustros pasados, como ocurrió con las empresas extranjeras que participaron en los Contratos de Asociación de la Apertura Petrolera, incluso pudiendo convenir, en la restitución con sus antiguos dueños, mediante alianzas, de dichos bienes.

Segundo, para asegurar la desestatización de la economía mediante la privatización de las empresas públicas, la “Ley Constitucional” reguló *medidas de promoción de la participación de capital privado en la economía nacional*, previendo para ello como objetivo de la misma, “*la captación de inversión extranjera, sobre todo a gran escala*” (art. 20), atribuyéndose al Ejecutivo Nacional la potestad de “*autorizar e implementar medidas que estimulen y favorezcan la participación, gestión y operación parcial o integral del sector privado nacional e internacional en el desarrollo de la economía nacional*” (art. 29).

Tercero, y en consonancia con las medidas anteriores, en la “Ley Constitucional” se definieron *medidas de protección de la inversión privada* autorizándose al Ejecutivo Nacional para acordar “*con sus socios e inversionistas, por el plazo establecido contractualmente, cláusulas de protección de su inversión [...] a los fines de generar confianza y estabilidad*” (art. 34). En tal sentido, por ejemplo, de acuerdo con la “Ley Constitucional,” podrían suscribirse aquellos “contratos de estabilidad jurídica” que la derogada Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999 estableció, y que nunca pudieron suscribirse por considerarse que eran contrarios al interés nacional.

En el marco específico de la *protección de la inversión extranjera*, el artículo 34 de la “Ley Constitucional” permite, además, expresamente, que se puedan suscribir “cláusulas” de “resolución de controversias,” entre las cuales está, sin duda, la figura del *arbitraje*, y particularmente, del arbitraje internacional, figura jurídica que sin embargo también fue muy vilipendiada en los pasados lustros por considerarse contraria al interés nacional.

Ahora bien, a los efectos de implementar y ejecutar la “nueva” política económica y de financiamiento antes mencionada, lo que más destaca de la Ley es la Disposición Transitoria primera (que de “transitoria” no tiene nada), conforme a la cual queda en suspenso todo el ordenamiento jurídico, al disponer que:

“Las disposiciones de esta Ley Constitucional serán de *aplicación preferente frente a las normas de rango legal y sublegal, incluidas respecto de leyes orgánicas y especiales que regulen la materia, aún ante el régimen derivado del Decreto mediante el cual se acuerda el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional [...].*”

El efecto práctico de esta previsión, en efecto, es que a partir de la entrada en vigencia de la Ley puede considerarse que *no hay normas jurídicas preestablecidas* para la adopción de las medidas que puede adoptar el Ejecutivo Nacional en ejecución de la política económica –o el cambio de la misma– que se pretende con la Ley, pues si las previstas en las leyes vigentes difieren de lo que se establece en la “Ley Constitucional,” desde la publicación de la misma quedan en una especie de “suspensión” o situación de “inaplicabilidad”; es decir, en una situación *de ausencia de Derecho aplicable*, que se pretende suplir con la autorización al Ejecutivo Nacional para decretar su

“inaplicabilidad” en “casos específicos” y legislar consecuentemente para llenar el vacío legislativo a los efectos de implementar la “política económica” fijada en la Ley.

Precisamente para ello, la implementación del trastocamiento general del orden jurídico que se “decreta” en la Ley, con la declaratoria de su prevalencia general, se detalla en sus artículos 19 a 21, en los que se autoriza al Ejecutivo Nacional para proceder a *“inaplicar normas de rango legal o sublegal”* cuando se trate de *“la implementación de las medidas de equilibrio económico y productivo”* (art. 21); y además, específicamente se lo autoriza para *“inaplicar, para casos concretos, aquellas normas de rango legal o sublegal” “cuando resulte necesario para superar los obstáculos o compensar los daños que las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas generan a la actividad administrativa, o cuando ello contribuya a la protección del patrimonio del Estado venezolano frente a cualquier acto de despojo o inmovilización, o a mitigar los efectos de las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas que afectan el flujo de divisas”* (art. 19), y cuando su *“aplicación resulte imposible o contraproducente como consecuencia de los efectos producidos por una determinada medida coercitiva unilateral u otra medida restrictiva o punitiva”* (art. 19).

Es decir, a partir de la entrada en vigencia de esta “Ley Constitucional,” en realidad, puede decirse que en Venezuela se formalizó en texto legal expreso la inseguridad jurídica que ya existía, pero ahora respecto de la vigencia y efectos de las normas legales y reglamentarias relacionadas con las materias reguladas en la misma, las cuales pueden ser “suspendidas” en su aplicación por el Ejecutivo Nacional.

El reino de la arbitrariedad que implica esta potestad ejecutiva absoluta de decidir cuándo se aplica o no una norma legal o reglamentaria, cuyo ejercicio por supuesto solo podría originar actos nulos viciados de nulidad absoluta, solo se limitó levemente al exigirse que se elabore un cada caso un “informe técnico” –por supuesto nada jurídico–, para determinar “*con claridad los dispositivos desaplicados y el fundamento de tal desaplicación*” (art. 42), que se obtengan algunas opiniones previas de determinados organismos (art. 35), y que la suspensión sea “indispensable,” para la gestión de la economía (art. 20); con la única limitación de que “*en ningún caso podrán inaplicarse normas relativas al ejercicio de derechos humanos*” (art. 21); lo contrario hubiese sido la negación total de la Constitución.

El otro límite que se estableció es que no pueden “inaplicarse” las normas “relativas a la división del Poder Público” (art. 21), pero agregando que siempre “*que no correspondan a potestades aprobatorias o autorizatorias,*” lo que significa que si una Ley establece la necesaria aprobación de la Asamblea Nacional para la realización de determinados actos o contratos, la norma sin embargo sí puede ser suspendida, tal como ya ocurrió en el marco de los decretos de emergencia económica en los cuales desde el inicio, Nicolás Maduro se autorizó a sí mismo a suscribir contratos de interés nacional sin la aprobación o autorización de la Asamblea Nacional,⁵ tal como

⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El control político de la Asamblea Nacional respecto de los decretos de excepción y su desconocimiento judicial y Ejecutivo con ocasión de la emergencia económica decretada en enero de 2016, en *VI Congreso de Derecho Procesal Constitucional y IV de Derecho Administrativo, Homenaje al Prof. Carlos Ayala Corao, 10 y 11 noviembre 2016, FUNEDA, Caracas 2017. pp. 291-336.*

ha ocurrido desde 2016, en el marco de la situación de desacato en la cual la Sala Constitucional colocó inconstitucionalmente a la Asamblea Nacional.⁶

En esta forma, por ejemplo, en el marco de ejecución de esta “Ley Constitucional,” el Ejecutivo Nacional podría declarar “inaplicable” y seguramente lo ha hecho en el proceso de privatización *de facto* de PDVSA, las previsiones de la Ley Orgánica de Hidrocarburos que exigen la autorización de la Asamblea Nacional para que puedan constituirse empresas mixtas en el sector de los hidrocarburos, lo cual evidentemente es inconstitucional, pues las leyes solo se derogan por otras leyes, no pudiendo las mismas ser “suspendidas” en su aplicación por decisión ejecutiva.

Hay que advertir, en todo caso, que la autorización dada al Ejecutivo Nacional para “inaplicar” leyes orgánicas y leyes en la inconstitucional “Ley Constitucional,” no puede implicar la posibilidad de que pueda también “inaplicar” la Constitución, particularmente la previsión de su artículo 151 que exige que en todo caso de contratos de interés nacional que se pretenda celebrar con entidades oficiales extranjeras o con compañías extrajeras no domiciliadas en el país, deben ser previamente autorizados por la Asamblea Nacional. Por supuesto, sería totalmente inadmisibles e ilegal que pudiera llegarse a considerar

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La paralización de la Asamblea Nacional: la suspensión de sus sesiones y la amenaza del enjuiciar a los diputados por “desacato,” en *Revista de Derecho Público*, No. 147-148, (julio-diciembre 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 322-325.

como “secreto” el Registro Mercantil, para ocultar la información sobre las empresas extranjeras que se puedan domiciliar en el país, para evadir esta exigencia constitucional de control parlamentario.

El anterior marco de inseguridad jurídica que se “regula” expresamente en la “Ley Constitucional,” basado en la potestad otorgada al Ejecutivo Nacional para inaplicar todo tipo de normas según lo considere indispensable para ejecutar las medidas económicas destinadas a implementar los objetivos de la Ley, se completa en una forma por demás aberrante y asombrosa, al disponerse que dicha “inaplicación” de normas, debe necesariamente hacerse en el marco oculto de lo secreto y confidencial, de espaldas y fuera del conocimiento de los ciudadanos.

Es elemental que para que cualquier ley o norma pueda tener efectos jurídicos sobre los ciudadanos, la misma tiene que ser publicada. Sin embargo, conforme a las previsiones de esta “Ley Constitucional,” la desaplicación de las normas legales y reglamentarias que autoriza, para implementar el cambio de una política económica de desestatización, desnacionalización y privatización, que también afecta a todos los ciudadanos, se declara como una materia concerniente a “*la seguridad de la Nación*” y se la considera como una actividad secreta del Estado. Con ello, se coloca al ciudadano en la absurda situación de no saber ni poder saber -porque está prohibido, al ser secreto - cuál norma está o no en aplicación, o cuál negociación se hizo, pudiendo ser sancionado con pena de prisión si pretende “develar” el secreto, conforme a la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación (art. 55).

Y en ese marco se pretende precisamente el absurdo de implementar unas medidas para “atraer” inversionistas, que lo primero que requieren en cualquier parte del

mundo, es seguridad jurídica; a menos que se trate precisamente de aquellos inversionistas que solo se mueven en la sombra.

La muestra más patente de esta aberración jurídica se puede encontrar en el artículo 42 de la Ley, que dispone que:

“se declaran secretos y reservados los procedimientos, actos y registros efectuados con ocasión de la implementación de alguna de las medidas establecidas [...en] esta Ley Constitucional, que supongan la desaplicación de normas de rango legal o sublegal [...].”

Como si esto no fuera suficiente, el mismo artículo 39 de la “Ley Constitucional” insiste en el tema de la confidencialidad y secreto, al autorizar a “*las máximas autoridades de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, central y descentralizada, para otorgar, “por razones de interés y conveniencia nacional,” “el carácter de reservado, confidencial o de divulgación limitada a cualquier expediente, documento, información, hecho o circunstancia, que en cumplimiento de sus funciones estén conociendo, en aplicación de esta Ley Constitucional,”* lo cual debe hacerse “*por acto debidamente motivado, por tiempo determinado y con el fin último de garantizar la efectividad de las medidas destinadas a contrarrestar los efectos adversos de las medidas coercitivas unilaterales, medidas punitivas u otras amenazas impuestas.”* Lo último, por supuesto, resulta un ejercicio inútil, pues la motivación de los actos estatales es para poder controlar su legitimidad, legalidad y proporcionalidad; sin embargo, como son secretos, para nada sirve exigir su motivación.

La consecuencia de la declaración de confidencialidad es que dicha documentación así calificada de secreta, confidencial y reservada, *“será archivada en cuerpos separados del o los expedientes y con mecanismos que aseguren su seguridad,”* destacándose en su *“portada la advertencia correspondiente, expresando la restricción en el acceso y divulgación y las responsabilidades a que hubiera lugar para aquellos funcionarios o personas que puedan infringir el régimen respectivo”* (art. 40).

Pero hay otra consecuencia de esta regulación expresa de la falta de transparencia y es, como lo dice el artículo 41 de la Ley, el establecimiento de una prohibición al *“acceso a documentación que haya sido calificada como confidencial o reservada,”* lo que implica que de los mismos no pueden *“expedirse copias simples ni certificadas.”*

Esta prohibición de acceso prevista, en general, en el artículo 41 y desarrollada en particular en los artículos 37 y siguientes, es por supuesto totalmente incompatible y contradictoria con lo que el artículo 38 prevé como supuesto derecho de las personas de poder tener *“acceso a los archivos y registros administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión o el tipo de soporte material en que figure, [...] de forma que no se vea afectada la eficacia de las medidas para contrarrestar los efectos de las medidas coercitivas unilaterales, medidas punitivas u otras amenazas, ni el funcionamiento de los servicios públicos, así como tampoco la satisfacción de las necesidades de la población por la interrupción de procesos administrativos destinados a ello.”*

Si todo es confidencial, secreto y de acceso restringido, lo cual, por supuesto es violatorio de la Constitución, no puede garantizarse derecho alguno de acceso.

Por último, las previsiones en la Ley sobre el “control” posterior por parte de la Contraloría General de la República (art. 13), órgano que, como es bien sabido, no tiene autonomía alguna, incluso aparecen como inocuas pues para que la Contraloría pueda tener acceso a los documentos secretos deberá “coordinar” con el Ejecutivo Nacional cómo ejercer su control (art. 43), lo que es la negación del control mismo.

La “Ley Constitucional” llega igualmente al absurdo de someter a los órganos judiciales que requieran información declarada como confidencial, en abierta violación a la autonomía e independencia que deben tener los jueces, a “tramitar” sus requerimientos ante el Procurador General de la República quien tiene la última palabra sobre ello (art. 44).

Como puede observarse de los comentarios anteriores, la “Ley Constitucional” aprobada por la inconstitucional y fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente convocada y electa inconstitucionalmente en 2017, la cual, incluso si hubiese sido electa regularmente, en ningún caso tendría potestades legislativas, puede considerarse que no tiene valor jurídico alguno, por ser contraria a la Constitución, no siendo sino un acto de fuerza que violenta el orden jurídico del Estado de Derecho. Por ello, la Ley fue formalmente “desconocida” por la Asamblea Nacional mediante Acuerdo de 13 de octubre de 2020.

Con la misma, delegándose casi sin límites el poder legislativo al Ejecutivo Nacional, para suplir los vacíos que se produzcan con la inaplicación de leyes, lo que se pretendió, en definitiva, fue cambiar la política económica en una forma encubierta, opaca, secreta y poco transparente, desestatizando, desnacionalizando y privatizando

la economía, promoviendo y protegiendo la participación del capital privado nacional e internacional en el proceso económico, pero solo de aquél que opera en la oscuridad y opacidad que es el que resulta de un marco de total inseguridad jurídica y de secreto, que a lo que podría conducir es a la transferencia indiscriminada de activos del Estado a particulares nacionales o extranjeros, seleccionados discrecionalmente a dedo, sin garantía alguna de que haya control ni disciplina presupuestaria. Como lo destacó Gustavo Rossen al comentar la Ley:

“¿Qué puede pasar en un país mal administrado, empobrecido, endeudado, dislocado por un modelo estatista? Pueden pasar muchas cosas, previsibles unas, sorprendentes otras. Inventarse, por ejemplo, una ley que apela al antibloqueo pero que es, de verdad, antitransparencia, antirendición de cuentas, anticonroles. Una ley para la subasta del país, que justifica o autoriza la venta al mejor postor de los activos de la nación, una “monumental operación de expoliación nacional para blanquear capitales extranjeros y los de los carteles de las drogas” como dice el comunicado de un grupo de líderes políticos venezolanos. Una ley, además, que bloquea la información y consagra el secretismo y la complicidad. Una ley, en fin, que con la oferta de salvar el presente termina comprometiendo gravemente la seguridad de las nuevas generaciones.”⁷

⁷ Véase Gustavo Rossen, “La nueva oligarquía,” en *El Nacional*, 19 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.elnacional.com/opinion/la-nueva-oligarquia/>

En ese marco de inseguridad jurídica, de inaplicación ejecutiva de Leyes en secreto y de falta de transparencia, resulta un total contrasentido que se pueda pensar, sensatamente, en que se puedan atraer e incorporar efectivamente inversiones privadas nacionales e internacionales para sectores productivos en Venezuela, y que efectivamente estén ajustadas al interés nacional, en particular en el sector petrolero; existiendo más bien un grave riesgo de que quienes puedan en definitiva acudir al reparto indiscriminado y secreto de los despojos de la economía para ocultar deliberadamente sus implicancias, no sean los que mejor garanticen los derechos e intereses de los venezolanos.

Toda esta normativa, y todo el análisis que José Ignacio Hernández ha hecho en este libro, sobre la privatización de PDVSA en el marco de la misma, nos trae a la memoria leyes y políticas similares que se sancionaron y ejecutaron en otros países, y en otros tiempos, como ocurrió con *Ley para el remedio de las necesidades del Pueblo y del Reich*, aprobada como “ley habilitante” por el Parlamento alemán el 23 de marzo de 1933, mediante la cual se delegó al Canciller Adolf Hitler la totalidad del poder legislativo, habiendo sido dicha Ley la base jurídica fundamental para el derrumbe definitivo de la República de Weimar y la consolidación de la Alemania Nazi; y como también ocurrió con el enorme programa de privatización de empresas públicas de la antigua Unión Soviética realizado entre 1991 y 1999 bajo el gobierno del primer Presidente Ruso, Boris Yeltsin, y luego de su sucesor Vladimir Putin, que permitió que las más importantes antiguas empresas públicas, en medio de una gran corrupción y criminalidad, terminaran en manos de los llamados “Oligarcas,” es decir, los nuevos ricos amigos del régimen ruso.

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

Este libro de José Ignacio Hernández es sin duda, una llamada de atención fundamental de lo que puede estar ocurriendo en Venezuela, con base precisamente en esta legislación supuestamente “antibloqueo,” pero en la práctica de “remate” indiscriminado y en secreto de los activos del Estado, y que ha provocado la desestatización de hecho de PDVSA; razón por la cual todos debemos agradecerle que lo haya trabajado y publicado.

Nueva York, febrero 2023

PRESENTACIÓN DE LUIS A. PACHECO

Escribir sobre la industria petrolera¹ de Venezuela es asomarse a una guerra ideológica todavía inconclusa: por un lado, los que rescatan el petróleo como una actividad económica cualquiera, inscrita en un mercado de dinámica global, y por el otro, quienes ven a la industria como una simple fuente de rentas, como quien alquila una casa o una hacienda.

Lo que nadie disputa es que es muy difícil entender la historia de Venezuela del siglo XX, y lo que va del XXI, sin considerar el efecto que este “regalo” de la naturaleza ha tenido en nuestra historia; aunque definir el petróleo como “regalo” ya denota un sesgo que obvia las complejidades tecnológicas y financieras asociadas a desarrollar la industria alrededor del recurso.

Por otro lado, y de manera paradójica, la ciudadanía en general, y el liderazgo político en particular, ha demostrado a lo largo de esos años poco interés en tratar de entender la industria del petróleo, y ha concentrado su interés, siguiendo su propia lógica política, en cómo extraer la mayor renta posible, como si de dividir un maná que, en lugar de caer del cielo, brota del subsuelo. Ha habido intentos serios de una parte de la clase intelectual por transitar los callejones donde se esconden los resortes que

¹ Aunque hoy día es más correcto hablar de la industria de los hidrocarburos, que comprende el petróleo, el gas y la petroquímica, aunque por facilidad lo resumimos en Industria Petrolera.

mueven la industria petrolera, sobre todo para identificar la relación entre el mundo de la operación petrolera nacional y su relación con el capital internacional: relación casi siempre adversarial, aún después de la estatización de los activos petroleros en 1975.

Esta tensión, reflejada inicialmente por Rómulo Betancourt (1908-1981) en su ensayo "Venezuela, Política y Petróleo" (1956), se ha transmitido a través de las décadas, como pilar de la política petrolera de los gobiernos democráticos. Betancourt criticaba la forma en que los recursos petroleros de Venezuela habían sido explotados históricamente por compañías extranjeras y por políticos corruptos, y defendía una gestión más transparente y equitativa de los recursos petroleros del país. Fue inevitable que esa visión llevará al sector político de la era democrática a monopolizar no solo la operación de la industria petrolera, sino también el usufructo del ingreso petrolero, con una institucionalidad bastante precaria. De la misma manera, esas ideas fueron usadas como excusa para no instituir los cambios necesarios en esa política cuando el cambiante panorama del negocio y el país lo reclamaba; y para que los gobiernos chavistas retrocedieran los pocos avances institucionales que circunstancias económicas habían forzado a finales de siglo XX.

Una muy diferente, pero igualmente equivocada visión del asunto se remonta a los ensayos de Alberto Adriani en la década de 1930 según la cual petróleo y su renta son una maldición, el estiércol del diablo que destruyó a un idílico país agropecuario.

La historia reciente nos ha forzado a experimentar el país que hubiéramos sido sin el desarrollo de la industria petrolera durante la mayor parte del siglo XX. La casi extinción de la industria a manos del régimen chavista en

sus dos encarnaciones, durante el último cuarto de siglo, ha traído consigo pobreza extrema, inflación, la destrucción de la economía petrolera y la no petrolera también, expulsando del país a millones de venezolanos.

Se dice "que nadie sabe lo que tiene hasta que lo pierde", aunque en nuestro caso tal vez es "siempre supiste lo que tenías, pero pensaste que nunca lo perderías". En cualquier versión del adagio, nadie puede dudar que Petróleos de Venezuela (PDVSA), fue destruida por los inventores del "socialismo del siglo XXI.

En este libro, José Ignacio Hernández examina acciones y omisiones jurídicas que han contribuido a la destrucción de industria petrolera Venezolana. Como en cualquier catástrofe, las causas son complejas e interrelacionadas. Con su bien conocida habilidad para el detalle, Hernández nos pasea por el laberinto de leyes, decretos y sentencias, que hicieron posible, y necesaria, la segura destrucción de PDVSA.

Buena parte de este libro está dedicada a comprender como el fortalecimiento del "petro-estado" Venezolano condujo, paradójicamente, a la destrucción de la industria petrolera que le suplió los recursos para crecer. De este detallado análisis no es difícil concluir que la estatización de la industria petrolera y el monopolio estatal del ingreso generado por la industria petrolera sentó las bases para que el Estado creciera a expensas de la del resto del país.

Toma especial cuidado Hernández en identificar cómo la participación privada en la industria petrolera ha sido una fuerza positiva, cuando la institucionalidad lo ha permitido de una manera coherente, pero también cómo el manejo a oscuras de esa participación, sobre todo en las

dos últimas décadas, es consecuencia y causa del desmantelamiento de la capacidad productiva de la industria nacional.

Hernández ha sido testigo de excepción de los últimos años de esta tragedia. Como abogado en ejercicio, académico y como Procurador Especial de la República ha tenido oportunidad de ver de cerca los hechos que describe, con detalle clínico, pero no con indiferencia: es la autopsia de un sujeto de sus afectos.

No es este libro, entonces, una mera acta de defunción o una asignación de responsabilidades. Conociendo que las pasiones del presente son malas consejeras, Hernández inscribe su trabajo en continuidad con el largo hilo histórico de aciertos y desaciertos de nuestra política petrolera.

Finalmente, Hernández no se detiene solo en analizar las causas del lamentable estado en que se encuentra la Industria Petrolera Venezolana. Por el contrario, dedica buena porción de su trabajo a esbozar las reformas al régimen legal que regula el negocio petrolero en Venezuela, necesarias para su recuperación con la participación del capital privado y dentro de un nuevo paradigma político –desmontar el Petro-Estado- y un complejo panorama de mercado: la transición energética global.

Cualquiera que piense que lo que le ha pasado a Venezuela es solo un golpe de mala suerte, encontrará en estas páginas, no una descripción de lo inevitable, sino la certeza de que construir un país sostenible necesita de instituciones fuertes y una ciudadanía educada, sobre todo en el manejo de recursos que, lejos de ser un maná surtido del subsuelo, necesitan de una industria eficiente y un sistema legal que la proteja, esta vez sí, del cruel saqueo promovido desde el Estado.

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

Tal vez, algún día, espero que todavía estemos a tiempo, podremos superar nuestra obsesión con el petróleo y concentrarnos en los que realmente vale que es la industria petrolera. Fue esa la intuición fundamental de la “apertura petrolera” en los 1990s. Pero el chavismo nos llevó de regreso al mismo lugar donde nos dejara el Señor Adriani. Cien años después del “reventón” del Barrosos No. 2, seguimos sin prestar atención al escocés Adam Smith, quien ya hace algún tiempo explicó que la riqueza de las naciones se fundamenta en la productividad del trabajo. El resto es lotería.

La contribución de Hernández en este trabajo está en identificar las partes del mecanismo institucional que hoy luce estancado en su propia incoherencia, y nos invita a considerar los cambios necesarios para que esa institucionalidad sirva para recuperar la salud de la industria y su contribución productiva a la economía nacional.

Luis A. PACHECO

Investigador no-residente del
Baker Institute Center for Energy Studies

**ESTUDIO PRELIMINAR DE
LUISA PALACIOS Y FRANCISCO J. MONALDI**

**LAS SANCIONES PETROLERAS A VENEZUELA:
UN PROBLEMA DIFÍCIL DE RESOLVER***

Luisa PALACIOS

*Investigadora principal en el Centro de Política
Energética Global, Universidad de Columbia*

Francisco J. MONALDI

*Investigador de política energética de América Latina y
Director del Programa de Energía de América Latina en el
Centro de Estudios Energéticos del Instituto Baker
de la Universidad de Rice*

La invasión rusa de Ucrania ha trastrocado a los mercados mundiales de energía, colocando de nuevo a los problemas de seguridad energética en la vanguardia de la

* Este texto fue originalmente publicado, con el título “Venezuela Oil Sanctions: Not an Easy Fix”, por el Center on Global Energy Policy, Escuela de Asuntos Públicos e Internacionales de la Universidad de Columbia, publicado el 23 de marzo de 2022 en: <https://www.energypolicy.columbia.edu/research/commentary/venezuela-oil-sanctions-not-easy-fix>. La traducción es del autor, y cualquier omisión resulta imputable exclusivamente a éste. Agradecemos la autorización de los Luisa Palacios y Francisco J. Monaldi para incluir este estudio en el presente libro.

atención mundial. La inesperada visita de una delegación del Gobierno de Estados Unidos a Caracas para conversar con Nicolás Maduro el 5 de marzo de 2022 puede considerarse un ejemplo de reconocimiento oficial de este imperativo¹. La visita generó expectativas en cuanto a que las sanciones en contra el régimen de Maduro podría levantarse, lo que podría generar un rápido aumento de la producción y exportación de petróleo venezolano².

En el presente análisis se formulan tres argumentos relativos a estos acontecimientos recientes. *Primero*, en lugar de conducir potencialmente al levantamiento de las sanciones estadounidenses contra el régimen de Maduro, la visita podría resultar en una flexibilización de las sanciones petroleras existentes, siempre que se cumplan ciertas condiciones. Esta flexibilización podría efectuarse a través

¹ John Hudson y Samantha Schmidt, "U.S. Officials Make Rare Trip to Venezuela, Discuss Resuming Oil Imports to Help Replace Russian Fuel", *The Washington Post*, 6 de marzo de 2022, tomado de: <https://www.washingtonpost.com/world/2022/03/06/venezuela-american-officials-visit/>

² Para una revisión del régimen de sanciones relacionadas con Venezuela, *vid.* "Venezuela: Overview of U.S. Sanctions", Servicio de Investigación del Congreso de Estados Unidos, actualizado al 30 de noviembre de 2022, tomado de <https://sgp.fas.org/crs/row/IF10715.pdf>. Véase igualmente "Venezuela's Related Sanctions," Departamento del Tesoro de Estados Unidos, tomado de: <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information/venezuela-related-sanctions>. Sobre el impacto de las sanciones adoptadas por Estados Unidos sobre Venezuela, *vid.* Francisco Monaldi y José La Rosa Reyes, "U.S. Policy Toward Venezuela's Hydrocarbon Sector," Policy Brief, Baker Institute for Public Policy, Rice University, de 23 de febrero de 2021, tomado de: <https://doi.org/10.25613/scns-td13>.

de licencias para algunas de las compañías petroleras internacionales (IOC, por sus siglas en inglés) que todavía operan en Venezuela³.

En *segundo lugar*, a corto plazo, es poco probable que este escenario, asumiendo que se materialice, resulte en un alivio significativo a los mercados mundiales de petróleo, ya que incrementos sustanciales en la producción de petróleo de Venezuela requerirían superar muchos obstáculos y riesgos, incluso con una potencial flexibilización de las sanciones petroleras. Sin embargo, lo cierto es que una política de flexibilización probablemente conduciría a la redirección de las exportaciones de petróleo existentes de Venezuela al mercado estadounidense.

En *tercer lugar*, Venezuela ya ha visto una recuperación de la producción de petróleo, aunque desde niveles históricamente bajos. En un contexto en el cual no se flexibilicen las sanciones, la recuperación continua y estable no está garantizada, pues ello podría depender de cómo los eventos geopolíticos afectan a las exportaciones de petróleo ruso y el resultado de las negociaciones nucleares iraníes.

³ Peter Martin y Jennifer Jacobs, "Sullivan Says Venezuela Sanctions Relief Needs 'Concrete Steps,'" *Bloomberg*, 13 de marzo de 2022, tomado de: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-03-13/sullivan-says-venezuela-sanctions-relief-needs-concrete-steps>

I. ¿QUÉ EXPLICA LA RECUPERACIÓN DE LA PRODUCCIÓN PETROLERA DE VENEZUELA?

Según cifras oficiales de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), la producción petrolera venezolana se recuperó de un nivel históricamente bajo de 500.000 barriles diarios (b/d) en 2020 a un promedio anual de 636,000 b/d en 2021 y, más recientemente, 788.000 b/d día en febrero de 2022. Esta última cantidad es más del doble que la cifra oficial mensual más baja de 392.000 b/d en junio de 2020, pero un poco menos que los 817,000 b/d de producción promedio de petróleo en el cuarto trimestre de 2021⁴.

Un factor clave que permite explicar esta recuperación fue el aumento de los precios del petróleo. Dados los grandes descuentos del petróleo venezolano, estos precios aumentaron el riesgo/recompensa de comerciar petróleo venezolano sancionado a través de canales opacos⁵. Este comercio dependía, a su vez, de la disponibilidad de condensados, que Venezuela logró asegurar mediante un acuerdo entre PDVSA y NIOC (la Compañía Nacional de

⁴ Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), *Monthly Oil Market Report*, marzo de 2022, tomado de: https://www.opec.org/opec_web/static_files_project/media/downloads/publications/OPEC_MOMR_March-2022.pdf

⁵ "PDVSA Sells Fuel Oil at Deep Discounts to Empty Glut: Report," *SP Global*, de 14 de enero de 2020, tomado de: <https://www.spglobal.com/commodityinsights/en/market-insights/latest-news/oil/011420-pdvsa-sells-fuel-oil-at-deep-discounts-to-empty-glut-report>

Petróleo de Irán) en septiembre de 2021⁶. El flujo constante de condensados de Irán sirvió como un mecanismo eficaz para que Caracas evadiera las sanciones de Estados Unidos.

Estos resultados ponen en evidencia que la recuperación de la producción de petróleo de Venezuela está vinculada a las vastas reservas de petróleo extrapesado en la Faja del Orinoco, que actualmente representa alrededor del sesenta por ciento (60%) por ciento de la producción de crudo del país. El petróleo del Orinoco con alto contenido de azufre a 7-10 API, sino es procesado en mejoradores, solo puede fluir a los mercados después de mezclarse con crudos más ligeros, condensados u otros productos refinados. Pero los mejoradores de Venezuela están operando significativamente por debajo de su capacidad debido a graves problemas de mantenimiento.

Dados los precios más altos del petróleo y los mercados ajustados de suministro de petróleo, se podría concluir que la recuperación de la producción de petróleo de Venezuela continuará en el futuro. Sin embargo, numerosos factores complican esta posibilidad

⁶ Deisy Buitrago, Marianna Párraga, y Matt Spetalnick, "Exclusive: Under U.S. sanctions, Iran and Venezuela Strike Oil Export Deal," *Reuters*, 25 de septiembre de 2021, tomado de: <https://www.reuters.com/business/energy/exclusive-under-us-sanctions-iran-venezuela-strike-oil-export-deal-sources-2021-09-25/>

II. LIMITACIONES EXTERNAS E INTERNAS A LA RECUPERACIÓN DE LA PRODUCCIÓN DE PETRÓLEO

Venezuela estaba produciendo 1.5 millones de barriles diarios en 2018, antes de que se impusieran sanciones petroleras a principios de 2019, y alrededor de 900.000 barriles diarios a principios de 2020, antes del inicio de la pandemia y la imposición de sanciones secundarias a las subsidiarias de la compañía petrolera nacional rusa Rosneft (que estaban ayudando a PDVSA a evadir las sanciones al comercializar la mayor parte del petróleo venezolano en 2020)⁷. La falta de inversión en el sector petrolero de Venezuela y los graves problemas de mantenimiento de la infraestructura petrolera son otras causas que han limitado severamente la capacidad de producción de petróleo, que ahora se estima en alrededor de 1 millón de barriles diarios, aunque existe una incertidumbre significativa en torno a la precisión de ese monto⁸.

La pregunta que debe determinarse es si la producción de petróleo de Venezuela podría aumentar entre los

⁷ Katrina Manson, David Sheppard, y Michael Stott, "US Imposes Sanctions on Rosneft Subsidiary over Venezuelan Oil," *The Financial Times*, 18 de febrero de 2020, tomado de: <https://www.ft.com/content/f505d6da-5260-11ea-8841-482eed0038b1>

⁸ Juan Forero y Patricia Garip, "The U.S. Shifts Focus to Venezuelan Oil, but Output Is Low," *The Wall Street Journal*, 7 de marzo de 2022, tomado de: <https://www.wsj.com/articles/the-u-s-shifts-focus-to-venezuelan-oil-but-output-is-low-11646694776>; "Reaction: US Delegation Meets with Maduro's Venezuela," *America's Quarterly*, 7 de marzo de 2022, tomado de <https://www.americasquarterly.org/article/reaction-us-delegation-meets-with-maduros-venezuela/>

100.000 y 3000.000 b/d, hacia una capacidad estimada de 1 millón de b/d⁹. Las sanciones en contra de Rusia impuestas recientemente han aumentado la incertidumbre en torno a las perspectivas de producción de petróleo de Venezuela de varias maneras. *Primero*, grandes cantidades de petróleo ruso ahora ingresarán a los canales comerciales opacos anteriormente mencionados de petróleo sancionado de compañías petroleras nacionales. El mercado mayorista para una parte sustancial del petróleo sancionado venezolano es China. El aumento de la competencia del petróleo ruso con grandes descuentos en el mercado chino podría poner en peligro la participación de mercado de Venezuela, especialmente dada la calidad comparativamente baja del petróleo venezolano extra-pesado con alto contenido de azufre y el alto costo de transportarlo a China.

En *segundo lugar*, las cuentas bancarias denominadas en el extranjero de PDVSA han sido transferidas a bancos rusos en un intento de eludir las sanciones en contra del Gobierno de Venezuela¹⁰. Las sanciones impuestas a los bancos rusos tras la invasión rusa de Ucrania podrían

⁹ De acuerdo con el informe *Monthly Oil Market Report* de marzo de 2022 (ya citado), las fuentes secundarias estiman la producción petrolera en 680.000 b/d para febrero de 2022, o sea, 100,000 b/d por debajo de los estimados oficiales. Por ello, la estimación del potencial aumento de la producción Petrolera requiere de estimaciones más exactas de los niveles de producción.

¹⁰ Marianna Párraga, Vivian Sequera, Matt Spetalnick, y Diego Oré, "U.S., Venezuela Discuss Easing Sanctions, Make Little Progress: Sources," *Reuters*, 6 de marzo de 2011, tomado de: <https://www.reuters.com/world/americas/us-venezuela-discuss-easing-sanctions-make-little-progress-sources-2022-03-06/>

haber congelado importantes fondos de PDVSA, agregando una capa adicional de incertidumbre a las operaciones petroleras de Venezuela en el futuro.

En *tercer lugar*, hay una presencia rusa considerable en la industria petrolera de Venezuela, que en el contexto de la invasión rusa agrega otro nivel de complejidad a cualquier discusión sobre el alivio de las sanciones en Venezuela y las perspectivas de producción de estos activos rusos. Entre los jugadores más importantes en la faja del Orinoco encontramos a Petromonagas (PDVSA 60%, Rusia 40%). La empresa conjunta Petromonagas (JV) solía ser de Rosneft, que transfirió cada una de sus cinco empresas conjuntas petroleras a una entidad gubernamental rusa después de la imposición de sanciones secundarias al petróleo venezolano en 2020¹¹. Bloomberg ha informado que Rusia estaba produciendo alrededor de 120.000 b/d en Venezuela, o el 15% de la producción de petróleo del país¹².

En *cuarto lugar*, cualquier alivio de las sanciones petroleras contra Irán como resultado de la eventual resurrección del Plan de Acción Integral Conjunto (JCPOA, por sus siglas en inglés) podría reducir los incentivos de

¹¹ Gabrielle Tétrault-Farber y Olesya Astakhova, "Rosneft Sells Venezuelan Assets to Russia after U.S. Sanctions Ramp Up," *Reuters*, 28 de marzo de 2020: <https://www.reuters.com/article/us-russia-rosneft-venezuela-idUSKBN21F0W2>

¹² Fabiola Zerpa y Ezra Fieser, "Russian Oil Rigs in Venezuela Complicate U.S. Talks with Maduro," *Bloomberg*, 11 de marzo de 2022, tomado de <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-03-11/russian-oil-rigs-in-venezuela-complicate-u-s-talks-with-maduro>

la compañía petrolera nacional de Irán para continuar exportando sus productos petroleros a Venezuela, creando incentivos para comercializar esos productos a precios más competitivos.

Todos estos factores limitan las perspectivas de producción de petróleo de Venezuela en ausencia de un alivio de las sanciones. Pero si bien el alivio de las sanciones es una condición necesaria para mejorar las perspectivas petroleras de Venezuela en el futuro, de ninguna manera es una condición suficiente. El sector petrolero del país enfrenta una serie de problemas, incluida la escasez de inversión privada después de que el Gobierno venezolano expropiara compañías petroleras y proveedores de servicios petroleros, y después de que PDVSA y el Gobierno incumplieran con los acreedores. También obstaculizan el sector los graves problemas de mantenimiento de la infraestructura petrolera del país y la fuga de capital humano con experiencia petrolera. Además, el historial de la gobernanza ambiental, social y corporativa (ESG, por sus siglas en inglés) extremadamente débil de PDVSA y el Gobierno venezolano, dificultará que los actores internacionales realicen inversiones en capital (CAPEX), sin una revisión importante del marco institucional, incluido el papel de la empresa estatal petrolera en el sector.

III. UN POTENCIAL CAMINO PARA EL ALIVIO DE LAS SANCIONES PETROLERAS EN VENEZUELA

La inesperada visita de delegados estadounidenses a Venezuela en el contexto de la invasión rusa de Ucrania ha aumentado el interés en el sector petrolero de Venezuela. La atención se ha centrado en una propuesta

concreta de Chevron al gobierno de los Estados Unidos para permitir que la compañía use la producción de petróleo de sus empresas mixtas con PDVSA como un medio de pago de la deuda acumulada¹³. Chevron tiene dos empresas conjuntas de importancia en Venezuela: Petrosocan (PDVSA 60,8%, Chevron 39,2%), que había producido alrededor de 120.000 barriles diarios en el pasado, y Petropiar (PDVSA 70%, Chevron 30%), que tiene un mejorador de capacidad de 180,000 b/d, pero ha estado produciendo muy por debajo de su capacidad.

Chevron no es la única empresa petrolera internacional de relevancia en Venezuela. Repsol y Eni también tienen operaciones de petróleo y gas en el país, especialmente en el gigantesco campo productor de gas natural La Perla. Este campo tiene 15 billones de pies cúbicos de reservas y se utiliza principalmente para el uso doméstico, y en particular, para la generación de electricidad, lo que es un aspecto clave en un país que atraviesa una crisis humanitaria¹⁴.

¹³ Marianna Párraga y Matt Spetalnic, "Exclusive: U.S. Weighs Chevron Request to Take Venezuela Oil for Debt Payments," *Reuters*, 2 de febrero de 2022 February 2, 2022, tomado de <https://www.reuters.com/business/energy/exclusive-us-weighs-chevron-request-take-venezuela-oil-debt-payments-sources-2022-02-07/>

¹⁴ Los autores participaron en una iniciativa del Grupo de Trabajo de Venezuela en el Atlantic Council, para evaluar opciones de financiamiento humanitario en Venezuela empleando ingresos derivados de exportaciones petroleras bajo una licencia. Véase: Atlantic Council's Venezuela Working Group, *Exploring Humanitarian Frameworks for Venezuela*, marzo de 2022, March 2022, tomado de: https://www.atlanticcouncil.org/wp-content/uploads/2022/03/Exploring_humanitarian_frameworks_for_Venezuela.pdf

Dado el estado actual del comercio de petróleo de Venezuela, parte del cual ha migrado hacia rutas ilícitas¹⁵, cualquier plan para aliviar las sanciones (cuando se cumplan las condiciones) probablemente tendrá que considerar cómo esta medida puede mejorar la crisis humanitaria, contribuir a reinstitucionalizar el país y promover los derechos humanos, la transparencia y la gobernabilidad al tiempo que establece el camino para la democratización, en cuyo caso las licencias a las empresas internacionales como Chevron, Eni y Repsol podrían ser el camino a seguir. La empresa petrolera nacional de Venezuela, PDVSA, es una entidad sancionada y, dadas las Leyes petroleras locales muy restrictivas, las empresas petroleras internacionales solo pueden participar en la industria petrolera como accionistas minoritarios en empresas mixtas. Por lo tanto, como propiedades de una entidad sancionada, todas las entidades con sede en los Estados Unidos que son accionistas en empresas mixtas con PDVSA, necesitan una licencia del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos para operar. Aliviar las sanciones a través de licencias a las empresas internacionales podría conducir a la reinstitucionalización de los flujos de petróleo y redirigir las exportaciones petroleras venezolanas a los mercados más transparentes de Estados Unidos y Europa. Las empresas internacionales también están sujetas al escrutinio de sus prácticas ESG por parte de sus

¹⁵ Daniel Drezner, Emma Ashford, Adem Abebe, y Luisa Palacios, "Debating US Sanctions in Venezuela and Etiopia" *Inkstick*, 13 de diciembre de 2021, en: <https://inkstickmedia.com/adults-in-a-room-v/>

accionistas y del sector financiero¹⁶. Si bien es una opción incierta, cualquier esperanza de mejorar los estándares ambientales en Venezuela probablemente dependerá de la ayuda de esas empresas¹⁷. Además, estas licencias podrían trasladar las compras venezolanas de condensados a empresas que cumplan con los estándares internacionales y respeten las sanciones. Finalmente, si el objetivo es prohibir el petróleo ruso, entonces, dada la presencia rusa en la producción de petróleo de Venezuela, cualquier alivio de las sanciones deberá ser específico y cuidadosamente diseñado para cumplir con las estrictas restricciones derivadas de las sanciones.

¹⁶ Luisa Palacios, “The Impact of ESG on National Oil Companies”, Center on Global Energy Policy, noviembre de 2021, tomado de: <https://www.energypolicy.columbia.edu/research/commentary/impact-esg-national-oil-companies>

¹⁷ Gideon Long, “Venezuela’s Environmental Crisis: ‘The Beginning of a Wave of Destruction’” *The Financial Times*, 16 de enero de 2022, tomado de: January 16, 2022, tomado de <https://www.ft.com/content/92583389-fcf7-43d1-b1f9-6516b4370bc2>

NOTA PRELIMINAR

Este libro resume algunas de las investigaciones conducidas desde el Growth Lab de la Escuela Kennedy de las Universidad de Harvard, dirigido por el profesor Ricardo Hausmann. Estas investigaciones se iniciaron en 2017 con un seminario sobre el sector de los hidrocarburos en Venezuela, como parte de los estudios orientados a diagnosticar las causas del colapso de Venezuela. Una de esas causas -el déficit de divisas- fue resultado de la destrucción de la producción petrolera debido a las políticas iniciadas en 2002.

En ese seminario participó Ramón Espinasa. Conocía a Ramón desde hacía algunos años, como consecuencia de su larga amistad con mi padre. En especial, desde el 2014 -mientras yo hacía una estancia de investigación en Georgetown University- comencé a interactuar con frecuencia con Ramón, para pensar -y aprender de él- sobre el futuro de la industria petrolera en Venezuela. Como abogado, aprendí mucho de los estudios de Ramón sobre la interacción entre el marco institucional y la producción petrolera, y en especial, sobre las ventajas del rol del Estado regulador, reflejado en una agencia que, con independencia política, supervisé las actividades de exploración y producción a cargo de la inversión privada.

Estos estudios me llevaron a analizar, con mayor profundidad, las causas del colapso de la industria petrolera y las políticas públicas que debían implementarse para atender a esas causas y así, aliviar - al menos en parte - el

déficit de divisas. El resultado de esas investigaciones fue el borrador de Proyecto de Ley Orgánica de Hidrocarburos, que terminé en 2018, y que resumía ese nuevo marco institucional.

La prolongada crisis política en Venezuela ha diferido la aplicación de esta reforma institucional. Sin embargo, para responder a las causas del colapso, se han venido adoptando políticas que expanden el rol de la inversión privada, pero al margen del marco institucional en vigor. Esto ha dado lugar a instituciones paralelas, en las cuales el sector privado (entendido en contraposición al sector público venezolano) ha venido ampliando su rol en actividades que, por la Constitución y la Ley, son privativas de PDVSA.

Este libro resume, precisamente, las investigaciones conducidas en torno a esta privatización *de facto*, incluyendo el estudio de la licencia recientemente emitida por el Gobierno de Estados Unidos y que permite a la empresa Chevron ampliar sus operaciones en Venezuela.

Las investigaciones que han dado lugar a este libro son producto de innumerables conversaciones con apreciados especialistas a quienes debo agradecer sus enseñanzas. Entre otros, quisiera agradecer especialmente a Ricardo Hausmann, Ricardo Villasmil, Miguel Ángel Santos, Frank Muci, José Morales-Arilla, Douglas Barrios, Gustavo Baquero, Carlos Bellorín, Francisco Monaldi, Luisa Palacios, Juan Szabo, Diego Area, Patricia Ventura, Tamara Herrera y Pedro Mario Burelli. También agradezco la invitación que me extendieran los economistas Ronald Balza y Luis Oliveros para publicar algunos de los estudios que se incluyen en este libro.

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

De manera especial, agradezco el apoyo editorial del profesor Allan R. Brewer-Carías, quien me ha honrado con su prólogo, así como a Luis Pacheco, de quien he aprendido mucho en los últimos años sobre la industria petrolera, y quien gentilmente ha preparado la presentación de este libro. También agradezco a Luisa Palacios y Francisco Monaldi por haber permitido la reproducción de la traducción al español de un reciente trabajo en el cual analizan la situación del sector petrolero venezolano.

He dedicado este libro a Ramón Espinasa. Su obra y recuerdo nos seguirán acompañando en la singladura del petróleo en Venezuela.

Brookline, MA., abril de 2023

INTRODUCCIÓN

*

La prolongada crisis política y humanitaria en Venezuela ha opacado un cambio trascendental: la destrucción del Petro-Estado venezolano y el inicio de la Venezuela postpetrolera. Ello no fue el resultado de políticas públicas orientadas a la diversificación de la economía, sino más bien, del modelo socialista que, al destruir la capacidad de producción petrolera, vació de contenido al Petro-Estado. Por ello, más allá del imaginario popular sobre la dimensión de las reservas petroleras, lo cierto es que la recuperación económica de Venezuela no puede depender solo del petróleo. Este libro versa, precisamente, sobre los aspectos jurídicos del colapso del Petro-Estado y el surgimiento de la venezolana postpetrolera.

En este sentido, la destrucción del Petro-Estado debe ser interpretada en el marco de las causas que llevaron al colapso económico venezolano, a saber, *(i)* la degeneración de Venezuela en un Estado frágil; *(ii)* el déficit de divisas causado por *(a)* el derrumbe de la producción petrolera y *(b)* el sobreendeudamiento público. Por último *(iii)*, encontramos la destrucción de los mecanismos de mercado.

Como se observa, la destrucción del Petro-Estado es una de las causas que explican el colapso económico. Este colapso, por supuesto, también incidió en la destrucción del Petro-Estado. De esa manera *(i)* la violación de la autonomía de PDVSA afectó su capacidad de producción, al

tiempo que la empresa fue empleada como parte de una estructura criminal transnacional; (ii) el sobreendeudamiento de PDVSA contribuyó al colapso de la producción, elevando los riesgos sobre el ingreso petrolero y activos externos como Citgo. Finalmente (iii) la destrucción de los mecanismos de mercado mediante la expropiación de derechos de la inversión privada en el sector petrolero fue determinante en la destrucción del Petro-Estado.

Para responder a la destrucción del Petro-Estado se han procurado atajos legales para paliar la frágil capacidad de PDVSA con acuerdos con el sector privado, incluyendo acuerdos con Gobiernos extranjeros como Irán. Estos acuerdos se han desarrollado al margen del Derecho de los Hidrocarburos, en lo que calificamos como privatización *de facto*¹.

El camino institucional hacia esa destrucción se inició en diciembre de 1998, con la elección de Hugo Chávez como presidente de Venezuela. Ese camino fue, en todo caso, tortuoso. Así, poco después de su elección, Chávez dictó, mediante Decreto-Ley, un nuevo marco jurídico de los hidrocarburos gaseosos no asociados, que reconoció el derecho de la iniciativa privada a emprender directa-

¹ La privatización es la política por medio de la cual se traspasa, al sector privado, activos del sector público, incluyendo derechos. Esta privatización es resultado de procedimientos legales, sometidos a estándares de transparencia y rendición de cuentas. Sin embargo, es posible que la cesión de activos sea resultado de hechos, y no de medidas jurídicas. En este caso se habla de "privatización *de facto*". Esta privatización *de facto* suele ser resultado de políticas ilegales, y en ocasiones, corruptas. Para el concepto de privatización *de facto*, entendida como una patología legal, vid. Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, IESA-FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 86 y ss.

mente actividades de exploración y producción, eliminándose de esa manera la reserva al Estado sobre ese sector. Fue en ese mismo año de 1999 cuando la nueva Constitución se aprobó, con normas sobre el sector petrolero que, más allá de su ambigüedad, también reconocían el rol de la inversión privada. Estas reformas se completaron en 2001, con la Ley Orgánica de Hidrocarburos, que fue también dictada mediante Decreto. Esta Ley liberalizó las actividades aguas abajo y permitió a la iniciativa privada participar como socio minoritario en empresas mixtas².

Lo que parecía ser una política de liberalización para desmontar algunas de las bases del Petro-Estado, terminó siendo más bien un paréntesis. En 2002 el Gobierno de Chávez comprendió que, para avanzar en el control autoritario de las instituciones, era necesario controlar políticamente a Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA), pues, en suma, en la Venezuela petrolera, la política estaba indisolublemente asociada al petróleo. Ese control comenzó con la directa injerencia del Gobierno en la nómina de gerentes y empleados de la estatal petrolera y avanzó gradualmente. Ese fue, así, el comienzo del fin.

En 2003 el control autoritario sobre la economía llevó a dictar controles centralizados, incluyendo el control de precio y de cambio, que destruyeron los mecanismos de mercado. En especial, el control de cambio se apoyó en los petro-dólares que PDVSA debía vender al Banco Central de Venezuela (BCV). Dos años después, en 2005, se violó la autonomía del BCV para desviar buena parte de los

² Véase en el anexo, la tabla con la cronología de los hechos aquí resumidos, con las estimaciones de la producción petrolera y del precio del petróleo.

petro-dólares a un fondo extra-presupuestario, el Fondo para el Desarrollo Nacional (FONDEN), lo que también llevó a dismantlar al Fondo de Estabilización Macroeconómica. Ese año la autonomía de PDVSA terminó de ser socavada con el llamado “Plan Siembra Petrolera”, y su uso instrumental para apoyar acuerdos de integración económica, en especial, con Petrocaribe. Fue ese año cuando el modelo económico comenzó a ser identificado como el “socialismo del siglo XXI”.

En 2006, la reelección de Chávez y el aumento de los precios del petróleo llevaron a extender la arbitraria política de expropiaciones al sector de los hidrocarburos, expropiándose derechos contractuales de los acuerdos suscritos durante la apertura petrolera, así como de los derechos derivados de los contratos de servicios. Esto socavó la inversión privada, de la cual dependía una parte importante de la producción petrolera. Al año siguiente, PDVSA comenzó a ser empleada para aumentar el endeudamiento público necesario para financiar políticas clientelares del modelo socialista, incluyendo acuerdos bilaterales con China.

En 2010 el control de cambio se centralizó totalmente en el Gobierno. Como para ese momento los mecanismos de peso y contrapeso derivados de la separación de poderes ya estaban desmontados, se crearon incentivos para el uso de PDVSA como instrumento de una política de sistemática corrupción, que degeneró en un modelo cleptocrático criminal y transnacional.

Los efectos de la destrucción de la autonomía de PDVSA fueron en cierto modo silenciados por el superciclo de las materias primas, que impulsó al *boom* del precio del petróleo. Pero para 2014 ese ciclo había terminado, y el entonces presidente Nicolás Maduro -sin el

liderazgo carismático de Chávez y en el medio de crecientes protestas decidió avanzar en las políticas autoritarias, en lugar de atender las causas que habían determinado el colapso de la producción petrolera. La caída de los ingresos petroleros, fuente casi única de las divisas de exportación, hizo evidente la crisis de la deuda pública, crisis que se agravó cuando el Gobierno optó por desconocer a la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional, electa en diciembre de 2015. Como el acceso a los mercados financieros se había cerrado como resultado de la insostenible política de endeudamiento, el Gobierno optó por emplear fraudulentamente a Citgo y a PDVSA para realizar operaciones de endeudamiento en condiciones ineficientes e incluso, inconstitucionales. Esto colocó en riesgo inminente a Citgo, en especial, pues en 2016 las acciones de Citgo Holding, Inc. fueron cedidas en su totalidad a acreedores extranjeros, sin control parlamentario. Esta fue la primera vez que activos de la industria petrolera fueron cedidos a la inversión privada en condiciones opacas e inconstitucionales.

En 2017 las protestas promovidas por la creciente crisis económica y el desconocimiento de las atribuciones de la Asamblea fueron brutalmente reprimidas, lo que dio lugar a graves y sistemáticas violaciones a derechos humanos, hoy investigadas por la Corte Penal Internacional. Fue en respuesta a esos abusos, y a la creciente cleptocracia, que el Gobierno de Estados Unidos decidió aplicar su política de sanciones en contra de títulos de la deuda pública venezolana, incluyendo de PDVSA. Como ya para ese momento el Gobierno de Venezuela había perdido capacidad de emitir nueva deuda, estas sanciones no tuvieron impacto alguno en el endeudamiento de PDVSA. En paralelo, en noviembre de 2017 el Gobierno decidió,

de manera unilateral, suspender el pago de la deuda externa, lo que elevó considerablemente el riesgo de los activos externos y, en especial, Citgo.

Para 2018 el colapso de la producción petrolera era más que evidente. Este colapso arrastró a la economía, en especial, pues colapsaron las importaciones, que ya no podían subsidiarse con petro-dólares, todo lo cual degeneró en una emergencia humanitaria compleja. Entonces, para tratar de detener ese colapso, el Gobierno decidió implementar atajos legales, en lugar de atender la causa raíz de ese colapso. Esto dio lugar a la celebración de contratos -incluyendo los llamados contratos de servicios petroleros- para transferir el sector privado bienes y derechos que, por el Derecho venezolano, deben estar en control efectivo del Estado. Esta política de privatización *de facto* fue parte de la progresiva informalidad de la economía venezolana ante el colapso de los controles centralizados. Algunos creyeron ver en estos cambios los signos de un giro capitalista. Pero en realidad, estos cambios solo eran los síntomas del colapso estatal: la liberalización de la economía fue, antes que nada, un proceso *de facto*, impulsado por el cambio de circunstancias, pero no por el cambio de preferencias del Gobierno.

Fue en este contexto cuando, en enero de 2019, el Gobierno de Estados Unidos decidió -en este orden- trasladar la representación legal de Venezuela del Gobierno de Maduro al presidente de la Asamblea Nacional actuando como presidente encargado, y determinar a PDVSA como sujeto sancionado. Estas dos políticas -en más de un punto contradictorias- impidieron al Gobierno de Maduro representar a PDVSA en Estados Unidos o con empresas domiciliadas en ese país.

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

En especial, Citgo pasó a estar controlada por una junta administradora ad-hoc, designada por el presidente encargado previo control de la Asamblea.

Estas dos políticas agravaron el colapso de la producción. Esto ha dado lugar a un debate -no exento de sesgos- acerca de cómo las sanciones restringieron la producción. La verdadera cuestión que debe resolverse es si esta política de sanciones es la restricción más vinculante a la producción. Y la respuesta es negativa: incluso si Maduro lograra retomar la plena representación de PDVSA en relación con Estados Unidos al margen de cualquier sanción, se mantendrían las restricciones más vinculantes que impiden recuperar la industria petrolera, asociadas al colapso de la capacidad de PDVSA, su sobreendeudamiento y la destrucción de los mecanismos de mercado.

Incluso, Maduro vio en las sanciones una oportunidad para profundizar la privatización *de facto* de PDVSA y la informalidad de sus operaciones. Operadores económicos formales -incluyendo socios de empresas mixtas- fueron sustituidos por operadores informales que ayudaron a sortear la política de sanciones. En especial, PDVSA encontró un apoyo fundamental en Rosneft, como parte de la injerencia de Rusia en Venezuela. No obstante, en agosto de 2019 el Gobierno de Estados Unidos decidió extender la política de sanciones incluso a operadores extranjeros, lo que llevó en febrero de 2020 a sancionar a Rosneft, limitando con ello su capacidad de auxiliar a PDVSA. China también ha cumplido un rol importante para sostener a la decadente industria petrolera nacional, sin que quede claro, en todo caso, si tal auxilio alivia el flujo de caja de PDVSA o más bien se dirige a saldar la deuda con ese país.

En 2021 PDVSA consolidó la asistencia del Gobierno de Irán, tanto para la realización de operaciones de refinación en Venezuela, como para el suministro de diluentes necesarios para procesar el crudo de la Faja del Orinoco, donde se concentra la mayor parte de la menguada producción venezolana. Además, en ese año Maduro inició negociaciones con la Plataforma Unitaria en México, para abordar, entre otros aspectos, el levantamiento de sanciones y los derechos sobre activos externos, incluyendo Citgo. Quizás intentando aprovechar este ambiente, la quinta Asamblea Nacional que bajo control de Maduro inició funciones en 2021, comenzó a considerar la posibilidad de reformar el marco jurídico de los hidrocarburos.

Un signo de que las políticas de sanciones estaban cambiando se dio en julio de 2021, cuando el Gobierno de Estados Unidos permitió, vía licencia, la exportación de gas licuado de petróleo a Venezuela. Esto fue consecuencia, al menos en parte, de la valoración crítica a la política de sanciones, en especial, luego de que la transición iniciada en 2019 se estancara.

Ahora bien, en 2022 el efecto acumulado de la privatización *de facto*, el apoyo del Gobierno de Irán y el aumento de los precios del petróleo, en especial, en el marco de la invasión a Ucrania, crearon condiciones para recuperar la producción petrolera. Pero al mismo tiempo, las sanciones en contra de Rusia por la invasión generaron riesgos, por dos razones: (i) el crudo sancionado de Venezuela ahora debe competir con el crudo sancionado de Rusia, y (ii) el bloqueo de cuentas bancarias en Rusia o relacionadas con el Gobierno ruso, afectaron cuentas de PDVSA empleadas para recibir el pago del petróleo que lograba exportarse.

Además, dentro y fuera de Venezuela, para 2022, la narrativa en contra de las sanciones venía en aumento. En marzo de 2022 representantes del Gobierno de Estados Unidos tuvieron una reunión con Maduro en Venezuela, lo que reactivó las expectativas del levantamiento de las sanciones, en especial, en la industria petrolera. La administración de Biden anunció que cualquier posible licencia estaba condicionada a reanudar las conversaciones en México. Por ello, en noviembre de 2022 -tras meses suspendidas- las negociaciones fueron brevemente retomadas para firmar un acuerdo marco que, en un futuro, permitiría acordar la creación del fondo para la protección social del pueblo de Venezuela. Bastó ese anuncio, en todo caso, para que el Gobierno de Estados Unidos emitiera la licencia nº 41 a favor de Chevron. La nueva licencia amplió las actividades de esa empresa, incluso, para producir y exportar petróleo, a pesar de que, según el Derecho venezolano, esas actividades son exclusivas de PDVSA. Adicionalmente, la licencia -en términos pocos claros- prohibió al Gobierno de Venezuela recibir ingresos en el marco de las actividades conducidas por Chevron, con lo cual el ingreso petrolero derivado de esas actividades se destinaría al pago de la deuda de PDVSA con esa empresa.

Como sea que los contratos que firmó Chevron con PDVSA al amparo de esta licencia no son públicos, no es posible emitir juicio sobre su legalidad. Pero la limitada información disponible a través de reportajes permite concluir, como escenario probable, que la licencia podría avanzar en la privatización *de facto*, o sea, en la cesión de derechos y actividades al sector privado, al margen del marco constitucional y legal.

La licencia a Chevron coincidió con la decisión adoptada por la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional el 30 de diciembre de 2022, de poner fin a la figura del presidente encargado, todo lo cual llevó al decaimiento de su reconocimiento en Estados Unidos. Con lo cual, y además de todos los riesgos legales de PDVSA y Citgo en Estados Unidos, ahora, debe agregarse los riesgos de la falta de representación legal del Gobierno de Venezuela, justo en el momento en el que la crisis de la deuda pública externa puede agravarse.

Por ello, en 2023, el sector petrolero en Venezuela se encuentra en una encrucijada, entre intentar promover la recuperación de la producción con base en la privatización *de facto*, o por el contrario, aprovechar la ventana de oportunidades que deriva de la transición energética para implementar reformas estructurales que, pasando por un nuevo marco jurídico, creen condiciones para recuperar de manera estable la producción, administrando el ingreso petrolero de manera transparente para aliviar la emergencia humanitaria compleja. La tesis de este libro es que la privatización *de facto* es una respuesta inadecuada al colapso de la industria petrolera, de la cual solo podría derivar un inestable crecimiento de la producción, en todo caso, sin alivios significativos para la emergencia humanitaria compleja.

Venezuela es, por ello, un caso paradójico, pues los arreglos formales del Petro-Estado, formados hacia el siglo XX, facilitaron la implementación de políticas predatorias que terminaron por destruir la producción petrolera, lo que llevó a la paradoja del Petro-Estado sin petróleo. La Venezuela postpetrolera -o sea, la Venezuela que ya no depende del petróleo- está siendo resultado del colapso de las bases económicas del Petro-Estado, que permanece tan solo como un cascarón vacío.

Asimismo, la privatización *de facto* de PDVSA coloca en evidencia el fracaso de las políticas petroleras implementadas a partir de 2002, y la necesidad de contar con un nuevo marco institucional que asigne al Estado el rol de regulador sobre la industria petrolera, cuya gestión - al menos en parte - debe trasladarse a la inversión privada. Este nuevo marco institucional es fundamental para apalancar la reactivación de la producción petrolera en la ventana de oportunidades que deriva de la transición energética hacia la descarbonización.

Siguiendo a Ramón Espinasa³, puede concluirse que el marco institucional incide sobre la producción petrolera. Este marco institucional comprende a las reglas jurídicas que determinan la relación entre el Estado, el petróleo y el sector privado. Desde la nacionalización petrolera venezolana, este marco se ha basado en la visión estatista del Petro-Estado. Es necesario, por ello, dejar atrás esa visión por medio de una reforma institucional que desmonte los arreglos institucionales del Petro-Estado y asigne al Estado un rol regulador sobre el sector.

Pero esta reforma institucional - que requerirá de reformas de mucho mayor aliento para reconstruir la capacidad del frágil Estado venezolano, renegociar la deuda pública y restablecer los mecanismos de mercado - ha sido obviada a

³ Espinasa, Ramón, “Marco Institucional y el Desempeño de las Empresas Estatales productoras de Petróleo”, Washington D.C., 2008. Como resume, “*el desempeño de la Empresa Estatal Petrolera está directamente relacionado con el Marco Institucional que regula el funcionamiento del Sector. El Marco Institucional es expresión de la política petrolera del país*”. En Venezuela, la visión estatista se basó en el marco que asigna al Estado, a través de PDVSA, el doble rol de controlar la industria petrolera y operar esa industria, lo que se traduce en una muy baja capacidad de regulación.

resultas de la crisis política, ante lo cual se han implementado atajos legales para tratar de superar la incapacidad de PDVSA con mecanismos de privatización *de facto*.

La precariedad de ese marco institucional impide apalancar, de manera sostenible e inclusiva, la recuperación de la industria petrolera, como resumimos de manera general en esta introducción.

**

Según datos de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), la producción de petróleo estimada en Venezuela en 1998 - cuando Hugo Chávez fue electo presidente - era de 3.120 miles de barriles diarios (Mbd).⁴ A partir de 2003, esa producción tendió a estabilizarse en torno a los 2.900 Mbd, hasta 2013, cuando la producción comenzó a desplomarse, hasta alcanzar 1.510,2 Mbd para 2018. Este colapso continuó, en especial, luego de la sanción a PDVSA en enero de 2019. Así, el promedio de la producción en 2022 fue de 716 Mbd, o sea, un colapso de la producción cercano al 78%, en comparación con la producción estimada de 1998.

⁴ Para simplificar las cifras, hemos empleado la medida de miles de barriles de petróleo por día (Mbd). Por ello, en el caso de 1998, la producción estimada de tres millones ciento veinte mil (3.120.000) barriles diarios, se expresa en unidades de *miles de miles*. La producción anual promedio se toma del *Boletín Estadístico Anual* de la OPEP, hasta el Anuario del 2022. Para la producción de 2022 y en general, para datos específicos de la producción mensual, los datos se toman del *Reporte Mensual del Mercado Petrolero* de la OPEP. Como regla, tomamos las cifras secundarias de producción, salvo cuando se indique lo contrario, esto es, salvo cuando se usen cifras primarias con la información proveída directamente por Venezuela. Como regla, las cifras primarias son superiores a las secundarias, lo que refleja la falta de transparencia de la industria petrolera venezolana.

Además, desde 2020, no había en Venezuela ningún taladro de perforación operando⁵.

No obstante, al analizar estas cifras con detenimiento, puede apreciarse que a partir de 2021 la producción petrolera ha logrado remontar. Así, en 2021 la producción aumentó un promedio de 12% en comparación de 2020. Para mayo de 2022 la producción alcanzó un pico de 720 Mbd, o sea, un aumento del 26% en comparación con el promedio de 2020⁶.

Para evaluar este resultado, es necesario tener en cuenta el cuadro general de la industria petrolera venezolana en el contexto geopolítico. Esto exige presentar, en sus rasgos más básicos, el mapa petrolero de Venezuela⁷.

Así, el grueso de la producción venezolana está actualmente concentrada en la Faja Petrolífera del Orinoco, esto es, crudo pesado y extra-pesado. Ello, en parte, es consecuencia del declive de producción de las áreas tradicionales, o sea, crudos livianos y medianos, como parte del colapso operacional de PDVSA. La producción de este

⁵ “The Last Oil Drilling Rig Leaves Venezuela”, *Forbes*, 5 de agosto de 2020, tomado de: <https://www.forbes.com/sites/davidblackmon/2020/08/05/the-last-oil-drilling-rig-leaves-venezuela/?sh=2806fbde3756>

⁶ Según las cifras primarias, el pico en 2022 se alcanzó en febrero, con una producción declarada de 788 Mbd.

⁷ Hemos seguido, del Grupo Orinoco, el reporte *Plan de recuperación de la industria petrolera nacional 2018-2022*, 2022. El Anexo incluye el mapa energético. Es también de interés la revisión de la oferta de canje que dio lugar a los Bonos PDVSA 2020, de 2016, pues ella contiene la última información pública de la estatal petrolera emitida en el marco de operaciones de endeudamiento financiero.

crudo pesado y extra-pesado requiere de tecnologías especiales, así como el uso de diluyentes para el procesamiento en mejoradores, todo lo cual eleva los costos y las capacidades de producción. En este escenario, esta producción es más sensible a los precios internacionales, en la medida en que precios altos permiten compensar mejor estos mayores costos.

La destrucción de la capacidad de PDVSA - en especial, por la caída de inversiones en infraestructuras - afectó la capacidad de procesamiento de estos crudos, situación que las sanciones agravaron, al restringir la importación de diluyentes. Acuerdos con el Gobierno de Irán, especialmente desde 2021⁸, han permitido pallear, con altibajos, estas restricciones⁹. Junto a estos problemas de producción, la comercialización del petróleo venezolano, por efecto de las sanciones, ha debido destinarse a

⁸ Deisy Buitrago, Marianna Párraga, y Matt Spetalnick, "Exclusive: Under U.S. sanctions, Iran and Venezuela Strike Oil Export Deal," *Reuters*, 25 de septiembre de 2021, tomado de: <https://www.reuters.com/business/energy/exclusive-under-us-sanctions-iran-venezuela-strike-oil-export-deal-sources-2021-09-25>

⁹ Marianna Párraga y Mircely Guanipa Energy, "Diluent shortage curbs Venezuela's September oil exports, data shows", *Reuters*, 4 de octubre de 2021, tomado de: <https://www.reuters.com/business/energy/diluent-shortage-curbs-venezuelas-september-oil-exports-data-shows-2021-10-04>. En 2022 las exportaciones petroleras, a pesar de la ayuda de Irán, se vieron afectadas, en especial, por el colapso de la infraestructura y la mayor competencia para acceder a China. De Marianna Párraga, *vid.*: "Venezuela's oil exports slipped despite big assist from Iran", *Reuters*, 6 de enero de 2023, tomado de: <https://www.reuters.com/business/energy/venezuelas-oil-exports-slipped-despite-big-assist-iran-2023-01-05/>

otros mercados, como China y otros países de Asia¹⁰. Asimismo, el apoyo de Rusia ha resultado fundamental, en particular, para la comercialización, aun cuando ese apoyo se ha fracturado como resultado de las sanciones impuestas en el marco de la invasión a Ucrania¹¹. Además, debido a la invasión a Ucrania, ahora el petróleo venezolano, por canales informales, tendrá que competir con el petróleo ruso sancionado¹².

Como se observa, el incremento de la producción apreciado - y las expectativas de incremento producción - no solo depende de acuerdos para ampliar el rol de la inversión privada al margen del marco institucional, sino también, de apoyos geopolíticos de países como China, Rusia e Irán, todo lo cual influye en las políticas que Estados Unidos podrá adoptar hacia Venezuela.

En cualquier caso, este incremento, inestable y frágil, coincide -y explica en parte- el repunte de la economía. Según el Fondo Monetario Internacional, el producto interno bruto (PIB) de Venezuela podría haber crecido 6% en 2022, luego de una caída cercana al 81% desde el 2013¹³.

¹⁰ En 2017, el principal destino de las exportaciones venezolanas era Estados Unidos, y en general, según la OPEP, los países de la OECD Américas, destino que terminó en 2020. Esto ha hecho que las exportaciones, para 2021, se hayan concentrado en China y otros países de Asia (*Boletín Estadístico Anual* de 2021, p. 47).

¹¹ Rouvinski, Vladimir, *Russia's Continuing Engagement with Venezuela in 2019 and Beyond - An Update*, Wilson Center, febrero de 2020.

¹² Tarasenko, Pavel, "From Friend to Competitor: How Russia's War Has Strengthened Venezuela's Hand", *Carnegie Endowment for International Peace*, 12 de septiembre de 2022, tomado de: <https://carnegieendowment.org/politika/88604>

¹³ Véase: <https://www.imf.org/en/Countries/VEN>

Sin embargo, esta recuperación no es consecuencia de políticas de reforma económica, ni tampoco de la mejora en las condiciones del Estado de Derecho, ni en general, en mejoras en el marco institucional de la libertad de empresa: Venezuela se mantiene en los últimos lugares del índice de libertad económica¹⁴.

En realidad, la recuperación de la producción petrolera y de la economía en general, es resultado de la creciente informalidad, de la cual han derivado reglas - instituciones - paralelas a las que formalmente se mantienen en vigor. Estas instituciones informales han favorecido el aumento de la producción petrolera *a pesar de la política de sanciones*, todo lo cual evidencia - como se explica en este trabajo - que esa política no es la restricción más vinculante de la industria petrolera.

Si seguimos los datos de la Encuesta Nacional de Condiciones de Vida (ENCOVI) correspondientes a la edición de 2022, por primera vez desde el 2014 la pobreza en Venezuela se redujo, pero la desigualdad aumentó, lo que convierte a Venezuela en el país más desigual de la región más desigual del mundo¹⁵. Esta desigualdad evidencia la precariedad de la recuperación económica en Venezuela, y dentro de ella, la precariedad de la recuperación de la producción petrolera.

¹⁴ De acuerdo con el índice de libertad económica preparado por *The Heritage Foundation*, Venezuela ha retrocedido desde el 2000 y, de manera acelerada, desde el 2003. A partir de 2018 el retroceso se ralentizó mínimamente, pasando de un índice de 25.2 en 2018 a 25.9 en 2019. En 2022 el índice fue de 24.8, lo que coloca a Venezuela en el peor puesto de América y en el penúltimo lugar a nivel mundial, superado solo por Corea del Norte.

¹⁵ Véase: <https://www.proyectoencovi.com/encovi-2022>

Muestra de ello es la devaluación observada a fines de 2022, que ha llevado a implementar nuevamente el control de precio, que había sido desaplicado desde el 2018¹⁶.

Es en este contexto de precaria e inequitativa recuperación económica, en el que la licencia general n° 41 emitida por la Oficina de Control de Activos Externos del Departamento del Tesoro (OFAC) del Departamento del Tesoro de Estados Unidos a favor de Chevron ha sido valorada como un signo del - posible - desmontaje de las sanciones en Venezuela y, por ende, de la recuperación de la producción¹⁷. La Cámara de la Industria Petrolera, así, ha estimado que en 2023 la producción petrolera podría aumentar a 1 millón de barriles diarios¹⁸. La verdadera cuestión para resolver, en todo caso, es si esa producción

¹⁶ “Asdrúbal Oliveros: en 2022 los precios denominados en dólares subieron 53,6”, *Finanzas Digital*, 8 de enero de 2023, tomado de: <https://finanzasdigital.com/2023/01/asdrubal-oliveros-en-2022-los-precios-denominados-en-dolares-subieron-536/>

¹⁷ Como se explica en el libro, la determinación de PDVSA como sujeto sancionado por el Gobierno de Estados Unidos, en enero de 2019, impidió a Chevron -como empresa de Estados Unidos- mantener relaciones contractuales con PDVSA. Sin embargo, esa prohibición fue exceptuada por la OFAC con la licencia general n° 8, que permitió a Chevron mantener ciertas operaciones en Venezuela, pero bajo severas restricciones. Todas esas restricciones fueron levantadas con la nueva licencia general n° 41, la cual incluso permite a Chevron *ampliar* sus operaciones de producción y comercialización.

¹⁸ “Cámara Petrolera de Venezuela: el país podría producir un millón de barriles diarios en 2023”, *Finanzas Digital*, 12 de diciembre de 2022, tomado de: <https://finanzasdigital.com/2022/12/el-pais-podria-producir-un-millon-de-barriles-diarios-en-2023/>

podría ser elevada de manera constante, y si el ingreso petrolero derivado de ese incremento podría aliviar las causas de la emergencia humanitaria compleja.

En especial, debe tenerse en cuenta el contexto geopolítico ya mencionado, pues la invasión a Ucrania está generando incentivos para diversificar las fuentes de suministro de petróleo, pero de manera segura. Una muestra de ello es el repunte registrado de las exportaciones de petróleo desde Estados Unidos, en enero de 2023. Esto evidencia las limitaciones que el crudo venezolano podría enfrentar - en caso de remontarse la producción - para competir en el mercado internacional, que además muestra signos de preocupación por la posibilidad de una recesión global¹⁹.

Este libro aborda la coyuntura actual del mercado petrolero venezolano desde el punto de vista jurídico, para explicar por qué, bajo las condiciones institucionales actuales, no es razonable esperar un aumento de la producción petrolera que suponga un alivio a las causas de la emergencia humanitaria compleja. Así, cualquier posible aumento de la producción sería resultado de instituciones paralelas, incluyendo los contratos que permitirían a Chevron asumir actividades que, bajo la Constitución y la Ley Orgánica de Hidrocarburos, solo pueden ser realizadas por PDVSA, mediante sus empresas filiales y empresas mixtas. De otro lado, todo indica que cualquier ingreso petrolero adicional que se genere, será destinado al pago de la deuda de PDVSA con Chevron, que es en realidad

¹⁹ “Booming Oil Exports Boost U.S. Role as Global Price Maker”, *The Wall Street Journal*, 15 de febrero de 2023, tomado de: https://www.wsj.com/articles/booming-oil-exports-boost-u-s-role-as-global-price-maker-1e620b70?st=fzq5cdt7yo56ha4&reflink=article_gmail_share

una parte muy pequeña de la deuda pública externa de PDVSA, estimada en 72.000 millones de dólares²⁰.

Este libro estudia las tres transiciones de las políticas públicas de los hidrocarburos en Venezuela que se han producido desde 1999. Esto es, (i) la adopción del modelo institucional derivado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos; (ii) la destrucción de la autonomía de PDVSA y de los mecanismos de mercado en el sector, y (iii) la privatización *de facto* de PDVSA.

Así, los objetivos de este estudio son los siguientes: (i) estudiar las causas jurídicas que llevaron al colapso de la industria petrolera venezolana y a su privatización *de facto*; (ii) analizar los mecanismos institucionales implementados para ampliar el rol de la inversión privada, en especial, luego de los cambios en la política de sanciones, para determinar su constitucionalidad y legalidad, así como su capacidad para apalancar la recuperación estable de la industria petrolera y (iii) precisar cuáles son las reformas jurídicas necesarias para acompañar la recuperación de la industria petrolera venezolana, tomando en cuenta las limitaciones que derivan de la transición energética y la descarbonización.

La tesis de este libro es que las instituciones adoptadas en el marco de la privatización *de facto*, incluyendo aquellas derivadas del cambio en la política de sanciones, son insuficientes para acompañar la recuperación de la industria petrolera venezolana. Por ello, a fines de 2022, el sector de los hidrocarburos en Venezuela se enfrenta a esta

²⁰ Utilizamos indistintamente las expresiones dólares y USD, para aludir a la moneda de curso legal en Estados Unidos.

encrucijada: acompañar la recuperación de la producción petrolera de manera inestable y precaria a través de la privatización *de facto*, o acompañar esa recuperación por medio de un nuevo marco institucional que de manera transparente impulse, con estabilidad, la recuperación de la producción, como parte de las reformas de mayor envergadura orientadas a superar la emergencia humanitaria compleja.

De esa encrucijada depende, en buena medida, la recuperación de Venezuela de la emergencia humanitaria compleja que atraviesa. Ciertamente, esa recuperación ya no podrá depender del petróleo venezolano. Así, no solo la recuperación de la producción petrolera a los niveles de 1998 requerirá cuantiosas inversiones y complejas reformas, sino que, además, esa recuperación va en contra-corriente de la tendencia global hacia la descarbonización de la economía. Así, y asumiendo la incertidumbre de la transición energética, lo cierto es que el mercado petrolero mundial se enfrentará a cambios estructurales en los próximos años, todo lo cual marca una ventana limitada de oportunidades dentro de la cual podría adelantarse la recuperación de la producción petrolera en Venezuela.

Por ello, en realidad, es irrelevante que Venezuela “*sea el país con las mayores reservas de petróleo del mundo*”, pues buena parte de esas reservas se quedarán en el subsuelo²¹.

²¹ Parte del imaginario colectivo de los venezolanos se basa en la idea de que Venezuela es un país rico pues tiene “*las mayores reservas petroleras del mundo*”. Más allá de la rigurosidad de ese dato, lo cierto es que, desde el punto de vista del desarrollo, lo relevante no son las reservas, sino la capacidad de producción de petróleo y la posibilidad de emplear el ingreso fiscal petrolero para apalancar el desarrollo inclusivo. Véase a Pacheco, Luis, “Venezuela's oil mythologies have hindered its

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

Esto hace que el costo de la destrucción petrolera sea incluso mayor, por el costo de oportunidad: la recuperación de la producción de petróleo, además de las restricciones internas, se debe realizar en un contexto global de potencial declive de la demanda de petróleo.

Hay, por ende, un ciclo histórico de un siglo, en el cual este libro se inserta. Esto es, el ciclo que arranca con el reventón del Barroso II en diciembre 1922, y que termina en diciembre de 2022, con las expectativas -inciertas- de la recuperación de la producción petrolera luego de la licencia de Chevron. Ese ciclo quedó marcado por el auge y colapso del Petro-Estado y por el tránsito de la Venezuela petrolera a la Venezuela postpetrolera. Pero ese tránsito no fue el resultado de políticas orientadas a diversificar la economía, a “sembrar el petróleo” o a desmontar los arreglos institucionales del Petro-Estado. En realidad, la Venezuela postpetrolera es resultado de la destrucción de la industria petrolera y del colapso de capacidad estatal de Venezuela, que hoy puede ser considerado como un Estado cuyas frágiles instituciones han sido cooptadas por instituciones informales y, en muchos casos, ilegales.

A pesar de que el interés de este libro es el marco institucional del sector petrolero a través de las tres políticas públicas antes mencionadas, es necesario tomar en cuenta cómo esas políticas públicas petroleras estuvieron incididas, e incidieron, en el declive democrático Venezolano.

development”, Rice University’s Baker Institute for Public Policy, Center for Energy Studies, 2018, tomado de: <https://www.bakerinstitute.org/research/venezuelas-oil-mythologies-have-hindered-its-development>

En efecto, el declive democrático que inició a partir de 1999 se sostuvo en el gradual debilitamiento de la separación de poderes, objetivo que comenzó a alcanzarse con el proceso constituyente de 1999, que socavó la autonomía de los Poderes Públicos previstos en la Constitución -entonces vigente- de 1961. La concentración de poderes entorno a la Presidencia se elevó a partir de 2002, cuando se comprendió que, en la Venezuela petrolera, la concentración del poder pasa por el control político de la industria petrolera.

Este declive democrático ha sido estudiado a partir del control político sobre el Poder Judicial y Electoral²². Ciertamente, el control político de esas instituciones inició en 1999 y fue central en el declive democrático. Pero también resultó fundamental -y quizás, más importante en términos pragmáticos- la consolidación del poder político sobre PDVSA, en tanto ello colocó a disposición de la Presidencia toda la capacidad financiera y operativa de la industria petrolera. Para avanzar en este propósito y, en especial, reducir el rol de la inversión privada en el sector petrolero, fue necesario consolidar el control político sobre la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en 2004. Pero a partir de allí, el avance autoritario fue financiado por PDVSA, en especial, gracias a la captura de los ingresos petroleros derivados del *boom*.

Tanto más: el declive democrático entre 1999 y 2013 probablemente no hubiera sido posible sin los arreglos institucionales del Petro-Estado, que habían concentrado funciones en la Presidencia. El liderazgo carismático de

²² Corrales, Javier, *Autocracy rising. How Venezuela transitioned to authoritarianism*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2022, p. 21.

Hugo Chávez aumentó el poder *de facto* de la Presidencia. Para avanzar en la autocratización del Estado, fue necesario abolir la única barrera real que se había logrado edificar en el Petro-Estado formado a partir de la década de los setenta del pasado siglo: la autonomía de PDVSA.

Pero el petróleo también ayuda a comprender el giro autocrático iniciado en 2013. Ciertamente, Maduro heredó las instituciones autoritarias formadas bajo la presidencia de Chávez²³. Todas, salvo dos: el liderazgo carismático y los ingresos petroleros. Cuando Maduro es fraudulentamente electo presidente en abril de 2013, no solo la producción de PDVSA ya venía en declive, sino que, además, el sobreendeudamiento público había limitado el ingreso petrolero que efectivamente podía administrar la Presidencia, debido al pesado servicio de la deuda pública externa. Sin liderazgo carismático y sin petro-dólares, Maduro tuvo que consolidar su poder a partir de políticas represivas y predatorias que aceleraron la destrucción.

Como la evidencia de la destrucción petrolera fue visible solo a partir de 2013, pudiera considerarse que esa destrucción es imputable a Maduro. Pero en realidad, esa destrucción comenzó en 2002 y avanzó bajo la presidencia de Chávez, que comprendió muy bien que el modelo de dominación, de corte totalitario, resumido en la expresión “socialismo del siglo XXI”, solo era posible bajo el control total de la industria petrolera, que pasó a estar

²³ Corrales, Javier, *Autocracy rising. How Venezuela transitioned to authoritarianism*, cit.

al servicio del modelo socialista: desde aviones para movilizar a líderes en el marco de la exportación del socialismo, pasando por el financiamiento de las misiones, hasta la producción de alimentos.

Los cambios políticos y económicos operados a partir de 2018 también pueden explicarse a través del petróleo. Las élites agrupadas en el muy heterogéneo Gobierno de Maduro comprendieron que su permanencia en el poder dependía, entre otras variables, de restaurar la capacidad de la industria petrolera, lo que solo podía hacer la inversión privada. De allí el proceso de privatización *de facto* de PDVSA y, también, el interés puesto por el Gobierno de Maduro en recuperar los derechos sobre los activos externos, según se refleja en el memorando de entendimiento firmado en México, con la Plataforma Unitaria, en 2021. En realidad, el principal punto de interés fue restaurar el control sobre los activos externos de la industria petrolera, lo que pasa por levantar las sanciones. Esto hace que las sanciones petroleras impuestas por Estados Unidos sean el incentivo más inmediato que Maduro tiene para hacer concesiones en el marco del proceso de negociación en México. Esto explica por qué la licencia a favor de Chevron fue otorgada como respuesta a las concesiones que Maduro hizo al firmar el segundo acuerdo social (indebidamente impreciso, como se explica en este libro).

Para comprender la transición de la democracia venezolana a un autoritarismo competitivo (1999-2013), y de allí, a un autoritarismo pleno en el medio del colapso Estatal, con frágiles instituciones cooptadas por el crimen organizado, es indispensable comprender la destrucción del Petro-Estado en Venezuela. Fueron las instituciones del Petro-Estado las que contribuyen al declive democrático entre 1999 y 2013, y fueron esas instituciones las que

terminaron por destruir la base económica del Petro-Estado, creando incentivos para la autocratización y criminalización del frágil Estado venezolano.

El presente libro queda dividido de la siguiente manera. El primer capítulo presenta, esquemáticamente, el marco jurídico de los hidrocarburos. El propósito de este capítulo es doble. Por un lado, se pretende explicar cómo ese marco jurídico crea limitaciones legales que impiden la adecuada recuperación de la industria petrolera, al restringir los derechos de la inversión privada en actividades de exploración, producción y comercialización de petróleo. Por el otro lado, este capítulo permite identificar cuáles son los límites constitucionales y legales a los contratos que puede celebrar PDVSA con el sector privado. Esto último es importante, pues esos límites permiten analizar, jurídicamente, los contratos celebrados en lo que llamamos la privatización *de facto* de la industria.

El segundo capítulo resume las causas jurídicas del colapso de la industria petrolera. En concreto, se examinan tres causas. La primera es la violación a la autonomía funcional de PDVSA, lo cual afectó su capacidad de producir y comercializar crudo. La segunda es el endeudamiento, tanto derivado de la deuda financiera como la deuda no-financiera, en especial, resultado de la arbitraria política de expropiaciones. Finalmente, la tercera causa es la corrupción trasnacional, lo que ha derivado en procesos criminales ante jurisdicciones extranjeras, en concreto, Estados Unidos. Este capítulo permite explicar por qué, como sociedad mercantil, PDVSA es jurídicamente irrecuperable.

El tercer capítulo examina la privatización *de facto* de PDVSA, esto es, la cesión de activos y derechos de PDVSA y sus empresas filiales al sector privado, por medio de acuerdos informales, y en ocasiones, ilegales. Esta privatización arrancó con la cesión en garantía de las acciones de Citgo Holding, Inc., y avanzó con la cesión de derechos y activos a gobiernos extranjeros, como sucede en especial con el Gobierno de Irán. Otro elemento jurídico importante son los contratos de servicios compartidos o productivos, y que, de acuerdo con la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional, violaron la Constitución y la Ley, en especial, en cuanto al control parlamentario sobre contratos de interés público nacional. Esta privatización ha sido también consecuencia de la cesión o embargo de activos por parte de acreedores de la deuda externa.

A continuación, el cuarto capítulo analiza el impacto jurídico de las políticas de Estados Unidos hacia Venezuela, a partir del reconocimiento del presidente de la Asamblea Nacional como presidente encargado y la determinación de PDVSA como sujeto sancionado. Estas políticas crearon incentivos adicionales para avanzar en la informalidad de la industria, incluso, procurando cierta estabilización de la producción. Pero estas políticas comenzaron a cambiar, en especial, a fines de 2022, cuando el Gobierno de Estados Unidos emitió licencia general n° 41 a favor de Chevron, lo que permitió a esa empresa celebrar acuerdos para ampliar su rol en actividades de producción y comercialización, al margen de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y los Acuerdos aprobados por la Asamblea Nacional.

El quinto capítulo repasa cuáles son las reformas al marco institucional de los hidrocarburos que deben introducirse para acompañar, de manera estable e inclusiva, la reactivación de la producción petrolera, en la ventana de

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

oportunidades que deriva de la transición hacia la descarbonización. La privatización *de facto* de PDVSA evidencia el fracaso de las políticas petroleras adoptadas en 2002 y coloca en evidencia la importancia de un nuevo Derecho de los hidrocarburos que deje atrás los arreglos institucionales del Petro-Estado. Estas propuestas, en resumen, se presentan como una alternativa a la privatización *de facto* de PDVSA. Pero, en cualquier caso, esta reforma institucional es insuficiente, pues la recuperación de la industria petrolera dependerá, también, de la reconstrucción de la capacidad del Estado venezolano (en especial, en cuanto al ejercicio del monopolio legítimo de la violencia), de la renegociación de la deuda y de la reinserción de los mecanismos de mercado, como parte del restablecimiento del orden constitucional.

I

EL MARCO JURÍDICO DE LOS HIDROCARBUROS Y LA INVERSIÓN PRIVADA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁰ Véase en especial la sección siete del capítulo III.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁸ Artículo 36, Ley Orgánica de Hidrocarburos.

⁵⁹ Equivalente a “*un tercio (1/3) del valor de todos los hidrocarburos líquidos extraídos de cualquier yacimiento, calculado sobre la misma base establecida en el Artículo 47 de esta Ley para el cálculo de la regalía en dinero*” (artículo 48.3, Ley Orgánica de Hidrocarburos). Por eso se afirma que la regalía puede ser de hasta el 33%, aun cuando es preciso diferenciar entre la regalía y este impuesto especial.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. *Recapitulación*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II

LAS CAUSAS JURÍDICAS DE LA DESTRUCCIÓN DE LA INDUSTRIA PETROLERA EN VENEZUELA

Como explicamos en el capítulo anterior, la implementación del llamado “socialismo del siglo XXI”, se tradujo en políticas autoritaria-populistas que terminaron por destruir la industria petrolera en Venezuela. Este proceso de destrucción comenzó en 2002, cuando el entonces presidente Chávez, en una evidente violación de la autonomía funcional de PDVSA, procedió a despedir -en alocución televisada- a diversos gerentes de esa empresa. Las tensiones llevaron a una crisis en PDVSA, que a fines de 2002 -en el contexto del llamado paro cívico- se agudizó. Estas crisis fueron aprovechadas -y eventualmente promovidas- por la élite política de entonces para terminar de socavar la autonomía técnica de PDVSA, con el despido -no solo injustificado, sino además producto de una clara persecución política- de cerca de 20.000 trabajadores⁸¹.

⁸¹ Pacheco, Luis, “Desde el desván de la memoria (y II parte)”, *La Gran Aldea*, 15 de septiembre de 2020.

La autonomía de PDVSA no solo era un principio de organización administrativa, sino un componente esencial de la forma en la cual esa empresa fue creada. Así, el diseño institucional de la nacionalización petrolera quiso conciliar dos extremos: el control político de la industria por el Estado, y la gestión técnica de la actividad por las empresas públicas creadas. Para estos efectos, la Administración Petrolera Nacional fue dividida en dos niveles: uno de control político a cargo del Gobierno Nacional -a través del ministerio del área de hidrocarburos- y el otro operativo. A su vez, este nivel operativo se dividió en dos grupos: las empresas operadores (filiales) y PDVSA, como el ente de control operativo. En tanto empresa holding, PDVSA fue diseñada como el instrumento para ejecutar la política de nacionalización, pero con autonomía suficiente como para garantizar la capacidad técnica de sus filiales, organizadas como empresas espejo de los operadores privados, cuyas concesiones fueron terminadas en el contexto de la nacionalización⁸².

Por ello, las políticas adoptadas a partir de 2002 marcaron el fin de la autonomía de PDVSA y con ello, de su capacidad para gestionar, con eficiencia, las actividades reservadas al Estado a través de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. La violación de la autonomía de PDVSA se aceleró en el marco de la imposición del modelo socialista, a partir de 2006. A través de un cúmulo de acciones, la autonomía funcional de PDVSA fue eliminada, y esta

⁸² Brewer-Carías, Allan, *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021, cit.*, pp. 303 y ss. Véase también a González, Diego, "Cambios institucionales que desmantelaron y destruyeron a la estatal PDVSA", en *La industria petrolera en la era chavista. Crónica de un fracaso, cit.*, pp. 115 y ss.

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

empresa -y sus empresas filiales- fueron empleadas como instrumentos políticos del Gobierno Nacional para la implementación del modelo socialista⁸³.

En este sentido, hay una correlación entre las tres causas que explican el colapso económico venezolano y las causas jurídicas de la destrucción del Petro-Estado:

Causas del colapso económico	Causas de la destrucción del Petro-Estado
Fragilidad estatal	Politización de PDVSA
Déficit de divisas	Colapso de la producción y sobreendeudamiento
Destrucción de los mecanismos de mercado	Expropiaciones de derechos contractuales

Cuadro N° 1

El colapso económico de Venezuela y
la destrucción del Petro-Estado

Fuente: elaboración propia

⁸³ Puede verse, sobre este proceso, la obra coordinada por Coronel, Gustavo y Sáez, Sergio, *¿Quién destruyó a PDVSA? Balance de la gestión de Rafael Ramírez*, Ediciones Dahbar, Caracas, 2021. Asimismo, *vid.*: Fronjosa Lasalle, Ernesto, *Auge y caída de un petroestado. La historia de la industria petrolera en Venezuela*, Universidad Metropolitana, Caracas, 2018.

El signo más evidente de la destrucción del Petro-Estado es el colapso de la producción petrolera venezolana:

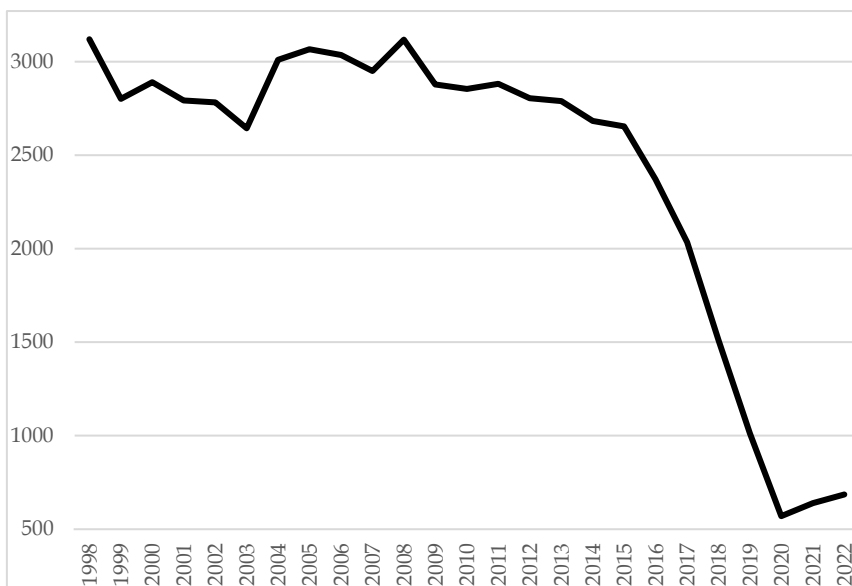


Gráfico N° 1

Producción de petróleo (Mbd)- 1998-2022

Fuente: Anuario estadístico de la OPEP

Es importante insistir que el colapso de la producción petrolera fue resultado de las políticas autoritario-populistas implementadas desde 2002. Esto es, se trató de un colapso producido por la politización de PDVSA, cuyos efectos, a todo evento, fueron en cierto modo silenciados por la subida de los precios del petróleo⁸⁴.

⁸⁴ Puede verse, en especial, a Espinasa, Ramón y Sucre, Carlos, *La caída y el colapso de la industria petrolera venezolana*, agosto de 2017,

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

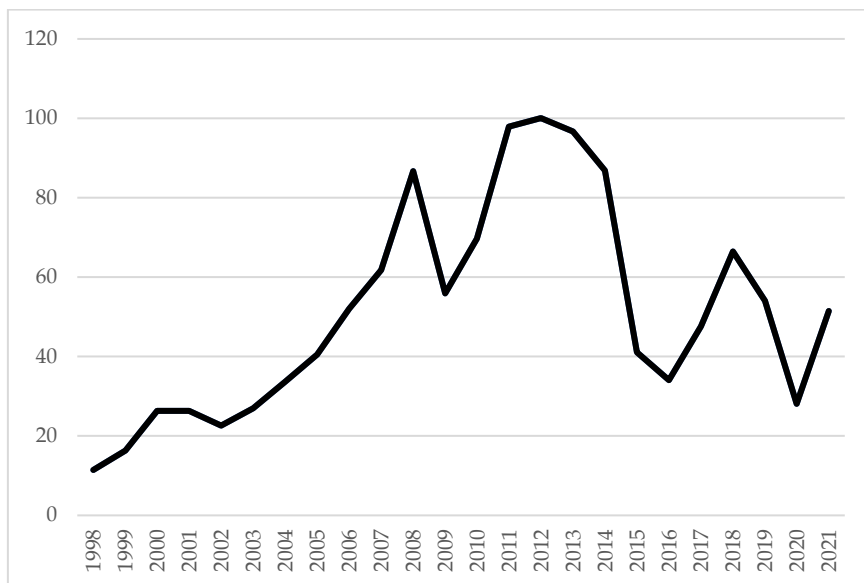


Gráfico N° 2

Precios de referencia de la cesta venezolana.
1998-2021

Fuente: OPEP

consultado en original, así como Monaldi, Francisco y Hernández, Igor, *Weathering Collapse: An Assessment of the Financial and Operational Situation of the Venezuelan Oil Industry*, CID Working Paper N° 327, 2016. De Monaldi, véase también: *The Collapse of the Venezuelan Oil Industry and Its Global Consequences*, The Atlantic Council, marzo de 2018, así como “El colapso de la industria petrolera venezolana y sus consecuencias globales”, en *La industria petrolera en la era chavista. Crónica de un fracaso*, cit., pp. 173 y ss.

Como puede observarse, a partir del 2002 se aprecia el aumento sostenido del precio, como parte del super ciclo de las materias primas⁸⁵. Este *boom* fue especialmente intenso entre el 2006 y el 2012, el cual impulsó a su vez el *boom* de consumo y de importaciones: el ingreso estimado de este *boom* es de un trillón de dólares⁸⁶. Por ello, aun cuando la producción iba en declive, el aumento de los precios otorgó un espacio fiscal más que holgado, empleado para financiar el socialismo del siglo XXI. Ese espacio fiscal, además, se financió con el creciente endeudamiento público.

Para hacia 2013 ya los síntomas del colapso de la industria petrolera eran evidentes. Un colapso que además arrastró al colapso de toda la economía: la caída del ingreso petrolero generó un déficit de divisas, justo en el momento en que era necesario servir la deuda externa contratada. El Gobierno de Maduro optó por mantener ese servicio, en lugar de renegociar la deuda. Esto llevó a un dramático recorte del financiamiento a las importaciones, lo que afectó la oferta de bienes que el diezmado

⁸⁵ Debe advertirse que la data, tomada de la OPEP, utiliza como referencia el precio del crudo Merey a partir de 2005, cuando cambió la metodología. Esto introduce ciertas distorsiones que para un análisis más detallado tendrán que considerarse.

⁸⁶ Como explica Francisco Monaldi, *"Hugo Chávez tomó el poder a principios de 1999, cuando el precio del petróleo estaba en un mínimo histórico, pero desde principios de 2003 se benefició de un auge de precios sin precedentes, por una década. En total, Venezuela recibió lo equivalente a más de un millón de millones de dólares en ingresos petroleros. Más del 20% de estos ingresos se malgastaron en grandes subsidios a la energía, los cuales son ineficientes y benefician desproporcionalmente a los más privilegiados"* (*"El colapso y próximo auge de Venezuela y su industria petrolera"*, Prodavinci, 16 de junio de 2019, tomado de: <https://prodavinci.com/el-colapso-y-proximo-auge-de-venezuela-y-su-industria-petrolera/>).

sector nacional no pudo suplir con producción. Tal es el origen de la emergencia humanitaria compleja, en evidencia especialmente desde 2017, así como de la creciente informalidad económica, marcada por la dolarización *de facto*⁸⁷.

1. *La economía política tras la violación de la autonomía de PDVSA y la destrucción de la inversión privada*

La violación de la autonomía funcional de PDVSA no fue un proceso aislado. Esta violación, por el contrario, fue parte de una estrategia mayor, orientada a concentrar poderes en la Presidencia de la República, debilitando -y eventualmente suprimiendo- espacios de autonomía en el ámbito del Estado y la sociedad civil. En una dimensión político-territorial, esto se reflejó en el gradual desmantelamiento de la descentralización político-territorial y su sustitución por el inconstitucional modelo del Estado Comunal⁸⁸. Dentro del Poder Nacional, esta estrategia se orientó a desmantelar la autonomía del Poder Judicial, del Poder Ciudadano, del Banco Central de Venezuela (BCV) y de PDVSA⁸⁹.

⁸⁷ Oliveros, Luis, "De la bonanza a la hiperinflación: cómo el chavismo generó un colapso en la industria petrolera venezolana", en *La industria petrolera en la era chavista. Crónica de un fracaso*, cit., pp. 187 y ss. Véase lo que explicamos en Hernández G., José Ignacio, *Control de cambio y de precio. Auge y colapso institucional*, cit., pp. 120 y ss.

⁸⁸ Por ejemplo, *vid.* Badell Madrid, Rafael, *Del Estado Federal al Estado Comunal*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021.

⁸⁹ Rachadell, Manuel, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario*, cit., pp. 20 y ss.

Así, el declive democrático en Venezuela ha sido estudiado a partir del control autoritario sobre el Poder Judicial y el Poder Electoral⁹⁰. Precisamente, el control político sobre PDVSA fue parte de la estrategia orientada a socavar la separación de poderes. Incluso, Chávez inició primero el proceso de destrucción de la autonomía de PDVSA, en 2002, que el proceso que llevó, en 2004, al control total sobre el Tribunal Supremo de Justicia. Por ello, la autocratización de Venezuela no puede entenderse sin analizar la autocratización de PDVSA.

De esa manera, la autonomía funcional de PDVSA, como fue explicado, se diseñó con el propósito de asegurar su adecuada capacidad operativa para la eficiente conducción de las operaciones de exploración, producción y comercialización, al punto que las filiales de PDVSA creadas luego de la nacionalización, fueron diseñadas para continuar con las operaciones de las concesionarias privadas. La nacionalización implicó un cambio en la propiedad del capital, pero no un cambio en la forma en la cual ese capital era empleado. Asimismo, la autonomía de PDVSA era una barrera de protección del ingreso petrolero, no solo determinante en la hacienda pública nacional, sino la fuente -casi única- de divisas de exportación⁹¹.

Desde la economía política, la autonomía de PDVSA se orientaba a proteger la correcta captación y distribución del ingreso fiscal petrolero, que como vimos, es una renta. La especial naturaleza económica del ingreso

⁹⁰ Corrales, Javier, *Autocracy rising. How Venezuela transitioned to authoritarianism*, cit., 97 y ss.

⁹¹ Se ha estimado que cerca del 97% de las divisas de exportación provienen del petróleo. Cfr.: Monaldi, Francisco y Hernández, Igor, *Weathering Collapse: An Assessment of the Financial and Operational Situation of the Venezuelan Oil Industry*, cit.

petrolero -como un ingreso basado en divisas de exportación y que constituye además una renta⁹²- llevó a proteger la autonomía de PDVSA, tanto como para resguardar la capacidad de generar ese ingreso, como para promover la eficiente captación y distribución del ingreso fiscal petrolero. Las tres fuentes del ingreso fiscal petrolero (o *government take*), dependen así de PDVSA y sus filiales: éstas pagan la regalía, pagan los tributos y, además, pagan dividendos al accionista, o sea, la República.⁹³

El arreglo fiscal para manejar el ingreso petrolero consistió en la obligación de venta de ese ingreso (o petrodólares) al BCV, de forma tal que las reservas internacionales provenían, fundamentalmente, del ingreso fiscal petrolero. Este arreglo permitía a PDVSA contar con los bolívares necesarios para asumir los costos operativos en Venezuela, así como mantener una porción del ingreso petrolero para enfrentar gastos operativos y de capital en divisas. Al ser el ingreso petrolero fundamental para las finanzas públicas, este arreglo fiscal generó conflictos

⁹² Ross, Michael, *The oil curse: How petroleum wealth shapes the development of nations*, cit., pp. 47-58. Véase también, del autor, Ross, Michael "Does Taxation Lead to Representation?", en *34 B.J.Pol.S.*, 2004, pp. 229-249.

⁹³ La particularidad económica del ingreso petrolero captado por las empresas públicas petroleras (o *national oil companies*, "NOC"), ha impulsado a su estudio especializado, a los fines de definir un marco institucional adecuado que preserve su capacidad productiva, más allá de las tensiones políticas con el Gobierno Nacional. Por ejemplo, *vid.* Hults, David, "Hybrid governance: state Management of national oil companies", en *Oil and Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 62 y ss

entre el BCV y PDVSA, ante las restricciones adoptadas para el fondo de inversiones en divisas de la estatal petrolera⁹⁴.

Este arreglo fiscal era, sin embargo, imperfecto, pues el ingreso petrolero era considerado un ingreso fiscal -ordinario o extraordinario, según los casos- dentro del presupuesto nacional, lo que permitió al Poder Ejecutivo disponer discrecionalmente de tal ingreso, más allá del control presupuestario, usualmente, dependiente de la estimación de ingresos fiscales petroleros con base en el promedio del precio⁹⁵. Al tratarse de una renta, inevitablemente, la discrecionalidad fiscal del Poder Ejecutivo derivó en instituciones rentistas y clientelares, que favorecieron la mala administración⁹⁶. Hacia finales del siglo XX se ensayó la creación de un fondo soberano de inversión, para “aislar” una parte del ingreso fiscal pe-

⁹⁴ Brewer-Carías, Allan, *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021, cit.*, pp. 266 y ss.

⁹⁵ Esto es, que el ingreso fiscal ordinario se calcula con base en el precio promedio, de lo cual resulta que, ante el incremento de los precios, el ingreso fiscal petrolero pasa a ser ingreso extraordinario. Esto genera incentivos para que el Ejecutivo Nacional estime modestamente el precio promedio.

⁹⁶ Rodríguez Sosa, Pedro Luis y Rodríguez Pardo, Luis Roberto, *El Petróleo como instrumento del progreso*, IESA, Caracas, 2013, pp. 125 y ss.

trolero⁹⁷. Tal es el origen del Fondo de Estabilización Macroeconómica creado en la Constitución de 1999⁹⁸.

Para 1999, cuando Hugo Chávez asume la presidencia, PDVSA contaba con adecuados niveles de autonomía, reflejado en la producción petrolera, estimada en 3.120 Mbd. Pero el entonces Gobierno comprendió que, en Venezuela, el petróleo es fuente de poder político, y que la autonomía de PDVSA era, básicamente, una limitación al poder político de la Presidencia sobre el ingreso petrolero. Para fortalecer de manera autoritaria a la Presidencia, se asumió un proceso gradual de desmantelamiento de la autonomía de PDVSA.

Esto llevó a reducir el rol de la inversión privada. Así, en las instituciones políticas surgidas al amparo del petróleo, el rol de la inversión privada es importante no solo en términos económicos, sino como contra-balance del poder político. La disciplina de los mecanismos de mercado coadyuva a la separación de poderes dentro del sector petrolero⁹⁹. A su vez, esto exige implementar adecuados arreglos contractuales en el sector para reducir los riesgos

⁹⁷ Hausmann, Ricardo, "Implicaciones de los fondos para la estabilidad macroeconómica en Venezuela", en Rivero, Luis (ed), *Fondos de Estabilización Macroeconómica*, Banco Central de Venezuela, Caracas, 2001, pp. 241 y ss.

⁹⁸ Hernández G., José Ignacio, "Aspectos institucionales para la creación del fondo petrolero para Venezuela", en Balza, Roland et al. (coordinadores), *Petróleo y extractivismo en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2021, pp. 397 y ss. Véase lo que explicamos en el quinto capítulo, sección 6.

⁹⁹ Los mecanismos de mercado con las reglas -o instituciones- que fijan derechos económicos, en nuestro caso, sobre actividades de exploración, producción y comercialización de hidrocarburos.

expropiatorios, esto es, para reducir los intentos unilaterales del Estado de cambiar las condiciones contractuales o, en su caso, terminar los contratos. Todo esto genera condiciones para construir adecuadas instituciones judiciales que protejan los derechos contractuales¹⁰⁰.

La LOREICH, como vimos, otorgó un espacio muy limitado a la inversión privada, a través de las dos instituciones previstas en su artículo 5: (i) los acuerdos operativos, como contratos de servicios, y (ii) las asociaciones estratégicas, como alianzas o *joint-venture*¹⁰¹. Estas instituciones se implementaron en la llamada apertura petrolera, que implicó una importante transformación al introducir a la inversión privada como actor relevante dentro del sector petrolero, y por ello, como contra-balance al poder político de la Presidencia. De allí que, para eliminar la autonomía de PDVSA, era necesario también eliminar el contra-balance derivado de la inversión privada surgida al amparo de la política de apertura.

Sin duda, el *boom* petrolero creó incentivos adicionales para expropiar los derechos de la inversión privada y así, ampliar la captura de la renta por el Estado. Como vimos, este *boom* fue especialmente intenso a partir del 2006. Así, tomando como referencia el precio promedio del 2005,

¹⁰⁰ De allí la complejidad de la renegociación de contratos petroleros. *Vid.*: Schwartz, Eduardo, y Trolle, Anders, "Pricing expropriation risk in natural resource contracts: a real options approach", en Hogan, William, and Sturzenegger, Federico (coordinadores), *The Natural Resource Trap*, The MIT Press, Cambridge, 2010, pp. 263 y ss.

¹⁰¹ Brewer-Carías, Allan, *Crónica de una destrucción. Concesión, nacionalización, apertura, constitucionalización, desnacionalización, estatización, entrega y degradación de la industria petrolera, cit.*, pp. 111 y ss.

puede observarse que para 2007 - cuando la política de expropiación ya estaba consolidada - el aumento fue cercano al 52%. Cuando Chávez es reelecto en 2012, el aumento era cercano al 250%. Con el frágil Estado de Derecho, el Gobierno de Chávez capturó ese *boom* por medio de políticas de expropiación, distribuyendo la renta por medio de mecanismos opacos, ineficientes, corruptos y clientelares.

Vale la pena aclarar que la demanda de petróleo tiende a ser inelástica, lo que significa, en términos muy sencillos, que las empresas y hogares deben consumir petróleo más allá de su precio, ante las limitaciones a posibles sustitutos de ese combustible. Esto crea condiciones propicias a la inestabilidad del precio del petróleo, lo que, en ausencia de adecuadas instituciones fiscales, deriva en el llamado ciclo de miseria¹⁰²: cuando el precio sube, aumenta el gasto fiscal y el endeudamiento, y cuando el precio colapsa, se contrae el gasto fiscal, mientras que el servicio de la deuda puede generar importantes desequilibrios económicos. Las políticas fiscales procíclicas abonan por la inestabilidad macroeconómica, con lo cual, estas políticas tienden a contrastarse con reglas fiscales de ahorro y gasto, como sucede con los fondos soberanos de inversión. Tal era el propósito del Fondo de Estabilización Macroeconómica, cuya efectiva implementación, sin embargo, se dilató en el tiempo.

Por lo anterior, cuando los precios del petróleo suben (el *boom* petrolero), se generan incentivos para capturar la renta petrolera, lo que se traduce en riesgos de expro-

¹⁰² Rodríguez Sosa, Pedro Luis y Rodríguez Pardo, Luis Roberto, *El Petróleo como instrumento del progreso, cit.*

piación¹⁰³. Fue por ello por lo que, cuando comenzó el *boom* petrolero, el Gobierno de Venezuela tuvo un incentivo adicional para tomar control de PDVSA y de las operaciones conducidas por la inversión privada: apropiarse del ingreso petrolero extraordinario para financiar el modelo socialista¹⁰⁴.

Con lo cual, PDVSA y sus empresas filiales fueron transformadas en instrumentos para avanzar en el socialismo del siglo XXI, modelo no solo claramente autoritaria, sino, además, de corte totalitario¹⁰⁵. Esto permitió, por un lado, emplear la capacidad productiva de PDVSA y sus filiales (dentro y fuera de Venezuela) para cumplir tareas propias del modelo socialista. Por el otro lado, el ingreso fiscal petrolero fue desviado de la administración del Fondo de Estabilización Macroeconómica y del BCV, para ser administrado -con opacidad- por una empresa pública bajo el control político del Gobierno, el FONDEN¹⁰⁶.

¹⁰³ O'Sullivan, Meghan, *Windfall*, *cit.*, pp. 263 y ss.

¹⁰⁴ Manzano, Osmel y Monaldi, Francisco, "The political economy of oil contract renegotiation in Venezuela", en *The Natural Resource Trap*, *cit.*, pp. 409 y ss.

¹⁰⁵ Brewer-Carías, Allan, *El desmantelamiento de la democracia y el Estado totalitario. Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo XV, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018, pp. 364 y ss.

¹⁰⁶ Puede verse, desde una perspectiva económica, a Key, Ramón y Villaroel, Claudina, "Reflexiones sobre el colapso y la recuperación de la industria petrolera venezolana", en *Venezuela. La energía en cifras. Reporte 2016-2017*, Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), Caracas, 2017, pp. 31 y ss.

Como vimos, el ingreso estimado de este *boom* es de un trillón de dólares. Estos recursos fueron administrados al margen de cualquier control, debido al desmantelamiento del Estado de Derecho. El resultado fue una creciente corrupción que degeneró en cleptocracia, y en ilícitos financieros transnacionales que comprometieron la responsabilidad de PDVSA y sus filiales.

Pero este ingreso fiscal no fue suficiente, y el Gobierno Nacional promovió un endeudamiento financiero no sostenible, no solo de la República sino también, de PDVSA. Las operaciones de crédito público de PDVSA no se destinaron solo a procurar financiamiento para gastos de capital, sino para financiar al modelo socialista. Además, lo cierto es que mientras el endeudamiento de PDVSA aumentaba, la producción caía, lo que demostraba que ese endeudamiento no se empleaba, de manera efectiva para impulsar la producción¹⁰⁷. Además de esta deuda financiera, PDVSA comenzó a acumular una deuda no-financiera, debido a incumplimientos contractuales, pero en especial, con ocasión a la política de expropiaciones. Como resultado de todo lo anterior, la deuda pública externa de PDVSA puede estimarse en aproximadamente 72.000 millones de dólares¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Halff, Antoine, *et al.*, *Apocalypse Now: Venezuela, Oil and Reconstruction*, Columbia Center on Global Energy Policy, 2017, pp. 8 y ss.

¹⁰⁸ Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022, pp. 276 y ss.

La caída de los precios del petróleo, a partir de 2014, hicieron más evidente los signos de la destrucción petrolera. Esa caída, por supuesto, no explica la destrucción de la industria, ni la emergencia humanitaria compleja¹⁰⁹. Entre otras razones, pues de haberse implementado reglas fiscales efectivas de ahorro con el Fondo de Estabilización Macroeconómica, en el marco de políticas fiscales sostenibles, los efectos de la caída de los precios hubiesen podido amortiguarse. Pero cuando los precios comenzaron a caer, el espacio fiscal de Venezuela era casi inexistente, como resultado de la dispersión del ingreso petrolero y el sobreendeudamiento. Además, sin petrodólares, el déficit de divisas solo podía solventarse con una renegociación de la deuda, que Maduro obvió, al preferir servir la deuda y recortar las importaciones¹¹⁰. Fueron las políticas predatorias -y no solo la caída de los precios- las que lanzaron a Venezuela al foso de la fragilidad estatal y la emergencia humanitaria¹¹¹.

Con lo cual, la violación de la autonomía de PDVSA y la expropiación de los derechos de la inversión privada no solo fueron políticas contrarias a la Constitución, sino, además, fueron políticas que ocasionaron masivas violaciones a derechos humanos en el marco de la emergencia humanitaria social.

¹⁰⁹ Tal y como explica Corrales, Javier, *Autocracy rising. How Venezuela transitioned to authoritarianism*, cit., pp. 56-57.

¹¹⁰ Véase en general a Monaldi, Francisco, *The Impact of the Decline in Oil Prices on the Economics, Politics and Oil Industry of Venezuela*, Columbia SIPA-Center for Global Policy, 2015.

¹¹¹ Barrios, Douglas y Santos, Miguel Ángel, “¿Cuánto puede tomarle a Venezuela recuperarse del colapso económico y qué debemos hacer?”, cit.

Esta emergencia ya existía en 2017, esto es, antes que la política de sanciones de Estados Unidos fuese aplicada al sector petrolero. Sobre este punto volveremos en el cuarto capítulo.

2. *La violación de la autonomía de PDVSA*

La violación de la autonomía funcional de PDVSA y sus empresas filiales fue resultado de inconstitucionales e ilegales políticas implementadas desde 2002, que menoscabaron la separación de funciones dentro de la Administración Pública Petrolera Nacional adoptada con ocasión a la nacionalización petrolera. Como resultado de esas políticas, PDVSA y sus empresas filiales fueron transformadas en meros instrumentos políticos del Gobierno Nacional, para apalancar la implementación de las políticas autoritario-populistas del modelo socialista¹¹². Como resumió Ramón Espinasa¹¹³:

“Pdvsas no es sino una dependencia más del Ejecutivo nacional y el Presidente de la República es quien presenta sus planes al país”

¹¹² Para un análisis detallado de estas políticas, véase a Brewer-Carías, Allan, *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021*, cit., pp. 413 y ss. Del autor, asimismo, *vid.* “La transformación de Petróleos de Venezuela S.A.: de la constitución exitosa de una empresa del Estado a su total destrucción institucional posterior”, en *Libro homenaje a Jesús Caballero Ortíz, Tomo I*, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-FUNEDA, Caracas, 2022, pp. 363 y ss.

¹¹³ Espinasa, Ramón, “El auge y el colapso de Pdvsas a los treinta años de la nacionalización”, *cit.*, p. 163.

Nuestro interés no reside en estudiar en detalle estas políticas, sino más bien en identificar sus rasgos generales. Para este efecto, pueden identificarse cinco áreas de violación de la autonomía de PDVSA, así como un proceso gradual en el cual esa empresa -y sus filiales, en especial, extranjeras- fueron empleadas como instrumentos de la cleptocracia trasnacional.

A. *Las cinco áreas que permiten apreciar la violación de la autonomía de PDVSA*

La violación de la autonomía de PDVSA fue parte del proceso orientado a socavar el principio de separación de poderes, y que llevó al control político sobre el Poder Judicial, Electoral, Ciudadano e incluso, Legislativo. Aun cuando este proceso comenzó con la asamblea nacional constituyente instaurada en 1999, lo cierto es que tomó un nuevo giro en 2002, cuando la violación de la autonomía de PDVSA inició, en cinco áreas que conviene diferenciar.

La *primera área* es la autonomía laboral. La producción de petróleo requiere conocimientos productivos adquiridos por la experiencia, más allá de que las industrias extractivas sean intensivas en capital. En el Derecho Administrativo Venezolano, sin embargo, el régimen de empleo público en las empresas públicas como PDVSA y sus empresas filiales es de Derecho Privado. Esto quiere decir que el régimen del empleo público se rige -preponderantemente- por el Derecho Laboral, incluyendo el Derecho Colectivo del Trabajo¹¹⁴. La aplicación del Derecho Privado otorga la flexibilidad que las empresas públicas

¹¹⁴ Brewer-Carías, Allan, *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021, cit.*, pp. 188 y ss.

requieren para operar, y en especial, la flexibilidad necesaria para mantener un esquema competitivo de remuneración. Pero esta flexibilidad, entendida como la ausencia de aplicación de normas de Derecho Público, genera incentivos para la intervención política de las empresas públicas, en menoscabo de sus reglas de gobernanza.

Este es un enfoque errado, y que debe ser superado. Las empresas públicas son Administraciones Públicas, con lo cual, su régimen laboral también debe regirse por el estatuto constitucional que promueve la objetividad y profesionalización de los empleados públicos¹¹⁵. Esta conclusión es especialmente relevante para PDVSA y sus empresas filiales: en tanto su capacidad depende, en buena medida, de la capacidad de su fuerza laboral, esta fuerza laboral debe estar sometida a un régimen jurídico de Derecho Administrativo, que reduzca la discrecionalidad propia del empleador en la relación laboral, y abone por un régimen estatutario, en el cual el ingreso, ascenso y egreso, responda a razones técnicas y no políticas. Ello, por supuesto, sin menoscabo de la interaplicación de normas de Derecho Laboral y Mercantil.

Aun cuando no existía ninguna institucional formal que excluyera a los empleados de PDVSA del régimen laboral ordinario, sí existían instituciones informales que, derivadas de la nacionalización petrolera, habían respetado -al menos, en sus aspectos medulares- las reglas de gobernanza corporativa bajo las cuales los administradores de PDVSA -la junta directiva- respetaba la profe-

¹¹⁵ En particular, en lo que respecta al principio de objetividad, re-
frendado en el artículo 142 de la Constitución. De cara a la Ley
contra la corrupción, los empleados y administradores de em-
presas públicas, como regla, son funcionarios.

sionalización de los empleados, como una condición necesaria para proteger la capacidad productiva de la empresa. Esas instituciones informales se habían mantenido a pesar de las tensiones recurrentes que se generaban entre PDVSA y el Gobierno Nacional, principalmente, por la captura de la renta petrolera.

A partir de 2002, el Gobierno Nacional aprovechó la discrecionalidad que le confería el Derecho Laboral, para intervenir en la política de recursos humanos de PDVSA, al punto que -en una evidente violación a los derechos humanos- en abril de 2002 el presidente Chávez anunció, en alocución televisada, el “despido” de trabajadores de PDVSA. El conflicto con la estatal petrolera, durante el resto del 2002 e inicios del 2003, se saldó con el despido de cerca de 20.000 trabajadores¹¹⁶. Estos despidos fueron, además, parte de una persecución política, con el uso de procedimientos administrativos y judiciales como parte de las políticas represoras orientadas a diezmar la autonomía laboral de PDVSA y sus empresas filiales.

A partir de estos cambios, la política de recursos humanos de PDVSA dejó de responder a parámetros técnicos, para pasar a ser conducida por criterios políticos. A estos efectos, la *segunda área* que explica la violación de la autonomía de la estatal petrolera son los cambios en las políticas de gobierno corporativo, esto es, el proceso de toma de decisiones de los administradores de PDVSA, y en concreto, la relación entre la junta directiva y la República.

¹¹⁶ Brewer-Carías, Allan, *Crónica de una destrucción. Concesión, nacionalización, apertura, constitucionalización, desnacionalización, estatización, entrega y degradación de la industria petrolera, cit.*, pp. 285 y ss.

La organización de PDVSA, luego de la nacionalización, como explicamos, se basó en la separación entre el poder político del Gobierno y el control operativo. Eso no implicó eliminar los controles que el Gobierno ejerce sobre PDVSA, sino por el contrario, adoptar reglas por las cuales esos controles no degeneraban en la politización de la gestión de la estatal petrolera. A estos fines, el control del Gobierno Nacional sobre PDVSA se basó en dos técnicas, propias de la teoría de la organización administrativa: el control accionario ejercido por la República como único accionista, y el control de tutela, a través de la adscripción de PDVSA al ministerio del área de hidrocarburos¹¹⁷.

En realidad, aun cuando la República es el único accionista de PDVSA, la representación de aquella corresponde a la Presidencia de la República, a través del ministerio del área de hidrocarburos. Como regla, el ministro de esa área es quien representa a la República como accionista, incluso, a efectos de la celebración de la asamblea de accionista. Este fue, en nuestra opinión, un diseño errado. Así, PDVSA fue organizada como una sociedad anónima sometida por ende al Derecho Mercantil, a resultas de lo cual el control accionario se ejerció por medio de las instituciones propias del Derecho Mercantil, incluyendo la asamblea de accionistas, aun cuando no se trata de una asamblea, pues solo hay un accionista. Por ello, ha debido crearse un régimen jurídico societario especial para PDVSA, además, visto su rol como instrumento de ejecución de las políticas petroleras. En especial, han debido crearse reglas para asegurar no solo la autonomía de

¹¹⁷ Brewer-Carías, Allan, *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021*, cit.

la junta directiva de PDVSA, sino, además, la inclusión de directores independientes, esto es, directores que velan por el buen funcionamiento de la sociedad, más allá de los deberes fiduciarios para con el accionista.

A pesar de no existir instituciones formales, la tradición democrática derivó en instituciones informales que respetaron la autonomía de la junta directiva. Por ello, se adoptó -de manera informal- la separación entre las funciones de control a cargo del ministro, y las funciones de control corporativo a cargo de la junta directiva y de presidente. De allí que, como resultado de estas instituciones informales, el ministro del área no ocupaba ningún cargo en la junta directiva de PDVSA. Esta regla de gobernanza, en todo caso, se saldó con la reducida capacidad burocrática del Estado para regular la industria, en tanto la intervención estatal se enfocó en el control accionarial.

A partir de 2002 el Gobierno aprovechó la ausencia de reglas formales de gobernanza corporativa a los fines de eliminar la separación de poderes entre el ministerio y PDVSA, lo que llevó a que la misma persona ocupara el cargo de ministro y presidente de PDVSA, así como a designar a altos funcionarios del Gobierno en la junta directiva¹¹⁸.

Con ello, PDVSA fue -en los hechos- absorbida por el Gobierno, eliminándose la separación entre el accionista -la República- y la sociedad mercantil. Esto no solo violó las reglas más elementales de gobierno corporativo, sino que, además, violó uno de los principios esenciales de la

¹¹⁸ Brewer-Carías, Allan, *Crónica de una destrucción. Concesión, nacionalización, apertura, constitucionalización, desnacionalización, estatización, entrega y degradación de la industria petrolera*, cit., pp. 285 y ss.

Administración Petrolera Nacional, cuál era la separación entre las funciones de gobierno y las funciones de control corporativo.

Las consecuencias de la violación de las reglas de gobierno corporativo fueron incluso más graves, debido a que la organización administrativa del Gobierno Nacional -o sea, de la Administración Pública Nacional Central- fue igualmente afectada, a los fines de incrementar el poder de la Presidencia de la República, con ocasión al hiperpresidencialismo impuesto por el entonces presidente Hugo Chávez¹¹⁹. Con lo cual, en realidad, era Chávez quien ejercía el control corporativo sobre PDVSA, de lo cual han quedado incluso registros en las múltiples alocuciones televisadas en las cuales era el presidente quien tomaba decisiones que, en teoría, correspondían a la junta directiva¹²⁰.

¹¹⁹ Rachadell, Manuel, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario*, cit.

¹²⁰ Como ejemplo, puede citarse el Aló Presidente N° 101, de 7 de abril de 2002, en la cual Chávez expresó lo siguiente: “ustedes saben que lamentablemente en Pdvsa una élite se adueñó durante muchos años de esa empresa que es de todos nosotros los venezolanos y, los venezolanos me eligieron Presidente para muchas cosas, una de ellas salvaguardar los intereses de todos, y Pdvsa es en este momento y lo ha sido mucho tiempo el corazón de la economía venezolana y allí una élite se adueñó de Pdvsa y esa élite desde hace varias semanas, ante una decisión que he tomado, porque yo traté y el país es testigo y la gente de Pdvsa es testigo de que allí tuvimos una primera administración en la primera etapa del gobierno, bueno tratando de hacer unos cambios internos de bajar los costos y los gastos que son una cosa horrosa, de bajar los privilegios de esa élite...”.

Este hiper-presidencialismo exacerbado era índice relevador de un cambio de mayor entidad: la progresiva transformación del Estado burocrático venezolano en un Estado patrimonial. La destrucción del Estado burocrático en Venezuela -creado a inicios del siglo XX- encontró en la destrucción de la autonomía de PDVSA una pieza central.

En efecto, la politización de la Administración Pública Nacional, y dentro de ella, PDVSA, transformó a los empleados públicos en servidores del partido político del Gobierno. Con lo cual, el funcionamiento de la Administración dejó de responder a reglas generales y objetivas basadas en la burocracia, para basarse en reglas personales, basadas en el liderazgo ejercido por el presidente y expresado en su retórica populista. Por lo tanto, la capacidad burocrática fue gradualmente modificada por una limitada capacidad patrimonial, o sea, basada en la gestión personal de los asuntos públicos.

La eliminación de la autonomía laboral y corporativa llevó a la *tercera área* de estudio: la violación de la autonomía operativa. Como hemos explicado, en el diseño de la Administración Petrolera Nacional, el nivel operativo fue separado entre la empresa holding (PDVSA) y las empresas operativas (filiales). El único objeto social de las empresas operativas era maximizar la producción petrolera, de acuerdo con las políticas petroleras definidas desde el Gobierno. Esto implicaba reconocer un margen de autonomía para que PDVSA, con su capacidad técnica, pudiese orientar la producción petrolera hacia el objetivo de maximizar el ingreso.

El destino final de la renta petrolera no era parte del objeto de PDVSA y sus empresas filiales. En realidad, las empresas filiales debían maximizar la producción y exportaciones, para maximizar con ello el ingreso petrolero,

que a través del *government take*, se transformaba en ingreso fiscal administrado por la Presidencia de la República. La frase “sembrar el petróleo” -no exenta de crítica- aludía al uso del ingreso fiscal petrolero para financiar con el gasto público la diversificación económica y el desarrollo. Pero a PDVSA no le correspondía “sembrar el petróleo”, sino maximizar los ingresos de su accionista, para que fuese éste quien “sembrara el petróleo” (sea cual fuere el significado de tal frase)¹²¹.

A partir de 2002 esta regla también se violó. Sin autonomía gerencial y laboral, PDVSA fue usada como instrumento para financiar, directamente, el modelo socialista. Para describir este proceso se aludió a la “nueva PDVSA”, así como a la política de “sembrar el petróleo”, asignando a PDVSA tareas ajenas al negocio petrolero pero afines al modelo socialista, que como se dijo, era un modelo de corte totalitario¹²². Esta “nueva PDVSA” era, en realidad, un simple instrumento político, lo que quedó reflejada en la frase según la cual PDVSA era “roja, rojita”, en relación con los colores del partido de Gobierno, el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV). En la degenera-

¹²¹ Baptista, Asdrúbal y Mommer, Bernard, *El petróleo en el pensamiento económico venezolano*, Ediciones IESA, Caracas, 1997, pp. 67 y ss.

¹²² Este fue el plan conocido como “siembra petrolera”. *Vid.*: Rondón de Sansó, Hildegard, *El régimen jurídico de los hidrocarburos*, *cit.*, pp. 379 y ss.

ción hacia el Estado patrimonial, PDVSA fue fusionada con el PSUV, en el marco de la llamada “plena soberanía petrolera”¹²³.

A resultas de la instrumentalización política, la operación de PDVSA fue desviada para apoyar el modelo socialista, al menos, en tres áreas: (i) el uso de la infraestructura de PDVSA para servir a fines del Gobierno, como por ejemplo, el uso de aviones de la estatal petrolera para funciones de Gobierno; (ii) la imposición de contribuciones patrimoniales a PDVSA para financiar al modelo socialista, incluyendo por ejemplo el financiamiento a las estructuras -inconstitucionales- del Poder Popular, y (iii) la creación de filiales no-petroleras, por ejemplo, para la ejecución de programas de control social de alimentación¹²⁴.

Lo anterior no puede ser equiparado a la responsabilidad social de PDVSA. La responsabilidad social describe la vinculación entre las empresas y las comunidades en las cuales éstas operan, a los fines de mejorar las condiciones de esas comunidades, de acuerdo con las políticas definida por los administradores. Pero las cargas explicadas no fueron definidas autónomamente por la administración de PDVSA ni se orientaron a mejorar el ambiente empresarial, sino a facilitar la ejecución de tareas para la ejecución del modelo socialista. En términos jurídicos, esto implicó un uso inconstitucional del patrimonio público con fines políticos.

¹²³ En general, *vid.* Corrales, Javier, y Penfold, Michael, *Dragon in the Tropics: The Legacy of Hugo Chávez*, Brookings Latin America Initiative Book, Washington, D.C., 2015, pp. 5 y ss.

¹²⁴ Carmona, Juan Cristóbal, *Actividad petrolera y finanzas públicas en Venezuela*, *cit.*

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

La *cuarta área*, derivada del anterior, tiene que ver con el endeudamiento público. PDVSA puede contratar operaciones de crédito público de acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP). Debido a su naturaleza empresarial, las operaciones de crédito público están exceptuadas del límite definido en la Ley de endeudamiento, pero sí están sometida a los controles fiscales y parlamentarios orientados a asegurar la racionalidad de esas operaciones. En concreto, esos controles deben asegurar que el endeudamiento de PDVSA se emplee exclusivamente para los gastos de capital necesarios para la producción de petróleo. Sin embargo, el endeudamiento de PDVSA fue empleado para procurar recursos al Gobierno Nacional. La evidencia de ello es el aumento de la deuda financiera de PDVSA, justo cuando la producción caía por efecto de la pérdida gradual de su capacidad:

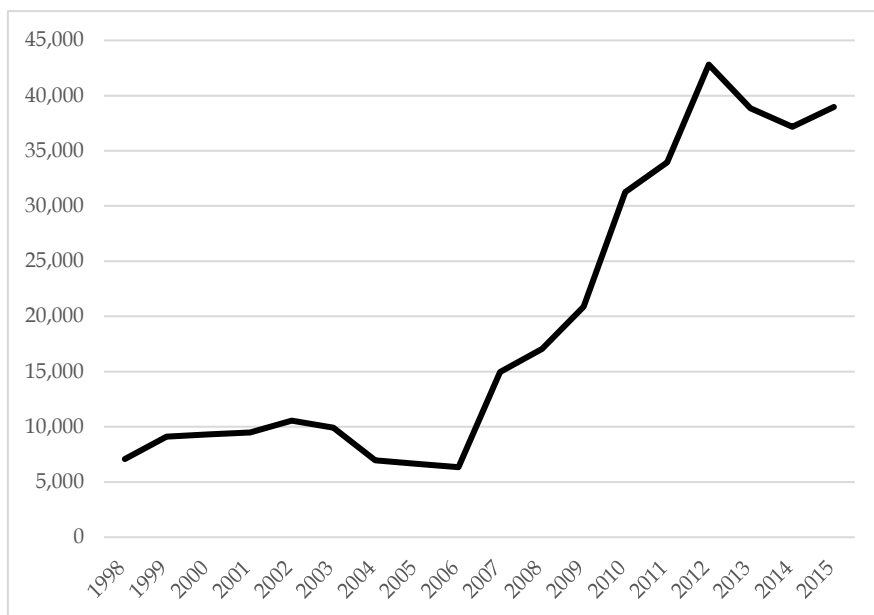


Gráfico N° 3

Deuda financiera de PDVSA. 1998-2015

Fuente: BCV

Como explicamos en la sección tercera de este capítulo, el uso político de las operaciones de crédito público de PDVSA derivó en un endeudamiento insostenible en términos de la capacidad de pago de la empresa. Esta deuda colocó en riesgo al principal activo de PDVSA en el extranjero -Citgo- cuyas acciones fueron inconstitucionalmente cedidas como colateral a acreedores extranjeros en 2016.

Por último, la *quinta área* que permite apreciar la violación de la autonomía de PDVSA es el uso de la estatal petrolera para la conducción de la política internacional del Gobierno. Esta política internacional fue diseñada para acompañar la implementación, en Venezuela, del

modelo socialista de dominación. Por ello, el Gobierno Nacional promovió acuerdos internacionales paralelos a los acuerdos bajo los cuales se había relacionado Venezuela, como es el caso de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA)¹²⁵.

Otro ejemplo fue Petrocaribe, la alianza entre Venezuela y diversos Estados caribeños, a través de la cual Venezuela se comprometió a fomentar el desarrollo en esos Estados a través del suministro de petróleo en condiciones preferentes, así como la participación de PDVSA en alianzas con empresas públicas de esos Estados, en especial, para la refinación de petróleo. La ejecución del acuerdo fue encomendada a PDVSA, quien creó una filial especial para esos fines y, además, participó como accionista en empresas mixtas de refinación. En especial, se impuso a PDVSA la celebración de contratos de suministro de petróleo con cláusulas de financiamiento, todo lo cual derivó en deudas entre los Estados caribeños y PDVSA¹²⁶. En este ámbito, sobresale el rol de PDVSA en el suminis-

¹²⁵ PDVSA creó filiales para implementar actividades en el mar o de este acuerdo. Por ejemplo, ALBA Petróleos de El Salvador S.E.M. de C.V.

¹²⁶ PDVSA creó una filial (PDV Caribe, S.A.) para implementar estos acuerdos, de los cuales derivó una deuda de miles de millones de dólares a favor de PDVSA. Véase el informe de Transparencia Venezuela en <https://transparencia.org.ve/project/petrocaribe-representa-el-50-del-presupuesto-nacional-en-ingresos-petroleros/>.

tro de petróleo y productos derivados a Cuba, en condiciones poco transparentes, orientadas al cumplimiento de acuerdos binacionales¹²⁷.

Quizás el mejor ejemplo es el llamado Fondo Chino, esto es, las operaciones de crédito público enmarcadas en acuerdos binacionales entre Venezuela y China, canalizados a través del Banco Nacional de Desarrollo (BANDES). De esa manera, el BANDES recibía financiamiento de China para la inversión en proyectos sociales. Para el pago de esa deuda, se diseñó un mecanismo de venta de petróleo a China por parte de PDVSA, de forma tal que el pago se destinaba a la compensación de la deuda. Esto es, que el endeudamiento en el marco del Fondo Chino no es de PDVSA sino de BANDES, aun cuando se impuso a PDVSA obligaciones de suministro de petróleo para pagar esa deuda, como ampliamos en la sección siguiente¹²⁸.

La comercialización internacional del petróleo es un componente esencial del rol de PDVSA, pues esa comercialización debe destinarse a maximizar el beneficio económico del accionista, o sea, la República. Una vez que el ingreso petrolero es transformado en ingreso fiscal, la Presidencia de la República, de acuerdo con la Ley de presupuesto, puede destinar gasto público a financiar políticas de integración económica internacional. Pero en el

¹²⁷ Brewer-Carías, Allan, *Crónica de una destrucción. Concesión, nacionalización, apertura, constitucionalización, desnacionalización, estatización, entrega y degradación de la industria petrolera*, cit., pp. 285 y ss.

¹²⁸ Hemos resumido, en sus trazos más básicos, los acuerdos institucionales del llamado Fondo Chino, ciertamente complejos. Véase: Balza, Roland, "El FONDEN, Fondos Chinos y sector externo en Venezuela: 2005 a 2014", *Fragments de Venezuela. 20 escritos sobre economía*, cit., pp. 53 y ss.

modelo socialista, PDVSA fue empleada para cumplir con tareas definidas desde la Presidencia de la República, y enmarcadas en la política internacional orientada a apalancar la implementación del modelo socialista.

B. *El uso de PDVSA como parte de la cleptocracia transnacional y como una instrumentalidad de organizaciones terroristas. La negativa de considerar a PDVSA como víctima de la corrupción. La configuración del "Estado mafioso"*

El control de cambios impuesto inconstitucionalmente en 2003 creó incentivos para la corrupción, principalmente, debido al diferencial cambiario entre la tasa de cambio oficial (aquella que aplica a la venta de divisas por el BCV, a través de la Administración Cambiaria) y la tasa paralela (esto es, aquella que aplica en transacciones realizadas al margen del BCV). Debido a ese diferencial, surgían incentivos para adquirir divisas a tasa oficial, en especial, a los fines de revender las divisas en el mercado paralelo. En tanto PDVSA era la fuente casi exclusiva de divisas de exportación, ella fue empleada para acceder, por métodos corruptos, a divisas a tasa preferencial¹²⁹.

Un ejemplo del uso de PDVSA como parte de la estructura de cleptocracia transnacional, es el caso conocido como *Money Flight*, y que, entre otras causas criminales, dio lugar a un proceso contra quien fuera director de

¹²⁹ Para el control de cambio, véase a Palma, Pedro, *La política cambiaria en Venezuela*, IESA-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020, pp. 160 y ss.

planificación financiera de PDVSA, Abraham Ortega¹³⁰. De acuerdo con la acusación presentada por el Departamento de Justicia¹³¹, PDVSA, como la “fuente primaria de ingresos en divisas”, fue parte de las operaciones de “fraude y corrupción” de los Gobiernos de Chávez y Maduro.

Así, a partir de 2014, PDVSA suscribió contratos de financiamientos en bolívares, que sin embargo eran pagados poco después en dólares, a tasa oficial. Esto permitió desviar cerca de 1.200 millones de dólares para así, indirectamente, vender divisas a tasa oficial, o sea, a la tasa inferior al mercado, al margen de los controles implementados por la Administración Cambiaria¹³².

En la causa criminal seguida en contra de quien fuera empleado de PDVSA, el Departamento de Justicia concluyó que la estatal petrolera no podía ser considerada una víctima del fraude, pues ella es una agencia del Gobierno de Venezuela y, en tal condición, es un cómplice de delitos de corrupción¹³³. La Corte del Distrito Sur de la Florida corroboró esa conclusión, al sostener que PDVSA es, por diversas razones, cómplice en esquemas de soborno y lavado de dinero¹³⁴.

¹³⁰ Corte del Distrito Sur de la Florida, caso *United States vs. Abraham Edgardo Ortega* case (18-CR-20685-KMW).

¹³¹ De 23 de julio de 2018.

¹³² Sobre este caso, véanse las investigaciones adelantadas por Transparencia Venezuela, en: <https://transparenciave.org/tag/money-flight/>

¹³³ Escrito de 8 de mayo de 2020.

¹³⁴ Sentencia de 18 de junio de 2021.

La calificación jurídica de PDVSA como cómplice de delitos de corrupción limita su capacidad de producción, debido al riesgo reputacional que implica contratar con esa empresa. Asimismo, este tipo de señalamientos eleva los riesgos de las transacciones financieras de PDVSA, todo lo cual supone importantes restricciones de cara al cumplimiento de deberes de inteligencia financiera, asociados a la prevención de legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo¹³⁵.

Precisamente, PDVSA también ha sido declarada una instrumentalidad de organizaciones terroristas, en concreto, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)¹³⁶. Distintas víctimas de esa organización interpusieron demandas de daños y perjuicios en contra de las FARC, que fueron declaradas con lugar. A los fines de ejecutar esas sentencias, las víctimas alegaron que el Gobierno de Venezuela es una instrumentalidad de las FARC. El argumento tiene como objeto lograr la ejecución de las condenas en contra de esa organización mediante el embargo de activos externos del Gobierno de Venezuela, en especial, PDVSA.

¹³⁵ Véase la información sobre la conexión de PDVSA con las redes de cleptocracia trasnacional del Gobierno de Venezuela que mantiene el Departamento del Tesoro de Estados Unidos: https://home.treasury.gov/system/files/126/gorrin_network_chart_20190108.pdf

¹³⁶ Sentencia de 18 de diciembre de 2020 emitida por la Corte del Distrito Oeste de Nueva York, en el caso *Antonio Caballero vs. Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia et al.*, expediente 20-MC-0040-LJV.

Entre otras pruebas, se consideró que PDVSA había sido la principal fuente de lavado de dinero a favor de las FARC, en especial, a través de filiales constituidas en el marco de acuerdos regionales, como el ALBA. PDVSA, por ejemplo, ayudó al suministro de armas a las FARC. Por todo ello, la Corte concluyó que PDVSA es una instrumentalidad de las FARC.

Que PDVSA haya sido declarada, judicialmente, como una instrumentalidad de una organización terrorista, evidencia el grado de control político ejercido por el Gobierno. Este control fue ejercido más allá de las fronteras del Estado venezolano, en tanto la estructura de PDVSA - incluyendo a sus filiales extranjeras - fueron empleadas para avanzar en actos de corrupción y financiamiento a grupos terroristas.

De este uso instrumental no escapó Citgo, una de las refinerías más importantes de Estados Unidos, y que formó parte del proceso de internacionalización de PDVSA a los fines de aprovechar las ventajas competitivas de refinar el petróleo venezolano en uno de sus principales mercados. Pero como resultado de la violación de la autonomía de PDVSA, Citgo fue empleada no solo como instrumento político, sino, además, como instrumento criminal.

Así, en 2020 el Departamento de Estado anunció cargos en contra de un gerente de Citgo, por su responsabilidad en operaciones de lavado de dinero que involucraban a PDVSA.¹³⁷ En concreto, el gerente recibió sobornos

¹³⁷ Caso *United States vs. Jose Luis De Jongh Atencio*, expediente n° 20-CR-00305, ante la Corte del Distrito Sur de Texas. Véase el caso en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa/cases/jose-luis-de-jongh-atencio>

para favorecer a terceros en procedimientos de procura de PDVSA y Citgo, pagos que fueron recibidos a través de operaciones financieras orientadas a ocultar sus orígenes ilícitos. Citgo fue, por ello, una instrumentalidad del Gobierno de Venezuela empleada para realizar ilícitos financieros, en los términos de la Ley de Prácticas Transnacionales de Corrupción de Estados Unidos.

Luego de que la junta administradora ad-hoc de PDVSA designara nuevos administradores en Citgo, en 2019, la empresa anunció su colaboración con las investigaciones criminales que adelanta el Departamento de Justicia¹³⁸.

Las investigaciones por la participación de PDVSA en la cleptocracia transnacional también se han extendido a España¹³⁹. El Juzgado Central de Instrucción N° 3 de la Audiencia Nacional, a cargo de la investigación de causas relacionadas con la corrupción en Venezuela, decidió en noviembre de 2021 separar la instrucción de esas causas en varios expedientes¹⁴⁰.

¹³⁸ “U.S. prosecutors seek records from Citgo Petroleum in bribery probe”, *Reuters*, 3 de junio de 2019: <https://www.reuters.com/article/us-citgo-petroleum-usa-subpoena/u-s-prosecutors-seek-records-from-citgo-petroleum-in-bribery-probe-idUSKCN1T42PA>

¹³⁹ Véase, de Transparencia Venezuela, el reporte: *5 casos de corrupción de Venezuela en el mundo*, <https://transparencia.org.ve/wp-content/uploads/2020/12/05-Casos-de-corrupcion-de-Venezuela-en-el-mundo.pdf>

¹⁴⁰ *Europa Press Nacional*, “La juez divide la causa sobre PDVSA en tres piezas distintas para agilizar las pesquisas”, 4 de noviembre de 2021, tomado de: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-amp-juez-divide-causa-pdvsa-tres-piezas-distintas-agilizar-pesquisas-20211104130440.html>

Esas investigaciones involucran a otras jurisdicciones, no solo Estados Unidos, sino también Malta, Portugal y Andorra¹⁴¹.

Así, en *primer* lugar, está la investigación iniciada por la Fiscalía Anticorrupción en junio de 2017 por delitos de blanqueo de capitales respecto a “*fondos procedentes de una actividad dirigida a la defraudación y/o apropiación del patrimonio de PDVSA y otras empresas públicas de Venezuela*”, como CORPOELEC. De otro lado, y, en *segundo* lugar, están las investigaciones conducidas en contra de Nervis Villalobos -exviceministro, quien también es investigado en Estados Unidos- para lavar “*fondos de ciudadanos venezolanos procedentes de la corrupción y el fraude*” en PDVSA, incluyendo la creación de una estructura para la compra de inmuebles en España, así como la investigación adelantada por la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal¹⁴².

¹⁴¹ “De Andorra a Malta: el rastro del dinero del caso PDVSA que investiga la Audiencia”, *El Confidencial*, 27 de marzo de 2022, tomado de: https://www.elconfidencial.com/espana/2022-03-27/pdvsa-dinero-audiencia-nacional-paises_3398368/

¹⁴² “El ex viceministro venezolano Nervis Villalobos pide a la juez del 'caso PDVSA' que levante su imputación por blanqueo”, *EuropaPress*, 17 de marzo de 2022: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-ex-viceministro-venezolano-nervis-villalobos-pide-juez-caso-pdvsa-levante-imputacion-blanqueo-20220317163347.html>. No obstante, el 1 de septiembre de 2022 los medios informaron que “*la jueza de la Audiencia Nacional María Tardón ha acordado el sobrestamiento provisional de una de las cuatro piezas en las que se dividió el 'caso PDVSA', la investigación por las supuestas operaciones irregulares para la defraudación o apropiación del patrimonio de la empresa venezolana de petróleo*”, que involucra a Nervis Villalobos (*Europa Press Nacional*, tomado de: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-amp-juez-archiva-pieza-caso-pdvsa-relativa-presunto-blanqueo-capitales-exviceministro-venezolano-20220901162020.html>).

El tercer grupo responde a la querrela presentada por PDVSA por los presuntos delitos de “*blanqueo de capitales cometidos en territorio español y los previos para producirlo de organización criminal para la comisión de actos de corrupción, defraudación y otros cometidos en el extranjero*”¹⁴³. En el marco de esta investigación se detuvo a José Roberto Rincón, hijo de Roberto Rincón -quien se declaró culpable en una causa de corrupción seguida en Estados Unidos-¹⁴⁴. También ha sido imputado Raúl Gorrín, quien es también acusado en Estados Unidos¹⁴⁵. Las investigaciones se han extendido a Raúl Morodo, quien fuera embajador¹⁴⁶.

¹⁴³ Según la noticia comentada, la “*querrela se dirige contra el ex viceministro de Desarrollo Eléctrico de Venezuela Javier Ochoa Alvarado; los ex responsables de compras de PDVSA Alfonzo Eliézer Graviña y José Luis Ramos Castillo; el ex gerente de compras en la filial Bariven Christian Maldonado Barillas; Rafael Reiter Muñoz, considerado 'mano derecha' del ex presidente de PDVSA Rafael Ramírez; y contra varios miembros de la familia Rincón y otros empresarios petroleros*”.

¹⁴⁴ “El magnate venezolano detenido en España: “No tengo nada que ver con la corrupción”, *El Confidencial*, 28 de junio de 2019: https://www.elconfidencial.com/espana/2019-06-28/entrevista-jose-roberto-rincon-magnate-venezolano-detenido-espana-corrupcion_2094466/

¹⁴⁵ “Imputado el presidente de Globovisión en la causa por el presunto saqueo de Pdvsa”, *La Información*, 20 de febrero de 2020: <https://www.lainformacion.com/espana/imputado-presidente-globovision-saqueo-pdvsa/6545373/>

¹⁴⁶ “Lisboa entrega al juez 5 cajas de información del exembajador de Zapatero en Venezuela”, *Voz Pópuli*, 1 de enero de 2022: <https://www.vozpopuli.com/espana/lisboa-zapatero-venezuela.html>

Estos casos son conocidos como la “macro-causa de PDVSA”¹⁴⁷. Interesa destacar que PDVSA ha actuado como querellante, invocando su condición de -presunta-víctima. Esta querrela, presentada en 2017 por el Gobierno de Maduro,¹⁴⁸ ha sido apoyada por la organización *Centro Guernica*¹⁴⁹, quien tendría vínculos con Baltazar Garzón, cuya firma -ILOCAD- ha asumido la defensa de PDVSA¹⁵⁰.

PDVSA ya ha intentado invocar su condición de víctima de los delitos de corrupción. Así, en el caso Roberto Enrique Rincón Fernández y Abraham José Shiera Bastidas, sustanciado ante la Corte del Distrito Sur de Texas, PDVSA -por medio de Bariven- invocó su condición de víctima¹⁵¹. El Departamento de Justicia de Estados Unidos se opuso a esa petición, señalando que Bariven era

¹⁴⁷ “Cinco preguntas para entender la “macrocausa” de Pdvsa en España”, *Corruptómetro* (Transparencia Venezuela), 21 de junio de 2022, tomado de: <https://corruptometro.org/2022/06/21/cinco-preguntas-para-entender-la-macrocausa-de-pdvsa-en-espana/>

¹⁴⁸ “Un juzgado madrileño expulsa a Venezuela de la pieza sobre el lavado de dinero del petróleo”, *El Confidencial*, 28 de septiembre de 2019: https://www.elconfidencial.com/espana/2019-09-28/venezuela-lavado-dinero-petroleo-acusacion_2254423/

¹⁴⁹ “Portazo en el 'caso PDVSA' a la ONG que busca unirse a la acusación junto a Baltasar Garzón”, *The Objective*, 13 de abril de 2022: <https://theobjective.com/espana/2022-04-13/caso-pdvsa-ong-baltasar-garzon/>

¹⁵⁰ “La misteriosa ONG que quiere acceder al caso PDVSA desafía a la juez y recurre ante el TC”, *The Objective*, 22 de noviembre de 2022, tomado de: <https://theobjective.com/espana/2022-11-22/caso-pdvsa-centro-guernica/>

¹⁵¹ Escrito de 30 de noviembre de 2016, Corte del Distrito Sur de Texas, División Houston, expediente N° 4:15-cr-00654

cómplice de los delitos investigados, siendo que el verdadero interés de esa filial era obtener información sobre la investigación criminal¹⁵². La petición fue en todo caso dese-chada por la Corte, por aspectos procesales¹⁵³.

Tanto el Departamento de Justicia como las cortes de Estados Unidos han negado que PDVSA pueda ser considerada una víctima, al considerar que esa sociedad participó activamente en las operaciones financieras que dieron lugar a investigaciones criminales por legitimación de capitales. Además, existen razones de fondo que impedirían, en Estados Unidos, que empresas del Estado reclamen su condición de víctimas, condición reservada a personas naturales¹⁵⁴.

También esta estrategia fue seguida por el Gobierno *de facto* de Maduro, al crear un fideicomiso para litigar derechos de PDVSA presuntamente relacionados con acciones de fraude cometidas por contratistas, en el caso *PDVSA Trust Litigation Agreement*, estrategia que no ha prosperado por aspectos procesales del Derecho del Estado de Nueva York¹⁵⁵.

¹⁵² Escrito de 20 de febrero de 2017

¹⁵³ Auto de 22 de febrero de 2017.

¹⁵⁴ Escrito presentado por el Gobierno de Estados Unidos ante la Corte del Distrito Sur de la Florida, de 8 de mayo de 2020, en el caso *EEUU vs. Guruceaga et al.*, relacionado con *Abraham Ortega*, así como la orden de esa Corte de 18 de junio de 2021.

¹⁵⁵ "PDVSA Hacking Suit Dismissal Denied Supreme Court Scrutiny", *Bloomberg Law*, 8 de noviembre de 2021, tomado de: [https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/pdvsa-hacking-suit-dismissal-denied-supreme-court-scrutiny-](https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/pdvsa-hacking-suit-dismissal-denied-supreme-court-scrutiny) Véase el capítulo tercero, sección segunda.

La discusión legal sobre si PDVSA puede alegar su condición de víctima no es baladí. Por un lado, esta condición podría permitir a PDVSA demandar a los responsables por prácticas de corrupción para la recuperación de los activos desviados. Por el otro lado, la negativa de la condición de víctima, considerando que PDVSA es cómplice de esos delitos, eleva las contingencias legales de la empresa, que podría enfrentar investigaciones en Estados Unidos.

De esa manera, la corrupción en Venezuela tiene dos atributos especiales. El primero es su dimensión cuantitativa, relacionada con los ingresos petroleros percibidos como resultado del *boom*. Esto permite encuadrar a Venezuela en un caso de “gran corrupción”¹⁵⁶. Además, la corrupción pasó a ser un instrumento de dominación dentro del frágil Estado venezolano, con lo cual, es posible hablar de cleptocracia. Así, la corrupción no respondió solo a motivaciones económicas, sino también

¹⁵⁶ De acuerdo con Transparencia Internacional, la gran corrupción supone la desviación ilegal del patrimonio público en desmedro de grupos sociales, para beneficiar a una élite. El concepto se basa en un elemento cuantitativo, debido a las grandes cantidades que son desviadas y al daño social ocasionado. En tal sentido, se ha señalado que la gran corrupción debe ocasionar daños -al Estado o su población- “*superior a 100 veces el mínimo anual ingresos de subsistencia*”. La distorsión del salario mínimo en Venezuela dificulta implementar este criterio. Véase: Transparencia Internacional, “What is grand corruption and how can we stop it?”, 21 de septiembre de 2016, tomado de: <https://www.transparency.org/en/news/what-is-grand-corruption-and-how-can-we-stop-it>

políticas: la estabilidad del régimen autoritario se procuró -y se sigue procurando- a través de la corrupción¹⁵⁷.

La cleptocracia financiada con el ingreso petrolero favoreció no solo el colapso estatal, sino la creciente criminalidad, al punto que las instituciones de dominación burocrática han sido sustituidas -incluso parcialmente- por instituciones de crimen organizado.

La literatura ha aludido al “Estado mafioso” para describir esta realidad¹⁵⁸. Precisamente, en Venezuela uno de los síntomas de la proliferación de estructuras criminales es la fractura del monopolio legítimo de la fuerza y la irrupción de grupos para-estatales que ejercen la violencia de manera fragmentada, usualmente vinculada a la realización de ilícitos económicos¹⁵⁹.

PDVSA es causa y consecuencia de la degeneración del Estado venezolano hacia un Estado cuyas frágiles instituciones han sido cooptadas por organizaciones criminales. Así, el colapso y criminalidad de PDVSA ocasionó el colapso y criminalidad del Estado venezolano. Así como la renta petrolera influenció a las instituciones políticas venezolanas, la criminalización de la renta petrolera también incidió en la criminalidad de las instituciones políticas.

¹⁵⁷ Sobre el rol de la cleptocracia en regímenes autoritarios, *vid.*: Acemoglu, Daron y Robinson, James, “Alfred Marshall Lecture: Kleptocracy and Divide-and-Rule: A Model of Personal Rule”, en *Journal of the European Economic Association* 2, N° 2/3, 2004, pp. 162 y ss.

¹⁵⁸ Hirschfeld, Katherine, *Gangster States*, Palgrave Macmillan, London, 2015, pp. 68 y ss.

¹⁵⁹ Véase, además, de InSight Crime, *Venezuela Mafia State*, Washington D.C., 2018.

Además, las organizaciones criminales que desde el Estado promovieron una red trasnacional de clepto-cracia, también ocasionaron la creciente criminalización de PDVSA y sus empresas filiales. De allí la creciente informalidad de las operaciones de PDVSA, como se explica en el capítulo cuarto.

3. *El endeudamiento de PDVSA*

El endeudamiento de PDVSA debe estudiarse desde una doble perspectiva: como un índice relevador de la violación de su autonomía (como hicimos en la sección anterior) y como una causa que explica el colapso de producción petrolera. Así, según estimaciones propias, al 2019 la deuda pública externa de PDVSA podía resumirse de la siguiente manera¹⁶⁰:

¹⁶⁰ Las estimaciones de la deuda de PDVSA varían, pero en términos generales, se sitúan sobre los 72.000 millones. En este cuadro se imputa la deuda con China a PDVSA, pero jurídicamente, el deudor de las operaciones de endeudamiento derivadas del Fondo Chino es el BANDES, aun cuando PDVSA asumió obligaciones de pago. *Vid.: 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

Título	Monto
Bonos	32
Otra deuda financiera	6.5
China	13
Rusia	3.8
Deuda comercial	17
Total	72.3

Cuadro N° 2

Aproximación a la deuda externa financiera de PDVSA,
miles de millones de dólares

Fuente: Hernández (2022)

Esta deuda, en general, puede diferenciarse entre la deuda financiera y la no-financiera. La deuda financiera es aquella orientada a procurar ingresos para cubrir los gastos de PDVSA, y se refleja comúnmente en títulos valores públicos. La deuda no-financiera es aquella que deriva del incumplimiento de obligaciones contractuales y extra-contractuales, incluyendo en especial la deuda entre PDVSA y sus contratistas, llamada también deuda comercial.

Tal y como la Asamblea Nacional observó en Acuerdo de 4 de agosto de 2016:

“el Estado ha usado a PDVSA como una fuente de financiamiento para fines político-partidistas, obstaculizando así que la empresa invirtiera en aspectos esenciales dentro de la industria como son la exploración, extracción y distribución”, con lo cual se exhortó

“al Ejecutivo Nacional y a la directiva de la Estatal PDVSA a mantener una sana política de endeudamiento, tanto financiera como comercial que no afecte a largo plazo los intereses del país y de la propia industria petrolera”.

Esta advertencia fue reiterada en Acuerdo de 21 de noviembre de 2017, observándose que la deuda externa de PDVSA:

“era para 1998 de 4 mil Millones de dólares y que para el día de hoy es de 45 mil millones de dólares (28,941 mil millones de dólares en principal y 26,330 mil millones de dólares en intereses), sin contar deuda a proveedores, notas promisorias y dividendos a sus socios; y que los pagos de servicio de deuda sólo profundizan la crisis de la empresa, por cuanto la estrategia seguida por el gobierno para pagar sus acreencias está basada en la liquidación de activos y patrimonios de la empresa: refinerías, reservas petroleras y gasíferas, en condiciones desconocidas por la población”.

Todas estas advertencias fueron ignoradas, pues el Gobierno optó por desconocer los controles parlamentarios de la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional. Por ello, no solo no se renegoció la deuda pública externa, sino que, en realidad, ese endeudamiento se incrementó, de manera irracional, y al margen de los controles constitucionales.

A. *La deuda financiera. Algunas operaciones fraudulentas: la deuda bolívar-dólar y los colaterales sobre Citgo. El Fondo Chino*

La deuda financiera de PDVSA solo puede emplearse para procurar mecanismos de financiamiento de gastos

de capital. Esta limitación deriva de la Constitución y la LOAFSP, que condicionan las operaciones de endeudamiento de PDVSA a su capacidad de pago. Así, PDVSA se rige por la LOAFSP, aun cuando sus operaciones de crédito público -como dispone el artículo 101 de esa Ley- no están sujetas a las restricciones cuantitativas de la Ley de endeudamiento. Pero ese mismo artículo condiciona el endeudamiento de PDVSA a controles llamados a acreditar su capacidad de pago, lo que deriva del artículo 312 constitucional, que alude a *“la capacidad de generar ingresos para cubrir el servicio de la deuda pública”*, en consonancia con el principio de equilibrio fiscal previsto en el artículo 2 de la LOAFSP. Estos principios exigen que el endeudamiento PDVSA tome en cuenta su capacidad de pago y sea, por ello, resultado de un análisis económico racional que salvaguarde el prudente manejo del patrimonio público, como entre otras normas reitera el artículo 7 de la Ley contra la Corrupción. El artículo 81 de la LOAFSP resume estos principios al señalar que:

“las operaciones de crédito público tendrán por objeto arbitrar recursos para realizar inversiones reproductivas, atender casos de evidente necesidad o de conveniencia nacional y cubrir necesidades transitorias de tesorería”.

La capacidad de pago de PDVSA está condicionada, entre otras variables económicas, a su capacidad de comercializar hidrocarburos y productos derivados, de lo cual puede deducirse que las operaciones de crédito público deben orientarse a procurar inversiones en capital para incrementar su capacidad productiva. Pero lo cierto es que el endeudamiento de PDVSA fue empleado para financiar el modelo socialista. Esto incluso quedó

reflejado en algunos de los prospectos de los títulos valores emitidos por PDVSA, en los cuales se indica, como uso del financiamiento, cubrir costos de “*desarrollo social*”¹⁶¹.

Otra muestra del uso político del endeudamiento de PDVSA, fueron las operaciones de crédito público emitidas en bolívares y pagaderas en dólares, o la deuda bolívares-dólares. Tal fue el caso de los tres títulos valores emitidos por PDVSA en 2017, por un monto total de 7.500 millones de dólares (conocidos como los Bonos 2017). De acuerdo con el prospecto, los inversionistas podían comprar inicialmente los Bonos 2017 en bolívares, a la tasa oficial.

Desde el punto de vista económico, es irracional que PDVSA se endeude en bolívares, pues los costos de capital y operativos domésticos pueden cubrirse con los bolívares que PDVSA obtiene de la venta de los petro-dólares al BCV. Pero como sea que el gasto social del modelo socialista era en moneda local, el Gobierno optó por endeudar a PDVSA para recibir bolívares que eran desviados para financiar al modelo socialista.

Este endeudamiento, además, creó incentivos para la captura de rentas que derivaban del control de cambio inconstitucionalmente impuesto en 2003. Como explicamos en la sección quinta, el Gobierno Nacional centralizó el comercio de divisas en el BCV, y con ello, asumió el monopolio de vender divisas, previa autorización. Pero la tasa de cambio de esta venta -o tasa de cambio oficial- estaba subsidiada, o sea, era inferior a la tasa de mercado, medida en la tasa paralela. La diferencia entre la tasa oficial y la tasa paralela creó incentivos para lo que en economía se llama arbitraje: adquirir divisas oficiales a precio

¹⁶¹ Véase, por ejemplo, el prospecto de los 9% *Senior Notes due 2021*.

preferencial y venderlas luego a la tasa paralela. El endeudamiento en bolívares de PDVSA estimuló esta práctica: los acreedores adquirirían títulos valores pagando bolívares, y recibían dólares a la tasa oficial.

Conviene también detenernos, siquiera sumariamente, en las operaciones endeudamiento articuladas a través de PDVSA entre 2015 y 2016, algunas de las cuales hemos analizado con detenimiento en otro lugar¹⁶². Para ese momento, el endeudamiento irresponsable promovido por el Gobierno de Chávez había cerrado las puertas al financiamiento internacional. El Gobierno de Maduro decidió no renegociar la deuda, y, por el contrario, recortar las importaciones para mantener el servicio de la deuda, todo lo cual -como ya explicamos- contribuyó a la emergencia humanitaria compleja¹⁶³.

Sin acceso a los mercados financieros, y con problemas para mantener el servicio de la deuda y el gasto público ante el colapso del ingreso petrolero, el Gobierno optó por adoptar políticas predatorias, como el financiamiento monetario del gasto público a través de inconstitucionales operaciones de endeudamiento entre PDVSA y el BCV. Es

¹⁶² En concreto, nos referimos al canje de los Bonos PDVSA 2017 por los Bonos 2020, emitidos -inconstitucionalmente- con el colateral del 50,1% de Citgo Holding, Inc. *Vid.*: Hernández G., José Ignacio, "A propósito del caso de los bonos PDVSA 2020 y la interaplicación del Derecho Mercantil y Constitucional" en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 6, 2021, pp. 105 y ss.

¹⁶³ Véase el artículo de Ricardo Hausmann y Miguel Ángel Santos, *¿Hará default Venezuela?*, publicado en *Project Syndicate*, 5 de septiembre de 2014: <https://www.project-syndicate.org/commentary/ricardo-hausmann-and-miguel-angel-santos-pillory-the-maduro-government-for-defaulting-on-30-million-citizens--but-not-on-wall-street/spanish?barrier=accesspaylog>

importante recordar que, en 2005, la autonomía del BCV fue violada con una reforma legislativa que, además, permitió a PDVSA desviar los ingresos petroleros al FONDEN, todo lo cual llevó a vaciar el saldo del Fondo de Estabilización Macroeconómica. Como parte de estos arreglos inconstitucionales, PDVSA se endeudó en bolívares con el BCV, lo que se tradujo en una creciente inflación que a partir de 2017 mutó en hiperinflación¹⁶⁴.

Además, el Gobierno Nacional obligó a PDVSA a refianciar los Bonos 2017, emitiendo nuevos bonos con vencimiento en 2020. El canje no solo se ofreció inicialmente a la par - o sea, no hubo reducción del capital - sino que, además, PDVSA se comprometió a ceder en colateral el 50,1% de las acciones de PDV Holding, Inc., matriz de Citgo. Ante el poco interés de la operación -debido al riesgo de incumplimiento de PDVSA- se ofreció una prima. La operación, al final, solo atrajo al 39% de los tenedores de los Bonos 2017, pero se tradujo en el incremento de la deuda financiera de PDVSA, debido a la prima pagada al canjear y emitir los Bonos 2020, por un total de 3.300 millones de dólares. Además, como vimos, se cedió en garantía, a empresas extranjeras, la mayoría de las acciones de la sociedad accionista de Citgo, el activo externo más importante de PDVSA.

El 27 de septiembre de 2016 -antes de que culminara la oferta de canje- la Asamblea Nacional negó la autorización de PDVSA para ceder en garantía las acciones de Citgo Holding, Inc., al tenor del artículo 187.9 de la Constitución, esto es, la norma que regula el control autoritario sobre los contratos de interés público nacional.

¹⁶⁴ Hernández G., José Ignacio, *Control de cambio y de precio. Auge y colapso institucional*, cit.

PDVSA optó por ignorar este Acuerdo, y de esa manera, el contrato de préstamo y de colateral fue suscrito el 28 de octubre de 2016 sin control previo de la Asamblea, a pesar de tratarse de uno de los contratos de interés público nacional suscritos con empresas extranjeras que debe ser sometido al control previo de la Asamblea.

Ciertamente, la operación de canje y emisión de los Bonos PDVSA 2020 no se sometía al control previo de la Asamblea derivada de la Ley de endeudamiento. Pero ello no implicaba que PDVSA podía contratar ese endeudamiento sin control. En realidad, PDVSA solo podía actuar en el marco de los controles derivados de la Constitución, incluyendo el control de la Asamblea Nacional, en especial, en cuanto al control previo sobre contratos de interés nacional, según el numeral 9 de ese artículo y el artículo 150 de la Constitución¹⁶⁵. Así lo ratificó la Asamblea Nacional en el Acuerdo de 15 de octubre de 2019. Jurídicamente, en todo caso, el cuestionamiento solo operó en cuanto al colateral, pues lo cierto es que la operación de canje no estaba, en sí misma, sujeta a la autorización del Poder Legislativo.

Como sea que la operación de los bonos 2020 no fue exitosa, el 30 de noviembre de 2016 PDVSA cedió a favor de Rosneft el 49,9% de las acciones de Citgo Holding, Inc., en garantía al contrato de suministro con cláusula de prepago que las partes habían firmado, por 1.500 millones de dólares. Esto es, que PDVSA -para cumplir directrices políticas del Gobierno- cedió de manera inconstitucional

¹⁶⁵ Badell Madrid, Rafael, "Contratos de interés público", en *Revista de Derecho Público* número 159-160, Caracas, 2020, p. 18, y Duque Corredor, Román, "Nulidad de los Bonos PDVSA 2020", *Revista de Derecho Público* número 160-161, Caracas, 2020, p. 350.

todas las acciones de la filial de Citgo a acreedores extranjeros. Esto, como veremos más adelante, fue parte del proceso de privatización *de facto* de PDVSA¹⁶⁶. Esta operación fue igualmente cuestionada por la Asamblea Nacional, al desconocer el control previo sobre los contratos de interés público nacional¹⁶⁷.

Las necesidades financieras del Gobierno llevaron, además, a emplear a Citgo para desviar recursos. Citgo es una empresa constituida en Estados Unidos, filial de PDVSA (a través de PDV Holding, Inc.), dedicada al negocio de refinación. La adquisición de Citgo fue parte de la política de internacionalización de PDVSA, orientada a maximizar el negocio petrolero, en este caso, asegurando la refinación de petróleo venezolano en Estados Unidos, uno de los principales mercados de las exportaciones petroleras¹⁶⁸.

De acuerdo con las instituciones informales de gobierno corporativo, se había preservado la debida separación entre Citgo y su accionista (PDVSA), y, por ende, entre Citgo y el Gobierno Nacional. Pero al violarse la autonomía de PDVSA, inevitablemente, se violó la autonomía de Citgo y sus reglas de gobierno corporativo, con lo cual,

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ “Asamblea Nacional anuló contratos entre Pdvsa y Rosneft que afectan a Citgo”, *Efecto Cocuyo*, 4 de marzo de 2020, en: <https://efectococuyo.com/politica/asamblea-nacional-anulo-contratos-entre-pdvsa-y-rosneft-que-afectan-a-citgo/>

¹⁶⁸ Hernández G., José Ignacio, “Las filiales extranjeras de empresas del Estado en el Derecho Administrativo venezolano. El caso de Citgo”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 16, Caracas, 2020, pp. 733 y ss.

Citgo fue empleada, también, como instrumento político del Gobierno Nacional. Esto llevó a Citgo, en 2015, a endeudarse por medio de la emisión de títulos valores, para luego decretar y pagar dividendos a favor de PDVSA. Es decir, que Citgo fue empleada para desviar recursos que fueron destinados por PDVSA para financiar el modelo socialista¹⁶⁹. Estas operaciones de endeudamiento de Citgo, no asociadas a su giro o tráfico comercial, elevaron el riesgo de la empresa, e incluso, dieron lugar a demandas de acreedores de la República y de PDVSA por fraude¹⁷⁰.

Un caso especial es la deuda derivada de los acuerdos conocidos como el Fondo Chino¹⁷¹. El monto total desembolsado en el marco de estos acuerdos es de aproxi-

¹⁶⁹ Santos y Muci calcularon que Citgo emitió 2.800 millones de dólares en deuda, para el pago de dividendos a PDVSA. Véase de los autores: “Se vende país con vista al mar”, *Prodavinci*, 5 de octubre de 2016, tomado de: <https://historico.prodavinci.com/blogs/se-vende-pais-con-vista-al-mar-por-miguel-angel-santos-y-frank-muci/>

¹⁷⁰ En concreto, de acuerdo con demandas presentadas ante la Corte de Distrito de Delaware por Conoco y Crystallex International Corporation. Estos acreedores consideraron que el endeudamiento y posterior dividendo procuró desviar recursos que PDVSA ha debido emplear para pagar sus obligaciones.

¹⁷¹ Se trata de acuerdos binacionales China-Venezuela. El primer acuerdo se suscribió en 2008 para crear el Fondo Conjunto Chino-Venezolano con un préstamo inicial de 4.000 millones (o Tramo A). Posteriormente se extendieron dos tramos más (B y C), mientras que los tramos A y B fueron renovados. Asimismo, en 2010 se firmó el Acuerdo de Cooperación para Financiamiento a Largo Plazo en dólares y yuanes. *Cfr.*: Transparencia Venezuela, *Negocios Chinos*, Caracas, 2020, p. 20

madamente 50.000 millones de dólares¹⁷². Como explicamos, aun cuando el deudor es BANDES, en la práctica, PDVSA asumió la obligación de suministrar crudo como forma de pago, razón por la cual, desde una perspectiva económica, el saldo de esa deuda suele computarse dentro de la deuda de PDVSA¹⁷³. Este es un aspecto importante pues las exportaciones de petróleo a China, al menos en parte, se destinan al pago de esa deuda, lo que implica que no todo el ingreso de esas exportaciones genera flujo de caja.

Precisamente, el colapso de la producción petrolera afectó el pago de esta deuda. Por ello, para el 2018 -cuando el saldo remanente se estimaba en 19.000 millones¹⁷⁴- China concedió períodos de gracia, permitiendo así canalizar inversiones destinadas a recuperar, al menos en parte, la capacidad de producción de petróleo¹⁷⁵. Este dato es importante pues como resultado de las sanciones, China se ha convertido en uno de los principales destinos

¹⁷² Además de los recursos desembolsados en el marco del llamado Fondo Chino, también se erogaron otros recursos asociados a proyectos más específicos, incluyendo proyectos de la empresa mixta Sinovensa. En total, se estima que el financiamiento de China fue de 62.500 millones. Véase: IAD China-Latin America Finance Database. Tomado de: https://www.thedialogue.org/map_list/

¹⁷³ La fórmula legal empleada en estos casos es considerar que el suministro de petróleo a China forma parte de la regalía que PDVSA debe pagar, y que sería así pagada en especie.

¹⁷⁴ Monaldi, Francisco, "China Can Help Save Venezuela. Here's How", *Americas Quarterly*, 15 de abril de 2019.

¹⁷⁵ De Mayela Armas y Corina Pons, véase "Venezuela recibe otro período de gracia de China para postergar pagos con petróleo: fuentes", *Reuters*, 12 de agosto de 2020, tomado de: <https://www.reuters.com/article/venezuela-china-idLTAKCN2581W7>

del petróleo venezolano. Hacia 2019, China National Petroleum Corporation (CNPC), empresa petrolera estatal del Gobierno de China, habría suspendido las exportaciones como resultado de las sanciones. Pero éstas fueron finalmente retomadas, mediante exportaciones a Malasia, donde el crudo es refinado y eventualmente, renombrado para su exportación a China¹⁷⁶.

Esto dificulta estimar cuál es el saldo remanente de la deuda -que ilustrativamente estimamos, hacia 2019, en 13.000 millones- y, en especial, impide considerar en qué medida las exportaciones a China inciden en el flujo de caja de PDVSA. En todo caso, lo cierto es que como el pago de la deuda depende de la capacidad de producción, China -como explicamos en este libro- ha venido ampliando sus operaciones en el sector petrolero, lo que podría haberse traducido en acuerdos realizados al margen de lo dispuesto en la Constitución y la Ley.

B. Los contratos de financiamiento con socios minoritarios. Las facilidades de pago y el caso del Banco San Juan Internacional

Dentro del endeudamiento de PDVSA promovido con ocasión al modelo socialista, debemos prestar atención al endeudamiento contratado con socios minoritarios de las empresas mixtas. Así, el colapso de PDVSA generó severos problemas para asumir los costos de la operación y aportar inversiones en capital. Como su sobreendeu-

¹⁷⁶ De Chen Aizhu y Marianna Párraga, véase: “Chinese defence firm has taken over lifting Venezuelan oil for debt offset -sources”, Reuters, 26 de Agosto de 2022, tomado de: <https://www.reuters.com/business/energy/chinese-defense-firm-has-taken-over-lifting-venezuelan-oil-debt-offset-sources-2022-08-26/>

damiento había cerrado las puertas a los mercados financieros, PDVSA optó por celebrar contratos de financiamiento con socios minoritarios, quienes financiaron la operación de las empresas mixtas. Para el pago de esa deuda comercial se crearon mecanismos financieros que permitían al socio minoritario cobrarse con los ingresos de las exportaciones petroleras. Siguiendo a Monaldi y Hernández, el esquema de este arreglo puede resumirse de la siguiente manera¹⁷⁷.

Como se explicó en el primer capítulo, bajo la Ley Orgánica de Hidrocarburos, PDVSA debe ser el accionista mayoritario de las empresas mixtas y, además, debe asumir el control sobre su operación: las actividades de exploración y producción solo pueden ser realizadas por el Estado, en especial, a través de PDVSA. Por lo tanto, el financiamiento -incluyendo gastos de capital- debe ser aportado por PDVSA en función a su participación accionarial. Esto reduce, significativamente, el rol de la inversión privada al rol de accionista minoritario -con la correspondiente obligación de realizar aportes de capital de acuerdo con su participación-.

Hacia 2010 la violación de la autonomía de PDVSA ya se estaba reflejando en su decadente capacidad productiva. Esto llevó al Gobierno a negociar con los socios minoritarios acuerdos de financiamiento para expandir la producción, especialmente, en campos maduros. Uno de los primeros contratos de financiamiento se firmó en 2013 con Petroboscan, una empresa mixta en la cual el socio minoritario es Chevron.

¹⁷⁷ Monaldi, Francisco y Hernández, Igor, *Weathering Collapse: An Assessment of the Financial and Operational Situation of the Venezuelan Oil Industry*, cit., pp. 29 y ss.

En concreto, a través de Chevron Boscan Finance B.V., en mayo de 2013, Petroboscan celebró un contrato de préstamo por un monto total de capital USD 2.000 millones, “para financiar proyectos con el fin de aumentar la producción de hidrocarburos de Petroboscan”. De conformidad “con un contrato de garantía asociado, PDVSA tiene una garantía de pago del 60% de las obligaciones de pago de Petroboscan, S.A. bajo el contrato de financiación. Dicha garantía puede aumentar hasta el 100% de las obligaciones de pago del prestatario en determinadas circunstancias”¹⁷⁸.

De conformidad con estos contratos de financiamiento, el socio minoritario cubre los costos de capital y operativos de toda la empresa mixta, incluyendo por ello los aportes que PDVSA -por medio de la CVP- debe realizar. A su vez, el petróleo producido se exporta a compradores previamente designados, quienes depositan el pago en una cuenta de garantía en el extranjero. De esa cuenta se distribuyen los ingresos petroleros de la siguiente manera: (i) el monto equivalente a la regalía se transfiere a la República; (ii) la amortización del capital e intereses del préstamo. En principio, la comercialización del petróleo queda a cargo de PDVSA.

La creación de esta cuenta de garantía reduce el riesgo de incumplimiento. Pero en todo caso, la producción de petróleo debe cumplir las metas estipuladas, para asegurar el pago de la deuda. Por ello, bajo estos contratos de

¹⁷⁸ La información se toma de la oferta de canje de los Bonos 2020, de 2016, que es la última operación de crédito público realizada por PDVSA a partir de información pública. Según esa oferta, al 31 de diciembre de 2015, el monto pendiente de pago de esta línea de crédito era de USD 461 millones.

financiamiento, el socio minoritario asumió mayor control sobre la operación de la empresa mixta, incluyendo procedimientos de selección de contratistas. Eventualmente, también tomaron control de las exportaciones. En Acuerdo de 18 de abril de 2017 la Asamblea Nacional cuestionó las operaciones de endeudamiento de las empresas mixtas conducidas al margen del control parlamentario.

Así, según el balance de deuda financiera consolidada de PDVSA de 2016 -el último en hacerse público- la deuda con los socios minoritarios, por medio de las así llamadas facilidades de crédito, se registró en relación con Repsol (Petroquiriquire), Eni (Petrojunín y Petrobicentenario); CNPC (Petrolera Sinovensa); Chevron (Petropiar y Petroboscan); Perenco Holdings (Petrowarao); GPB Energy Services (Petrozamora, inicialmente constituida con Gazprombank), y ONGC Nile Ganga (Petrolera Indovenezolana)¹⁷⁹.

Este endeudamiento es especialmente relevante pues, como se explica en el capítulo cuarto, fue una de las causas que impulsaron a revisar la política de sanciones del Gobierno de Estados Unidos sobre PDVSA, en especial, respecto de Repsol, Eni y Chevron. Asimismo, este financiamiento ilustra mucho mejor el apoyo dado por China, que, en buena medida, se justificó para procurar preservar la capacidad de exportación de petróleo como pago de la deuda.

¹⁷⁹ Véase, de *PetroGuía*, “94% de la deuda de PDVSA en empresas mixtas es con CNPC de China, Chevron y Repsol”, 8 de febrero de 2018, tomado de: <http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/94-de-la-deuda-de-pdvsa-en-empresas-mixtas-es-con-cnpc-de-china-chevron-y-repsol>

Es importante aclarar que estas facilidades de pago no solo fueron contratadas con socios minoritarios sino incluso con bancos, como es el caso de la institución financiera San Juan Internacional, todo lo cual ha dado lugar a uno de los varios litigios en contra de PDVSA¹⁸⁰.

C. *La deuda comercial de PDVSA y los pagarés*

El colapso de PDVSA generó problemas de flujo de caja que llevaron a incumplir el pago de los contratos asociados a la producción petrolera, todo lo cual dio origen a una deuda no-financiera, o comercial. En algunos casos, PDVSA optó por refinanciar esta deuda con la emisión de pagarés¹⁸¹.

El esquema empleado, en sus trazos generales, fue el siguiente. Ante la imposibilidad de cumplir con las obligaciones financieras de sus contratos, y debido a la decisión política de no renegociar su deuda, PDVSA optó por refinanciar ciertas obligaciones comerciales, emitiendo pagarés como pago de la deuda. Para el acreedor, esta era una opción poco eficiente, pero ante la crisis financiera, no había más alternativas disponibles. Las condiciones de

¹⁸⁰ El litigio se inició en la Corte Comercial de Londres, la cual estimó la demanda por incumplimiento del contrato de crédito, a pesar de que PDVSA había alegado la imposibilidad de pagar el crédito debido a las sanciones. Posteriormente, el acreedor intentó ejecutar la sentencia a su favor en contra de cuentas de PDVSA en el banco de Portugal Novo Banco. *Vid.*: “PDVSA creditors target \$600 mln in Portugal bank account -documents, source”, *Reuters*, 23 de julio de 2021: <https://www.reuters.com/article/venezuela-pdvsa-debt-portugal-idAFL1N2OZ1E1>

¹⁸¹ 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.

emisión de estos pagarés son pocas claras. Pero, en todo caso, al menos en algunos casos, el valor facial de los pagarés se emitió por un monto superior al monto adeudado, a los fines de permitir que el acreedor, al ceder a descuento el pagaré en el mercado secundario, obtuviese un monto cercano al originalmente adeudado. La diferencia entre el monto adeudado y el valor facial del pagaré era una suerte de prima, que compensaba el riesgo de incumplimiento de PDVSA.

Desde el punto de vista financiero, por ello, la emisión de estos pagarés podía aumentar neto el monto de la deuda, pues el pago de la deuda comercial daba lugar a una obligación por un monto mayor.

D. *La tesis del alter ego*

El endeudamiento de PDVSA es más complejo del ya analizado, pues además de las obligaciones (contractuales y extra-contractuales) de esa empresa, ésta puede ser responsable patrimonial por las obligaciones de la República debido a la tesis del *alter ego*, aplicada en Estados Unidos¹⁸².

Los acreedores de la República han alegado que debido al control político que el Gobierno Nacional ha ejercido sobre operaciones del día a día de PDVSA, ésta debe ser considerada una mera instrumentalidad del Gobierno, sin ningún tipo de autonomía. Estos argumentos se basaron en los hechos -resumidos antes- que comprueban

¹⁸² Seguimos lo que explicamos, con mayor detenimiento, en 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.

cómo de manera gradual la autonomía de PDVSA fue violada por el Gobierno Nacional, al punto que ésta fue convertida en instrumento político.

En Estados Unidos, las empresas públicas pueden responder por obligaciones del Estado, cuando éste ha sometido a aquéllas a un control político intenso en actividades del día a día, siempre y cuando ese control haya sido empleado para defraudar a los acreedores. En tales casos, el juez puede obviar la separación jurídica entre la empresa del Estado (PDVSA y sus filiales) y el Estado (la República), a los fines de hacer responsables a las primeras por obligaciones del segundo¹⁸³.

Esta tesis fue aplicada por la Corte de Distrito de Delaware en 2018 para una empresa que era acreedor de la República por un laudo arbitral cercano a los 1.200 millones de dólares, y que el Gobierno de Maduro había aceptado, incluso, mediante una transacción¹⁸⁴. En virtud de este criterio, la Corte de Distrito de Delaware emitió una medida de embargo en contra de activos propiedad de PDVSA (las acciones de PDV Holding, Inc.), para el pago

¹⁸³ El caso líder en Estados Unidos es *Banco Nacional de Cuba vs. Sabatino*, 376 U.S. 398 (1964), 428.

¹⁸⁴ En junio de 2017 la empresa presentó una demanda ante la Corte de Distrito de Delaware, orientada a declarar que PDVSA era el alter-ego de la República (*Crystallex International Corporation vs. Bolivarian Republic of Venezuela*, expediente N° 1:17-mc-00151). El 8 de agosto de 2018 la Corte dictó sentencia declarando que PDVSA es el alter-ego de la República. Mediante reportes de 14 de agosto y 22 de noviembre de 2017, expusimos en ese juicio nuestra opinión independiente sobre cómo la autonomía de PDVSA había sido desmantelada. Es importante aclarar que nuestra opinión no versó sobre la tesis del alter ego, pues éste es un tema de Derecho de Estados Unidos.

de la obligación de la República. Aun cuando otros acreedores han intentado aplicar esta sentencia a otras acreencias, la Corte concluyó que cada acreedor debe alegar y probar, al momento de la demanda, que PDVSA y sus filiales (incluyendo Citgo), son el alter-ego de la República¹⁸⁵.

En Estados Unidos, por ello, la única estrategia que permite aislar a PDVSA de la República es el restablecimiento de su autonomía funcional, todo lo cual requiere restablecer la vigencia efectiva del principio de separación de poderes en Venezuela. Por ello, mientras la separación de poderes no tenga vigencia, y todo el poder del Estado esté *de facto* concentrado en la Presidencia, será muy difícil alegar y probar que la República -por medio del Gobierno, o sea, la Administración Pública Nacional- no ejerce un control sobre el día a día.

A partir de enero de 2019 la estrategia de restablecer las reglas de gobernanza fue parcialmente implementada en relación con Citgo, debido al reconocimiento del presidente de la Asamblea Nacional como presidente encargado por el Gobierno de Estados Unidos, y la designación de un órgano temporal de administración de PDVSA (la junta administradora ad-hoc) para representar a ésta en Estados Unidos, y especialmente, como accionista de PDV Holding, Inc. Este reconocimiento llevó a dictar un marco jurídico especial -sobre el cual volveremos en el capítulo cuarto- que restableció la autonomía funcional de la junta

¹⁸⁵ En sentencia de 12 de diciembre de 2019 la Corte de Distrito de Delaware negó la posibilidad de “extender” los efectos de la sentencia de 2018 a otros casos, con lo cual, los acreedores que deseen invocar la tesis del alter-ego deben plantear nuevas demandas y probar que, para el momento de la demanda, PDVSA es el alter-ego de la República.

administradora ad-hoc de PDVSA y de Citgo frente al Gobierno Nacional, por medio de adecuadas reglas de gobierno corporativo. Esta estrategia podría permitir a las cortes considerar que, a partir del 2019, cesaron los controles políticos sobre el día al día de PDVSA, al menos por lo que respecta a PDVSA en su relación con Citgo. Esto evitaría que acreencias de la República sean cobradas en contra de propiedades de PDVSA en Estados Unidos¹⁸⁶.

Debe aclararse que la tesis del alter ego no aplica a acreedores directos de PDVSA, como es el caso de Conoco, quien ha logrado medidas condicionadas de embargo sobre las acciones de PDV Holding, Inc. para la ejecución de los montos adeudados a resultas de los laudos de arbitraje contractual dictados con ocasión a la expropiación de sus derechos. Tal es, también, la situación de Red Tree, acreedor de PDVSA¹⁸⁷.

La estrategia de protección frente a la tesis del alter ego podría estar en riesgo. Por un lado, la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional amplió el control político sobre las filiales extranjeras, todo lo cual podría llevar a ejercer controles políticos sobre Citgo. De otro lado, la eliminación de la presidencia encargada a partir del 3 de enero de 2023 ha generado dudas sobre cuál será la relación entre la Asamblea, PDVSA y Citgo.

¹⁸⁶ Véase el análisis en Brewer-Carías, Allan, *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021*, cit., pp. 484 y ss.

¹⁸⁷ *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, cit. Ambos acreedores cuentan con medidas de embargo, condicionadas a la licencia.

Precisamente, en sentencia de 23 de marzo de 2023, la Corte de Distrito de Delaware concluyó que incluso con posterioridad a 2018, PDVSA se ha mantenido bajo el control político del Gobierno de Venezuela, no solo respecto del régimen de Maduro sino incluso, en relación con el Presidente Encargado. En este último sentido, la Corte valoró, entre las evidencias consideradas, el grado de control político ejercido por la Asamblea Nacional sobre las actuaciones de PDVSA¹⁸⁸ Poco después, el 30 de marzo, se emitieron dos nuevas órdenes de embargo condicionadas¹⁸⁹.

4. *La expropiación de los derechos de propiedad de la inversión privada*

Una parte importante de la deuda no-financiera de PDVSA, deriva de la política de expropiación que comenzó a implementarse en el sector, y que de manera especial afectó a los derechos de propiedad de los contratistas de PDVSA bajo los esquemas adoptados en la apertura petrolera, así como bajo los contratos de servicios.

¹⁸⁸ En las causas relacionadas con los acreedores de la República OI European Group, B.V., Northorp Grumman Ship Systems, Inc., ACLI Investments Ltd, y Rusoro. En la sentencia se consideró que, en relación con la demanda formulada por esos acreedores, PDVSA sigue siendo el *alter ego* de la República. En consecuencia, la Corte emitió medidas de embargo condicionadas, que se acumulan a las medidas ya dictadas en relación con Conoco y Red Tree. Más allá de las apelaciones que puedan presentarse, como la propia sentencia lo recuerda, la ejecución del embargo - mediante la venta de las acciones de PDV Holding, Inc.- se supedita a la licencia de la OFAC.

¹⁸⁹ *Gold Reserve vs. Venezuela*, caso N° 22-mc-00453-LPS, y *Koch Minerals SARL et al., vs. Venezuela*, caso N° 22-mc-00156-LPS, ambas de la Corte del Distrito de Delaware.

Además de derivar en obligaciones patrimoniales, esta política de expropiación afectó la capacidad de producción.¹⁹⁰

La economía política tras esa política, como explicamos, puede encontrarse en la intención de capturar las rentas derivadas del incremento del precio del petróleo. Como explican Monaldi, Hernández y Rosa, esta política inició en 2004, con el incremento de la regalía aplicable en el marco de las asociaciones estratégicas de la Faja, y avanzó con diversas medidas orientadas a aumentar el *government take*¹⁹¹. En 2006, esta política predatoria llevó a desconocer los contratos públicos suscritos en la apertura petrolera, esto es, los convenios operativos y las asociaciones estratégicas¹⁹². Así, se creó un marco jurídico coactivo para forzar a la conversión de esos contratos en contratos de sociedad para la constitución de empresas mixtas de acuerdo con la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Para ello, se estableció un procedimiento de negociación con los contratistas privados acerca de los términos y condiciones

¹⁹⁰ Para un análisis detallado de esta política, de la cual explicamos solo sus aspectos centrales, véase a, Brewer-Carías, Allan, *Crónica de una destrucción. Concesión, nacionalización, apertura, constitucionalización, desnacionalización, estatización, entrega y degradación de la industria petrolera*, cit., pp. 251 y ss.

¹⁹¹ Monaldi, Francisco *et al.*, *The collapse of the Venezuelan oil industry: The role of above-ground risks limiting foreign investment*, Center for Energy Studies-Rice University's Baker Institute for Public Policy, 2021, pp. 11 y ss.

¹⁹² De acuerdo con lo dispuesto en la *Ley de Regularización de la Participación Privada en las Actividades Primarias Previstas en el Decreto N° 1.510 con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos* (Gaceta Oficial N° 38.419 de 18 de abril 2006).

necesarios para llevar a cabo este proceso de migración de los convenios operativos y asociaciones estratégicas a las empresas mixtas¹⁹³.

Algunos de los contratistas privados lograron llegar a un acuerdo con PDVSA, como fue el caso de Chevron. Otros contratistas, sin embargo, no lograron alcanzar un acuerdo, todo lo cual llevó a la expropiación de los derechos contractuales y sus activos anejos, como sucedió con Conoco y Exxon. La expropiación de estos derechos dio lugar a reclamaciones arbitrales en contra de Venezuela¹⁹⁴. Precisamente, para la ejecución del acuerdo de transacción firmado con ocasión a laudo contractual en contra de PDVSA, Conoco solicitó y obtuvo medida de embargo en contra de acciones de PDV Holding., Inc., ante la Corte de Delaware¹⁹⁵.

¹⁹³ Según la *Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas* (Gaceta Oficial N° 38.632 de 26 de febrero de 2007) y la *Ley sobre los Efectos del Proceso de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco; así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas* (Gaceta Oficial N° 38.785 de 8 de octubre de 2007).

¹⁹⁴ Las empresas iniciaron dos tipos de arbitrajes. Por un lado, iniciaron arbitrajes contractuales, invocando el incumplimiento de los contratos suscritos. Estos arbitrajes fueron decididos a favor de las empresas contratistas, con condenas a PDVSA. Por el otro, las empresas iniciaron arbitrajes por violación de los estándares de protección de tratados de inversión, en casos que todavía están en sustanciación ante Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

¹⁹⁵ Véase la sentencia de la Corte de Distrito de Delaware de 2 de marzo de 2022. Actualmente avanza el proceso de venta forzosa (embargo) de las acciones de PDV Holding, Inc., cuyo destino

Además de la expropiación de los contratos suscritos durante la apertura petrolera, también se implementó una arbitraria política de expropiación en el sector de los servicios conexos a la industria petrolera¹⁹⁶. Esta Ley ordenó la expropiación de los contratistas de servicio, cuyo alcance fue discrecionalmente definido por el Poder Ejecutivo, y que terminó por debilitar -más todavía- el rol de la inversión privada en la industria petrolera¹⁹⁷.

Asimismo, el mercado interno fue nacionalizado con la *Ley Orgánica de Reordenamiento del Mercado Interno de los Combustibles Líquidos*¹⁹⁸. También se adoptó una política de nacionalización en la industria petroquímica¹⁹⁹.

depende, al menos en parte, de la política de sanciones, como se amplía en el capítulo cuarto.

¹⁹⁶ Véase la *Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos* (Gaceta Oficial N° 39.173 del 7 de mayo de 2009).

¹⁹⁷ Muci-Borjas, José Antonio, "La ley venezolana que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos: un ilícito de derecho internacional", en *Revista de Derecho Público* N° 118, 2009, pp. 113 y ss. Para una mejor comprensión de cómo estas expropiaciones afectaron la producción, es importante estudiar el caso de El Furrial, y la adquisición coactiva de activos de filiales de Willpro. Vid. Bellorín, Carlos, "El Furrial: el espectacular declive de un gigante petrolero", *Provinci*, 1 de agosto de 2016, tomado de: <https://historico.provinci.com/blogs/el-furrial-el-espectacular-declive-de-un-gigante-petrolero-por-carlos-bellorin/>

¹⁹⁸ Gaceta Oficial N° 39.019 del 18 de septiembre de 2008.

¹⁹⁹ El artículo 5 del Decreto N° 2.171, mediante el cual se dicta el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica para el Desarrollo de las Actividades Petroquímicas* (Gaceta Oficial N° 6.210

5. *Recapitulación: el Petro-Estado devorado por el Petro-Estado*

A partir de 1999, Venezuela atravesó una transición política marcada por la degeneración de la democracia al autoritarismo competitivo (1999-2013), y desde de la presidencia de Maduro, la transición hacia el autoritarismo pleno en el medio del colapso estatal, con frágiles instituciones cooptadas por el crimen organizado²⁰⁰. Este declive democrático no puede entenderse sin analizar la autocratización de PDVSA, que, en suma, llevó a la destrucción de la industria petrolera.

Como en el mito de Saturno -magistralmente retratado por Goya- el Petro-Estado en Venezuela devoró al Petro-Estado. Pero este acto quedó simulado tras la ilusión de bienestar que los petro-dólares y el liderazgo autoritario populista crearon.

Debe destacarse que las políticas autoritario-populistas implementadas en Venezuela a partir de 2002 fueron facilitadas por los arreglos institucionales del Petro-Estado, que promovieron el centralismo, debilitaron la separación de poderes y fortalecieron la Presidencia de la República. Los signos de estas instituciones estaban ya presentes antes de 1999, como lo demuestra el fortalecimiento del presidencialismo y el debilitamiento del rol del Poder Legislativo (en especial, a través del ejercicio de la función legislativa por la Presidencia). Pero a partir de

Extraordinario del 30 de diciembre de 2015), reservó al Estado la realización de esas actividades.

²⁰⁰ Hernández G., José Ignacio, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

2002, las instituciones del Petro-Estado fueron empleadas deliberadamente para avanzar en el desmontaje de la democracia constitucional.

Por ello Hugo Chávez asumió como cometido tomar control político de PDVSA y con ello, desmontar las barreras que, en el marco del Petro-Estado, habían logrado contener la degeneración hacia el autoritarismo. La violación de la autonomía de PDVSA, su uso instrumental en la cleptocracia trasnacional, su sobreendeudamiento, y la destrucción de la inversión privada, coadyuvaron a consolidar el poder carismático de Chávez en la Presidencia de la República.

Inevitablemente, el avance autoritario anclado en las instituciones del Petro-Estado llevó al colapso de la producción petrolera, y con ello, al vaciamiento del contenido al Petro-Estado: Venezuela fue convirtiéndose en un Petro-Estado sin petróleo. Esto generó una disrupción en las instituciones políticas, lo cual fue determinante para el giro autoritario que, a partir de 2014, llevó a amplificar la criminalidad del Estado y las sistemáticas violaciones de derechos humanos.

Así, bajo la presidencia de Hugo Chávez (1999-2012), la producción petrolera colapsó cerca del 11%. Pero el *boom* petrolero y el sobreendeudamiento impidieron que los efectos de ese colapso se sintieran. La mejor evidencia de la ilusión de bienestar generado por las políticas socialistas es el aumento del PIB, entre 1999 y 2012.

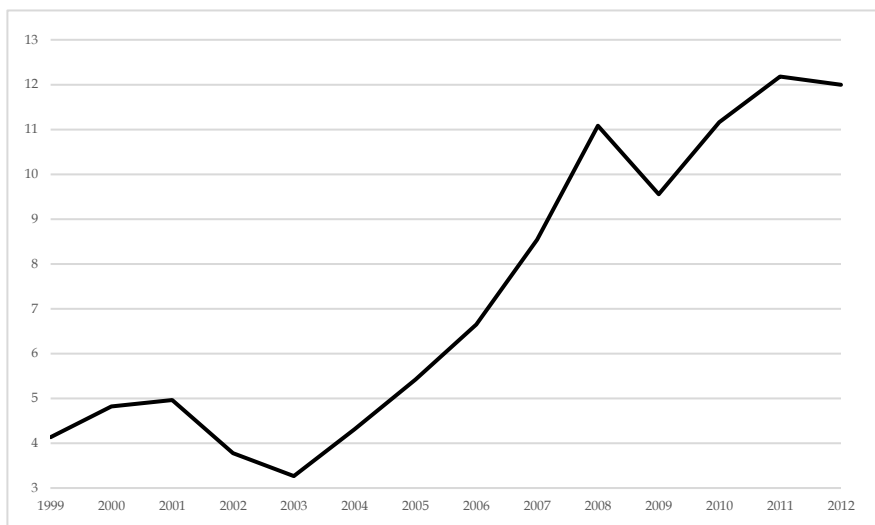


Gráfico N° 4

PIB precios corrientes, millardos de dólares

Fuente: Fondo Monetario Internacional

Este crecimiento fue artificial, en el sentido que no fue resultado del esfuerzo productivo, en especial, por la destrucción de los mecanismos de mercado. Por ello, cuando hacia el 2014 los precios del petróleo comenzaron a caer, al tiempo que la producción petrolera caía quince por ciento (15%) en comparación con los niveles de 1998, la ilusión de bienestar se acabó. Esto se tradujo no solo en la creciente emergencia humanitaria compleja y en la represión, sino, además, en el colapso de la producción

petrolera. El Gobierno de Maduro, que pudo haber evitado la catástrofe institucional, económica y social, optó más bien por acelerar la destrucción.

Así, para 2018 la caída de la producción era cercana al 53%, tomando como referencia el año 2012. Para ese momento, la caída del PIB era de cerca del setenta y tres por ciento (73%) en comparación con el PIB de 2012. Dos años después, en 2020, la producción promedio fue de apenas el 20% de lo que se producía en 2012, con un colapso económico cercano al ochenta y ocho por ciento (88%).

Este colapso se aceleró durante la presidencia de Maduro. Sin embargo, no es posible situar la responsabilidad del colapso a partir del 2012 solo en las políticas adoptadas por Maduro: en realidad, la fuente de ese colapso es el modelo del socialismo del siglo XXI, que comenzó a ejercerse en contra de PDVSA en 2002.

Otra forma de valorar este colapso es que, según estimaciones secundarias de la OPEP, la producción promedio del tercer trimestre del 2020 fue de 362 Mbd, equivalente a la producción petrolera de 1929, según estimaciones de Lieuwen²⁰¹.

Esto es, que aun cuando las instituciones del Petro-Estado no fueron desmontadas, en los hechos, Venezuela dejó de ser Petro-Estado.

La destrucción del Petro-Estado es, en realidad, consecuencia de la destrucción de Venezuela, que hoy es un Estado frágil cuyas instituciones han sido cooptadas por organizaciones criminales. Como hemos explicado, el colapso económico en Venezuela, ocasionado por la

²⁰¹ Lieuwen, Edwin, *Petroleum in Venezuela. A history*, cit.

degeneración de Venezuela en un Estado frágil, el déficit de divisas y la destrucción de los mecanismos de mercado, fue impulsado por la destrucción del Petro-Estado, destrucción que a su vez impulsó, en un círculo vicioso, el colapso económico.

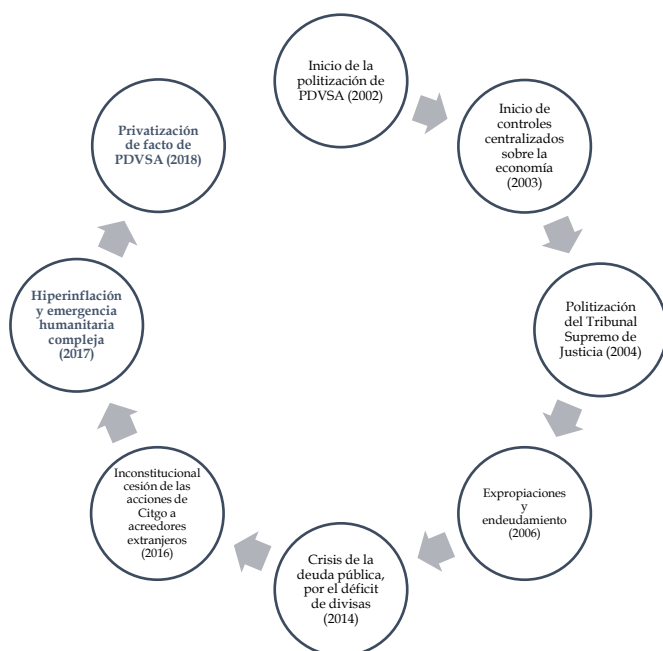


Figura N° 1

Círculo vicioso de la destrucción del Petro-Estado

Fuente: Elaboración propia

De esa manera, Venezuela ya no es independiente en términos económicos. Pero no hay ni capacidad burocracia para captar ingresos a través del poder tributario, ni capacidades productivas que generen riqueza que pueda financiar al Estado, debido a la destrucción de los mecanismos de mercado.

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

Es en este contexto que el colapso del Petro-Estado ha impulsado un proceso gradual de informalidad económica, en la cual el intercambio de bienes y servicios no se conduce por medio de las instituciones formales en vigor, sino a través de instituciones informales, en algunos casos, ilícitas. Es en este contexto en el que se ha avanzado en acuerdos institucionales que, al margen del ordenamiento jurídico, han ampliado el rol del sector privado en la industria petrolera, como explicamos en el capítulo siguiente.

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.

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

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 Petrozamorá*

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.

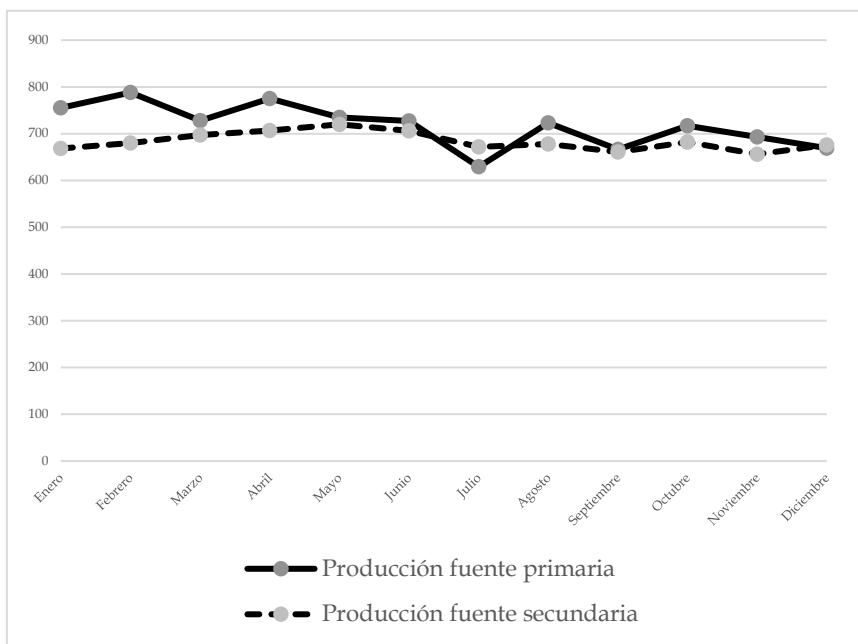


Gráfico N° 5

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.

IV

LAS POLÍTICAS DEL GOBIERNO DE ESTADOS UNIDOS HACIA PDVSA Y LA LICENCIA A CHEVRON

La producción petrolera había colapsado cerca de 24% en comparación con sus niveles de 1998, cuando, en 2017 el Gobierno de Estados Unidos decidió dirigir su política de sanciones en contra del Gobierno de Venezuela, y más en concreto, en contra de PDVSA, limitando operaciones con títulos de deuda de la estatal petrolera. El impacto de esta medida fue amortiguado por la crisis de la deuda pública externa, pues lo cierto es que esa crisis ya había cerrado las puertas al endeudamiento.

Pero en 2019, la política de Estados Unidos hacia Venezuela afectó sensiblemente a las operaciones de PDVSA, por dos razones: (i) el régimen de Maduro fue privado de la representación legal de PDVSA en Estados Unidos a resultas del reconocimiento del presidente de la Asamblea Nacional como presidente encargado, y, además, (ii) PDVSA fue determinada como sujeto sancionado, prohibiéndose -salvo excepciones establecidas vía licencia- operaciones en Estados Unidos o con sujetos de ese país.

Desde entonces, el colapso de la producción se aceleró. Así, en 2019 la caída de la producción fue aproximadamente del 33% en comparación con el año anterior, y de

44% para el 2020. La producción de ese año (570 Mbd) implicó una caída cercana al 82%, en comparación con la producción para cuando Chávez fue electo en 1998.

La aceleración del colapso de la producción, junto a la permanencia de Maduro en el poder a pesar del reconocimiento internacional del presidente encargado, llevaron a elevar las voces críticas en contra de las sanciones, consideradas como la causa inmediata del colapso. Bajo este razonamiento, levantar las sanciones se consideró una condición necesaria para promover la recuperación.

Desde el punto de vista jurídico, el argumento presenta varias fallas. Por un lado, lo importante no es determinar si las sanciones restringen la producción -pues en efecto lo hacen- sino precisar si las sanciones son la restricción más vinculante. Y la respuesta es negativa: la restricción más vinculante deriva del colapso de la capacidad de PDVSA y de la destrucción de los mecanismos de mercado. Por el otro lado, el argumento a favor de levantar las sanciones no considera -como explicamos en el capítulo anterior- que entre 2020 y 2022 la producción petrolera logró recuperarse *a pesar* de las sanciones.

Esta recuperación puede explicarse, en parte, por la ampliación del rol de la inversión privada y de los Gobiernos de Rusia e Irán en operaciones de PDVSA, a través de una privatización *de facto*, adicionalmente, en un contexto de precios altos. Lo que en todo caso interesa destacar es que el levantamiento de las sanciones, sin atender la causa raíz del colapso de la industria, es una medida claramente insuficiente, más allá de la posible recuperación, precaria e inestable, de la producción.

Asimismo, como la atención se centró en las restricciones de las sanciones sobre la producción, se perdió el foco sobre las razones que llevaron a imponer esas sanciones,

y que van más allá de la transición política en Venezuela. En realidad, la política de sanciones hacia Venezuela inició en 2014, no con el objetivo de promover un cambio político, sino con el propósito de responder a las sistemáticas violaciones de derechos humanos y la corrupción trasnacional. Estas causas se han mantenido, en especial, en relación con PDVSA y sus filiales extranjeras, empleadas como herramientas de una política de cleptocracia trasnacional. La gradual criminalización de PDVSA ha elevado los riesgos de hacer operaciones con esa empresa, más allá de lo dispuesto en las sanciones. Estos riesgos son especialmente relevantes si consideramos las malas prácticas de la estatal petrolera en relación con los estándares de gobernanza, sociales y ambientales (ESG, por sus siglas en inglés).

Lo cierto es que la narrativa a favor del levantamiento de sanciones cobró fuerza, y llevó a un cambio gradual de la política de Estados Unidos hacia Venezuela, plasmado en diciembre de 2022 con la licencia general n° 41, que permite a Chevron ampliar sus operaciones en Venezuela, incluso, tomando control de las actividades de producción, mejoramiento y comercialización. Esta ampliación, en todo caso, no es resultado de un nuevo marco jurídico ni de la modificación de las condiciones de las empresas mixtas en las cuales Chevron es socio minoritario, de lo cual se desprende la precariedad del marco institucional implementado.

Una vez más, este hecho ha vuelto a despertar a ilusión de la recuperación de la industria petrolera, como

parte de la recuperación económica venezolana³⁰⁶. Pero desde el punto de vista jurídico, lo cierto es que el levantamiento de las sanciones, o para ser más preciso, la autorización de operaciones prohibidas por medio de licencias no atiende a la causa raíz del colapso, de lo cual resulta que cualquier recuperación -como ya pasó entre 2020 y 2022- será limitada.

Más allá del espejismo de bienestar, las políticas predatorias que llevaron al colapso económico se mantienen. Así, hacia fines de 2022 la limitación del crecimiento económico sin mecanismos de mercado comenzó a ser evidente, en términos de aumento de precios, inflación, y, sobre todo, la agravada desigualdad³⁰⁷. Esto demuestra que la recuperación económica de Venezuela en general, y de la producción petrolera en particular, es bastante limitada, en tanto no se atiendan las restricciones más vinculantes al crecimiento, derivadas de la destrucción de los mecanismos de mercado, el déficit de divisas y el colapso de la capacidad estatal.

³⁰⁶ Véase, de Elías Ferrer, “Is Venezuela back on its feet?”, *Le Monde diplomatique*, 20 de enero de 2023, tomado de: <https://mondediplo.com/outsidein/venezuela-changing>

³⁰⁷ Véanse los datos de la Encuesta Nacional de Condiciones de Vida de 2022, en la cual se aprecia que más allá de la reducción de la pobreza-con algunos bemoles- la desigualdad ha aumentado. *Vid.*: <https://www.proyectoencovi.com/encovi-2022>

1. *Las dos políticas adoptadas en 2019 por el Gobierno de Estados Unidos: la sanción en contra de PDVSA y sus empresas filiales y el reconocimiento del presidente encargado*

En enero de 2019 la política de Estados Unidos hacia Venezuela derivó en dos decisiones, que, con el tiempo, se solaparon. La primera decisión fue el reconocimiento del presidente de la Asamblea Nacional como presidente encargado, incluso, con efectos jurídicos de cara a la representación de PDVSA y sus empresas filiales en Estados Unidos. La segunda decisión fue escalar la política de sanciones, al incluirse a PDVSA y sus empresas como un sujeto sancionado y, por ende, prohibirse operaciones de esas empresas en Estados Unidos o con sujetos de Estados Unidos. Esta política fue luego revisada en agosto de 2019, para incluir también prohibiciones de operaciones con terceros sujetos, en lo que se conoce como “sanciones secundarias”.

Por un lado, estas políticas privaron al Gobierno de Nicolás Maduro de la capacidad legal de representar a PDVSA en los Estados Unidos. Primero, pues esa representación paso al presidente encargado; además, pues las sanciones impidieron ejercer esa representación. Pero por el otro lado, las sanciones también impidieron al presidente encargado representar a PDVSA. Así, la sanción en contra de PDVSA operó más allá de la organización política que la representaba, con lo cual, una política orientada a restringir la capacidad de Nicolás Maduro derivó en restricciones al presidente encargado, lo que en cierto modo contradijo la política de reconocimiento. Pero esa contradicción derivó en un efecto, quizás, no deseado: la protección suplementaria de ciertos activos de PDVSA en Estados Unidos.

A. *Origen y evolución de la política de sanciones a PDVSA por el Gobierno de Estados Unidos. Análisis de las críticas a esa política en relación con su impacto sobre la producción petrolera*

De acuerdo con el Derecho de Estados Unidos, el Poder Ejecutivo goza de potestades discrecionales para adoptar medidas que restringen las operaciones de ciertos sujetos en Estados Unidos o con nacionales de ese país. Estas medidas restrictivas son conocidas como sanciones, aun cuando no se trate, en sentido estricto, de medidas punitivas basadas en la realización de una conducta anti-jurídica. Por el contrario, la adopción de estas medidas es, principalmente, discrecional y, en cierto sentido, preventiva. En especial, estas medidas aplican para sujetos extranjeros, con lo cual, ellas son un componente importante de la política internacional. De esa manera, las sanciones se dirigen en contra de ciertas políticas de determinado Estado (el Estado objetivo), con el propósito de incidir en conductas que se consideran contrarias a los objetivos de la política exterior de Estados Unidos³⁰⁸.

Las sanciones pueden abarcar medidas coercitivas personales, esto es, prohibiciones que aplican a personas, incluyendo medidas migratorias. Además, las sanciones pueden incidir sobre operaciones conducidas por el Gobierno del Estado objetivo, típicamente, respecto de sectores económicos que ese Gobierno controla. Estas sanciones se conocen como sanciones económicas o sectoriales. En este libro, salvo que se indique otra cosa, al referirnos a las sanciones, estaremos aludiendo a estas sanciones sectoriales.

³⁰⁸ Vid.: Nephew, Richard, *The Art of Sanctions: A View from the Field*, Columbia University Press, Nueva York, 2018, pp. 43 y ss.

Así, y en concreto, las sanciones son las medidas coercitivas impuestas por el Poder Ejecutivo de Estados Unidos, por medio de órdenes ejecutivas que solo pueden aplicar en los ámbitos en los cuales ese país ejerce su soberanía. Por ello, no son sanciones internacionales, en el sentido que esas medidas no exceden del ámbito de la soberanía de Estados Unidos. Desde la perspectiva de ese país, las sanciones son medidas dictadas en ejercicio de su soberanía para diseñar e implementar políticas públicas domésticas, similares, por cierto, a las medidas que también puede adoptar el Gobierno de Venezuela. Esto no deja de ser paradójico, pues una crítica usual es que estas sanciones violan el Derecho Internacional y la soberanía del Estado objetivo, en nuestro caso, Venezuela. Pero desde otra perspectiva, las sanciones no son más que políticas domésticas que se someten a la soberanía de Estados Unidos y a su propio Derecho.

En relación con Venezuela, esta política comenzó a implementarse en relación con sujetos relacionados con el Gobierno, a través de la Ley N° 113-278, conocida como la *Ley de defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela*, de 2014³⁰⁹. Luego de comprobar que el Gobierno de Venezuela era responsable por la violación de derechos humanos y de una cleptocracia que había

³⁰⁹ En una muestra de la irracionalidad derivada de la concentración de funciones en la Sala Constitucional, ésta dictó la sentencia de 20 de febrero de 2015, para declarar la invalidez de esa Ley. Véase nuestro comentario en *Prodavinci* “¿Qué dijo la Sala Constitucional sobre las sanciones adoptadas por EE.UU. contra venezolanos?”, 23 de febrero de 2015, tomado de: <https://historico.prodavinci.com/blogs/que-dijo-la-sala-constitucional-sobre-las-sanciones-adoptadas-por-ee-uu-contra-venezolanos-por-jose-i-hernandez/>

derivado en ilícitos financieros y, en definitiva, en la emergencia humanitaria, el Congreso de Estados Unidos habilitó a la Presidencia para adoptar sanciones en relación con cualquier persona extranjera, responsable de graves violaciones a derechos humanos, incluyendo arrestos arbitrarios, así como quienes hayan apoyado financieramente a la realización de tales actos. Estas sanciones incluyen el bloqueo de activos y medidas migratorias (Sección 5).

Es importante acotar que, junto a esta Ley especial, la *Ley de poderes en emergencias económicas internacionales* atribuye poderes discrecionales a la Presidencia para responder a riesgos inusuales y extraordinarias que responden a actuaciones realizadas en el extranjero, y que impacten en áreas de seguridad nacional y política externa. Esta Ley permite prohibir operaciones económicas, así como bloquear activos e incluso, regular su uso y disposición, todo ello, en concordancia con la *Ley de emergencias nacionales*. Fue precisamente en ejecución de esa legislación que el presidente Obama declaró una emergencia nacional, al considerar que Venezuela constituye una “*inusual y extraordinaria amenaza a la seguridad nacional y a la política exterior*”³¹⁰.

En efecto, la orden ejecutiva N° 13.692 de 8 de marzo de 2015, firmada por el entonces presidente Obama, estableció el marco jurídico para bloquear propiedades de ciertos sujetos, según su conexión con prácticas de corrupción y de violación de derechos humanos. Los sujetos a

³¹⁰ Véase nuestro artículo en Prodavinci “¿Por qué EE.UU. se declara en ‘emergencia nacional’ en relación con Venezuela?”, 9 de marzo de 2015, tomado de: <https://historico.prodavinci.com/blogs/por-que-ee-uu-se-declara-en-emergencia-nacional-en-relacion-con-venezuela-por-jose-ignacio-hernandez/>

quienes tales sanciones aplican quedan incorporados en la Lista de Sujetos Especialmente Designados y Personas Bloqueadas (o "SDN"), y otras listas similares, en especial, la lista bajo la Ley Kingpin (SDNTK)³¹¹, así como la lista correspondiente a las regulaciones sobre terrorismo global (SDGT) y en las listas asociadas al programa de Irán³¹².

La inclusión de sujetos en las listas inicialmente se limitó a personas naturales y jurídicas, incluyendo funcionarios del régimen autoritario, de acuerdo con su relación con violaciones a derechos humanos, corrupción e ilícitos financieros³¹³. Diversos empleados y exempleados de PDVSA fueron incluidos en estas listas, lo que evidenciaba que ya para entonces, el colapso de la estatal petrolera había trascendido las fronteras venezolanas, en especial, en términos de ilícitos financieros³¹⁴.

Durante la Presidencia de Trump esta política pasó a abarcar a órganos y entes del Gobierno de Venezuela

³¹¹ Esta Ley rige a operaciones internacionales ligadas al narcotráfico.

³¹² Véase la información sobre el programa de sanciones relacionado con Venezuela en la página del Departamento del Tesoro: <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information/venezuela-related-sanctions>

³¹³ Véase la lista de los programas de Venezuela en: <https://sanctionssearch.ofac.treas.gov>. Esos programas incluyeron a personas naturales y personas jurídicas del sector privado, pero luego se ampliaron a entes administrativos del Poder Ejecutivo Nacional (como el Banco de Venezuela).

³¹⁴ Por ejemplo, el 26 de julio de 2017 la OFAC designó a Carlos Malpica Flores, quien fuera vicepresidente de finanzas de PDVSA, así como para quien entonces ocupaba esa posición, Simón Zerpa.

como sujetos sancionados, inicialmente, en relación con algunos títulos de deuda de PDVSA (orden ejecutiva N° 13.808, de 24 de agosto de 2017), cripto-monedas y otros títulos similares del BCV (orden ejecutiva N° 13.827 de 19 de marzo de 2018); deuda del Gobierno de Venezuela (orden ejecutiva N° 13.835 de 21 de mayo de 2018) y el sector del oro (orden ejecutiva N° 13.850 de 1° de noviembre de 2018).

La orden ejecutiva N° 13.808 fue la primera que aplicó a PDVSA, y cualquier filial de ésta. En concreto, esta orden prohibió a sujetos de Estados Unidos realizar transacciones con nueva deuda de PDVSA y en general, títulos emitidos por el Gobierno de Venezuela. Esta medida se justificó al considerarse que las transacciones con títulos de deuda eran realizadas con el propósito de cometer ilícitos financieros y, en general, procurar apoyo financiero para adoptar políticas represivas en Venezuela.

Ya para este momento PDVSA tenía cerradas las puertas al mercado financiero internacional, como resultado del endeudamiento irresponsable al cual hicimos referencia en el capítulo segundo³¹⁵. La emisión de los Bonos 2020 en 2016 comprobó, así, el poco interés que el mercado internacional tenía en financiar a PDVSA, pues debido a su colapso y sobreendeudamiento, su capacidad de pago se había destruido. Por ello, esta orden no tuvo ningún impacto real en la política de endeudamiento externo de PDVSA, insistimos, pues para ese momento esa política no podía implementarse. Sería por ello errado concluir que la capacidad de endeudamiento de PDVSA se vio afectada por esta orden ejecutiva.

³¹⁵ Sección tercera.

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

El siguiente paso se dio con la orden ejecutiva N° 13.857 de 25 de enero de 2019, por la cual se amplió el ámbito de las previas órdenes a los fines de poder incluir a PDVSA y al BCV como sujetos de esas medidas y, por ende, como sujetos cuyas propiedades quedaban bloqueadas. Especialmente en relación con PDVSA (y sus empresas filiales), esto limitó su capacidad de hacer operaciones en Estados Unidos o con personas de ese país.

Así, el 28 de enero de 2019 la Secretaría del Tesoro aplicó la orden N° 13.850 al sector de los hidrocarburos. La determinación del sector de hidrocarburos, al limitar operaciones del Gobierno de Venezuela en ese sector, impactó notablemente en la producción y exportación de petróleo.

En efecto, de acuerdo con la aplicación progresiva de la nueva orden, PDVSA y sus filiales (entendiendo por tales a toda sociedad en la cual aquélla tenga al menos el 50% del capital social), quedaron sujetas a dos prohibiciones:

- a) PDVSA y sus filiales no pueden realizar ninguna operación con sujetos de Estados Unidos, incluyendo en especial a empresas constituidas en ese país y que actúen como contratistas en el sector. Esta prohibición alcanza a cualquier tipo de operación: desde contratos y transacciones financieras, hasta reuniones. A su vez, sujetos de Estados Unidos no pueden tener ninguna relación con la estatal petrolera, especialmente fuera de Estados Unidos. Esto es lo que llamamos el estatuto personal de las sanciones.

- b) PDVSA y sus filiales no pueden realizar ninguna operación en el territorio Estados Unidos, independientemente de la nacionalidad de la persona con la cual contraten o se relacionen. Esto es lo que llamamos el estatuto territorial de las sanciones.

La aplicación conjunta de estas prohibiciones impactó en las operaciones de PDVSA. Así, *(i)* contratistas de Estados Unidos quedaron excluidos de mantener o continuar relaciones contractuales; *(ii)* instituciones bancarias de Estados Unidos no pudieron realizar ninguna transacción relacionada con la estatal petrolera, ni siquiera en su condición de bancos intermediarios; *(iii)* PDVSA no pudo celebrar contratos de exportación de petróleo a Estados Unidos, ni de importación de insumos y materias primas, y *(iv)* Citgo, la filial de PDVSA, no pudo continuar operaciones en Estados Unidos. Todas estas prohibiciones aplicaron salvo autorizaciones -o licencias- emitidas por la OFAC.

En el lenguaje común se emplea la expresión “bloqueo” para aludir a estas prohibiciones. En términos jurídicos, lo que sucedió es que PDVSA perdió el ejercicio del derecho de propiedad sobre sus activos en Estados Unidos, con lo cual estas propiedades quedaron “bloqueadas”. Pero no se trató de un bloqueo económico orientado a prohibir toda transacción entre Estados Unidos y Venezuela, pues muy en especial, las sanciones no afectaron al sector privado.

La sanción a PDVSA se efectuó pocos días después del reconocimiento del presidente de la Asamblea Nacional como presidente encargado, el 23 de enero. Aun cuando la posibilidad de incluir a PDVSA como sujeto sancionado ya venía considerándose, es razonable concluir que la decisión fue adoptada en atención al nuevo contexto

político, en el cual el reconocimiento internacional del presidente encargado había elevado las probabilidades de una transición, como explicamos en el punto siguiente.

Debe insistirse, en todo caso, en que la inclusión de PDVSA y sus empresas filiales se basó en las investigaciones criminales a las cuales ya nos hemos referido, y en las cuales se estableció que la estructura corporativa de PDVSA había sido empleada para apoyar ilícitos financieros, incluso, a través de Citgo. Por consiguiente, al bloquear operaciones de PDVSA, el Gobierno de Estados Unidos también estaba protegiendo a la economía de ese país de una red transnacional de cleptocracia.

Finalmente, la orden ejecutiva N° 13.884 de 4 de agosto de 2019 estableció una restricción adicional y complementaria, de preferente aplicación a todas las demás restricciones dictadas a la fecha, extendiendo las prohibiciones basadas en el estatuto personal y material a todo el Gobierno de Venezuela. El principal impacto que esta orden tuvo es que de acuerdo con la Sección 1, las sanciones podían extenderse a cualquier sujeto que apoyara actividades prohibidas, incluso, respecto de sujetos que no estén bajo la jurisdicción de Estados Unidos.

Esto es lo que suele conocerse como “sanciones secundarias”. Como regla, las sanciones solo aplican a operaciones en Estados Unidos o en relación con personas domiciliadas en ese país. Las llamadas sanciones secundarias permiten sancionar a empresas no domiciliadas en Estados Unidos, por operaciones conducidas fuera de ese país, si discrecionalmente se considera que esas empresas han colaborado con el régimen de Maduro.

Así, por ejemplo, empresas de Asia que transportan crudo venezolano, como regla, no se sujetan a las órdenes ejecutivas, en tanto no son sujetos de Estados Unidos, y en tanto no realicen ninguna transacción con ese país. Pero bajo esta nueva orden, estos sujetos podían ser sancionados por Estados Unidos al haber apoyado al Gobierno de Maduro. En el ejemplo dado, la empresa transportista, al brindar ese apoyo, podría ser sancionada con prohibiciones de realizar operaciones con Estados Unidos o con sujetos de ese país.

Nótese que, en cualquier caso, esta política se limita a la jurisdicción de Estados Unidos, sea la jurisdicción territorial o personal. Es equívoco, por ello, calificar a estas sanciones como internacionales, o como una violación al Derecho Internacional. Lo cierto es que Estados Unidos no tiene jurisdicción para sancionar, fuera de su territorio, a empresas que no están domiciliadas en ese país y que no involucran a operaciones en ese país. Por ello, las sanciones no tienen un efecto directo en las operaciones de PDVSA en Venezuela, con contratistas que no están domiciliados en Estados Unidos ni realizan operaciones en ese país. Pero al mismo tiempo debe reconocerse que las sanciones, especialmente las secundarias, elevan el riesgo reputacional de cualquier operación con PDVSA.

Por todo lo anterior, es innegable el impacto adverso que esta política tuvo sobre la industria petrolera venezolana. En concreto, este impacto adverso puede medirse (i) por la interrupción de las operaciones de PDVSA en Venezuela, al no poder contratar con sujetos de Estados Unidos, e incluso, con operadores económicos de otros países. Además (ii) PDVSA no pudo exportar petróleo a Estados Unidos, que era uno de sus principales mercados. Asimismo (iii) la comercialización a terceros países también

se vio afectada por las sanciones secundarias. Finalmente, y en general, (iv) las sanciones agravaron el riesgo reputacional de hacer negocios con PDVSA³¹⁶.

Esto ha llevado a sostener que las sanciones aceleraron el colapso de la industria petrolera venezolana, con lo cual, esas sanciones deberían revocarse³¹⁷. Hay que recordar que, a nivel general, se ha observado que las sanciones lesionan derechos económicos y sociales³¹⁸, debido a su efecto restrictivo sobre el ingreso nacional³¹⁹. América

³¹⁶ De Francisco Monaldi y José de la Rosa, véase “U.S. Policy Toward Venezuela’s Hydrocarbon Sector”, Baker Institute for Public Policy, Universidad Rice, 23 de febrero de 2021, tomado de: <https://www.bakerinstitute.org/research/policy-toward-venezuelas-hydrocarbon-sector>

³¹⁷ Para una visión crítica del efecto adverso de las sanciones, véase: Luis Oliveros, “Impacto de las sanciones financieras y petroleras sobre la economía venezolana”, WOLA, 2020, en: <https://www.wola.org/es/2020/10/nuevo-informe-documenta-sanciones-han-agravado-crisis-venezuela/>

³¹⁸ Happold, Matthew “Economic Sanctions and International Law: An Introduction”, en Eden, Paul, and Matthew Happold (ed) *Economic Sanctions and International Law: Law and Practice*, Hart Publishing, Oregon, 2016, pp. 1 y ss.

³¹⁹ El Consejo de Derechos Humanos dictó la Resolución N° 27/21, de 3 de octubre de 2021, destacando que las “medidas y la legislación coercitivas unilaterales son contrarias al derecho internacional, el derecho internacional humanitario, la Carta y las normas y principios que regulan las relaciones pacíficas entre los Estados”. Según esta posición, las sanciones solo pueden ser adoptadas de acuerdo con el Derecho Internacional, en especial, en el marco de las atribuciones del Consejo de Seguridad. En 2021, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el impacto negativo de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos, presentó un informe “sobre las repercusiones negativas de las medidas

Latina, especialmente, ha tenido una perspectiva contraria a esas sanciones, como incluso se refleja en la Carta de la Organización de Estados Americanos³²⁰.

Las críticas al impacto de las sanciones sobre la industria petrolera deben ponderarse con atención. Así, el colapso de la industria petrolera responde a causas que anteceden a las sanciones, de forma tal que son esas causas -y no las sanciones- la restricción más vinculante a la producción³²¹. Esto quiere decir que, incluso sin sanciones, la producción seguiría afectada, pues, en suma, PDVSA no tiene capacidad financiera y operativa³²².

coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos” en relación con Venezuela. En el párrafo 31 se afirma que “la caída de los ingresos del petróleo, agravada por las sanciones, provocó una crisis alimentaria y nutricional”.

³²⁰ Véase lo que hemos explicado en Hernández G., José Ignacio *Fighting Against Imperialism: The Latin American Approach to International Sanctions*, Columbia Center on Global Energy Policy, 2020.

³²¹ Explicando que las sanciones no ocasionaron la emergencia humanitaria compleja, véase a Bahar, Danny *et al.*, *Impact of the 2017 sanctions on Venezuela. Revisiting the evidence*, Policy Brief, Global Economy and Development at Brookings, mayo de 2019, tomado de: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2019/05/impact-of-the-2017-sanctions-on-venezuela_final.pdf. De ANOVA, explicando cómo las sanciones han contribuido al colapso de la producción petrolera, pero no han tenido efectos adversos sobre importaciones de alimentos y medicinas, véase: “Impacto de las Sanciones Financieras Internacionales contra Venezuela: Nueva Evidencia”, enero de 2021, tomado de: <https://thinkanova.org/wp-content/uploads/2021/02/Anova-Policy-Brief-Sanciones.pdf>.

³²² Del Servicio de Investigación del Congreso de Estados Unidos, véase *Oil Market Effects from U.S. Economic Sanctions: Iran, Russia,*

Una evidencia de que las sanciones no son la causa vinculante es que, a pesar de esas sanciones, PDVSA pudo recuperar -de manera incipiente e inestable- la producción petrolera, como resultado de las políticas que aquí hemos descrito como privatización *de facto*. Otros factores -como el aumento del precio del petróleo- también pudieron incidir en ese incremento³²³. En la sección siguiente, al comentar la creciente informalidad en el sector, volveremos sobre esta recuperación.

Asimismo, se ha observado que la caída de la producción se aceleró desde el 2017 y, en especial, desde el 2019, a los fines de alegar que las sanciones ocasionaron esa

Venezuela, 5 de febrero de 2021, p. 22. El informe reconoce que las sanciones han impactado adversamente sobre PDVSA, aun cuando es complejo ponderar su influencia en la producción, pues ésta mostraba signos de deterioro antes del inicio de programa de sanciones. Más recientemente, el Servicio de Investigación del Congreso de Estados Unidos ha señalado que, según algunos estudios, las sanciones han contribuido al “*declive económico de Venezuela y han obstruido algunos proyectos de entrega de ayuda humanitaria*” (“Venezuela: Overview of U.S. Sanctions”, actualizado al 30 de noviembre de 2022, tomado de: <https://sgp.fas.org/crs/row/IF10715.pdf>). Véase en general a Ayuso, Anna y Gratius, Susanne “¿Sanciones como instrumentos de coerción: cuán similares son las políticas de Estados Unidos y la Unión Europea hacia Venezuela?”, en Puente, José Manuel y Gratius, Susanne (ed), *Venezuela en la encrucijada. Radiografía de un colapso*, AB Ediciones-IESA-Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2021, pp. 359 y ss.

³²³ Palacios, Luisa y Monaldi, Francisco, *Venezuela Oil Sanctions: Not an Easy Fix*, Center for Global Energy Policy at Columbia University, marzo de 2022. La traducción al español se incluye en la presentación de este libro.

aceleración³²⁴. En efecto, la caída entre 1998 y 2016 fue de 23,95%, mientras que la caída entre 2017 y 2019 fue de 50,23%. Pero entre 2020 y 2022 la producción *aumentó* 20,17%. La hipótesis según la cual las sanciones son la restricción más vinculante a la producción, esto es, que ellas son la primera causa que explica la aceleración de la caída desde el 2016, es inconsistente con la recuperación de la producción *a pesar de las sanciones*. Más bien, esta recuperación podría demostrar que hay otras restricciones más vinculantes, asociadas al colapso de la capacidad productiva de PDVSA, el sobreendeudamiento y la destrucción de los mecanismos de mercado³²⁵.

Precisamente, nuestra interpretación es que las sanciones, a partir de 2019, junto con el reconocimiento internacional del presidente de la Asamblea, contribuyeron a la caída de la producción, pero en modo alguno son la restricción más vinculante. La privatización *de facto* e informalización iniciada en 2018, y en especial, el apoyo de Gobiernos extranjeros, lograron superar algunas de las restricciones más vinculantes y por ello la producción logró remontar.

³²⁴ Rodríguez, Francisco, *Toxic conflict: understanding Venezuela's economic collapse*, Kellogg Institute for International Studies, 2021, 15. Según cálculos de Rodríguez, a partir de 2016 la producción cayó a una tasa de 1,0 por ciento mensual, pero desde septiembre de 2017 la tasa de disminución se aceleró, con un promedio de 3,1 por ciento durante los siguientes 16 meses.

³²⁵ Alegando que las sanciones son una de las causas que explican el colapso, el cual en todo caso responde a la destrucción gradual de la capacidad de PDVSA, *vid.* Corrales, Javier, Corrales, Javier, *Autocracy rising. How Venezuela transitioned to authoritarianism*, cit., pp. 58 y ss.

De allí que sería inadecuado sostener que, de levantarse las sanciones, la producción petrolera podría recuperarse de manera estable. Incluso sin el efecto restrictivo de las sanciones, el colapso de PDVSA impediría recuperar la producción petrolera, objetivo que requiere, entre otras condiciones, adoptar una compleja reforma institucional que delineamos en el capítulo siguiente. Además, bajo las condiciones jurídicas de Venezuela, marcadas por la ausencia de separación de poderes, cualquier aumento del ingreso fiscal petrolero, muy probablemente, sería capturado por la cleptocracia.

Por ello, en realidad, no queda claro cuál es el objetivo que se lograría de levantarse las sanciones que inciden sobre PDVSA. Si el objetivo es generar ingresos fiscales que puedan canalizarse para atender la emergencia humanitaria compleja, entonces, debe señalarse que cualquier ingreso fiscal adicional que se genere estará afectado por las instituciones predatorias y criminales, a las cuales hacemos especial mención la sección segunda de este capítulo. De otro lado, para canalizar el ingreso fiscal petrolero a inversiones relacionadas con la emergencia humanitaria, no hace falta “levantar las sanciones”, sino diseñar un efectivo programa humanitario, como detallamos en la sección quinta.

Además, y fuera del sector petrolero, debe tenerse en cuenta que el levantamiento de las sanciones forma parte de la agenda de las negociaciones que, con altibajos, mantienen el Gobierno de Maduro y la Plataforma Unitaria en México. Esto es, que las sanciones -incluyendo las personales- son uno de los incentivos para mantener esas negociaciones. Por ello, como recientemente ha recomendado

Lowenthal³²⁶, el levantamiento de las sanciones debe estar condicionado a avances en las negociaciones. Nótese que este argumento ya no apunta a levantar las sanciones por su fracaso, sino que más bien reconoce la utilidad de las sanciones al crear incentivos para una negociación.

Con lo cual, el argumento de levantar las sanciones por su fracaso en promover el cambio político, tampoco parece que sea el argumento que emplea Estados Unidos, ni el argumento deseable en términos de la negociación. Más allá de su fracaso -o éxito- las sanciones se mantendrán, hasta tanto no se logren avances en la negociación -frase que, por imprecisa, obstaculiza en realidad cualquier táctica-. Para efectos de este libro, esto supone que no es previsible esperar el levantamiento de las sanciones a PDVSA solo considerando sus efectos económicos, pues ese levantamiento -de nuevo, mediante licencias- es contingente a un evento futuro e incierto, como es el avance en las negociaciones.

B. Algunas implicaciones de las sanciones sobre la deuda pública. En especial, el caso de las víctimas de las FARC

La política de sanciones limitó la transacción de títulos de la deuda externa de PDVSA -y en general, del Gobierno de Venezuela- en Estados Unidos y entre personas de ese país. Esta prohibición generó dudas sobre el

³²⁶ Esta posición es resumida por Abraham F. Lowenthal, al señalar que las sanciones producen incentivos genuinos para negociar, lo que debe conducir a adoptar políticas graduales de flexibilización de las sanciones en respuesta a progresos, incluyendo la posibilidad de revocar esas flexibilizaciones en caso de retrocesos. Véase: "Venezuela in 2023 and Beyond: Charting a New Course", *The Wilson Center*, 2023.

alcance de tal prohibición sobre medidas judiciales en contra de activos del Gobierno de Venezuela en los Estados Unidos. Para este efecto, la OFAC emitió la licencia general n° 5 el 19 de julio de 2018, la cual permitió a los tenedores de los Bonos PDVSA 2020 tomar control de las acciones de Citgo Holding, Inc. dadas en garantía, exceptuando de esa manera cualquier prohibición derivada de las sanciones. Esta licencia fue otorgada con el expreso propósito de forzar al Gobierno de Maduro a pagar esa deuda, evitando que los recursos destinados a este fin fuesen desviados en prácticas predatorias.

Así, la licencia general n° 5 permitió a los acreedores de los Bonos 2020 tomar control de las acciones de Citgo Holding, Inc. en caso de incumplimiento. En tanto esas acciones pasaron a ser propiedades bloqueadas por las sanciones, entonces, los acreedores -que actúan a través de los agentes designados a tales efectos- necesitaban una autorización para poder ejecutar la prenda sobre las acciones³²⁷.

Luego del reconocimiento del presidente encargado, la política tras esta licencia cambió. Así, una vez que la junta administradora ad-hoc de PDVSA designó a los administradores de PDV Holding, Inc., en febrero de 2019, Citgo dejó de estar controlada por el régimen de Maduro. Pero a pesar de ello, como filial de PDVSA, estaba sancionada. Y, además, los acreedores de los Bonos 2020 podían ejecutar la prenda.

³²⁷ Hernández G., José Ignacio, “¿De qué va la licencia OFAC sobre Citgo?”, *La Gran Aldea*, 26 de julio de 2021, en: <https://www.la-granaldea.com/2021/07/26/de-que-va-la-licencia-ofac-sobre-citgo/>

Para solucionar el primer problema, la OFAC emitió la licencia general n° 7 que, en términos generales, exceptuó a Citgo de las sanciones, con una vigencia mensual y renovación automática. Esta licencia permitió que Citgo, a pesar de ser filial de PDVSA, continuase operaciones en Estados Unidos³²⁸. En cuanto a los Bonos 2020, la vigencia de la licencia n° 5 ha sido diferida desde octubre de 2019³²⁹. Como resultado de lo anterior, y al margen de las defensas judiciales ejercidas, lo cierto es que los tenedores de esos títulos valores no pueden ejecutar el colateral³³⁰.

Además, en diciembre de 2019 la OFAC interpretó que, en virtud de las sanciones, ningún acreedor podía tomar control de activos de PDVSA en Estados Unidos sin licencia, incluyendo a través de medidas de embargo judicial. Esta interpretación estableció una barrera adicional de protección sobre esos activos y, en especial, sobre Citgo, aun cuando no suspendió el cumplimiento de las obligaciones de PDVSA ni los litigios. Por ello, no es posible ejecutar embargos judiciales sobre propiedades de PDVSA en Estados Unidos, incluyendo las acciones de PDV Holding, Inc., sobre las cuales pesan medidas de embargo acordadas por la Corte de Distrito de Delaware. Sin embargo, ése y los demás litigios relacionados con la deuda pública externa continúan, elevándose los riesgos sobre Citgo.

³²⁸ Actualmente está en vigor la licencia general n° 7C, de 5 de agosto de 2019.

³²⁹ Actualmente rige la licencia general n° 5K, que estará en vigor hasta el 20 de julio de 2023.

³³⁰ 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., pp. 333 y ss.

La protección que deriva de las sanciones no es, en todo caso, absoluta. De allí el error de afirmar que las sanciones son las medidas que protegen a los activos externos de Venezuela y, en especial, a Citgo. Las sanciones tan solo limitan, temporalmente, la ejecución de medidas en contra de esos activos, dejando a salvo la potestad discrecional de la OFAC de emitir licencias que autoricen esa ejecución. Así lo aclaró la OFAC el 10 de septiembre de 2021 cuando negó a Crystallex la autorización para avanzar en el embargo de las acciones de PDV Holding, Inc., tomando en cuenta que la política de Estados Unidos hacia Venezuela requería la protección temporal de ese activo³³¹. En abril de 2023, el Departamento de Justicia advirtió que el Gobierno de Estados Unidos dictaría los lineamientos para emitir las licencias necesarias para la venta de las acciones embargadas, lo que supone también un cambio importante.³³²

Las únicas propiedades de PDVSA que sí pueden ser ejecutadas en Estados Unidos, son aquellas necesarias para compensar a víctimas del terrorismo, dado que la legislación especial en la materia permite ejecutar propiedades bloqueadas³³³. Como se explicó en el capítulo segundo, víctimas de las FARC lograron demostrar que el

³³¹ La comunicación se toma de esta fuente: <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.ded.62364/gov.uscourts.ded.62364.346.1.pdf>

³³² Escrito del 7 de abril de 2023, tomado de: https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.ded.62364/gov.uscourts.ded.62364.553.1_1.pdf

³³³ La prohibición de ejecutar activos bloqueados no aplica en el ámbito de la Ley contra el terrorismo (ATA, por sus siglas en inglés), y en especial, la Ley de protección de riesgos frente al terrorismo (TRÍA, por sus siglas en inglés).

Gobierno de Venezuela -y en especial, PDVSA- son instrumentalidades de las FARC³³⁴, con lo cual, las cortes en Estados Unidos han acordado medidas de embargo sobre cuentas bancarias de PDVSA y sus filiales en Estados Unidos³³⁵.

Otro impacto de las sanciones es en cuanto al cumplimiento de la deuda pública externa de PDVSA, quien alegó - en el marco de un juicio orientado a declarar su incumplimiento contractual - que las sanciones impedían efectuar el pago de las obligaciones, debido a la imposibilidad de movilizar recursos financieros. Este es el argumento de imposibilidad, esto es, basado en una causa extraña no imputable que impide cumplir con las obligaciones, lo que permitiría a PDVSA eludir sentencias de condena por el incumplimiento de su deuda. Pero en ese caso la corte consideró que las sanciones no eran una causa que impedía, absolutamente, el cumplimiento de las obligaciones, con lo cual, PDVSA fue condenada al pago de daños³³⁶.

Como puede apreciarse, junto a los efectos adversos de las sanciones es preciso ponderar, también sus efectos favorables en términos de protección de activos. Esta protección ha sido útil para reforzar la estrategia judicial orientada a diferir los riesgos sobre Citgo, que para fines

³³⁴ Esta estrategia ha sido implementada en tres casos: (i) el caso Stansell; (ii) el caso Caballero y (iii) Pescatore.

³³⁵ Véase, por ejemplo, la sentencia de 29 de enero de 2021 de la Corte del Distrito Este de Nueva York, expediente N° 1:20-mc-00040-LJV, caso *Caballero vs. FARC*

³³⁶ *Red Tree Invs. v. Petroleos de Venezuela, S.A.*, sentencia de la Corte del Distrito Sur de Nueva York de 22 de diciembre de 2021, expediente n° 19-cv-2519 (PKC) 19-cv-2523 (PKC).

de 2018 se estimaban inminentes. Ya vimos cómo diversos activos externos de PDVSA fuera de Estados Unidos han sido embargados o cedidos, mientras que Citgo ha logrado preservarse.

Pero esta es una protección temporal, pues se mantendrá en vigor mientras PDVSA pueda ejercer su defensa judicial en Estados Unidos de acuerdo con la interpretación adoptada en diciembre de 2019 por la OFAC. Además, esta protección solo aplica a propiedades de PDVSA bloqueadas, no así a activos que están amparados en licencias o que sean propiedad de contratistas que actúen en interés de PDVSA. Esta acotación es importante pues, como veremos en la sección tercera, la licencia general n° 41 a favor de Chevron ha creado una importante excepción a la política de protección de activos, que podría reducir las barreras de protección sobre propiedades de PDVSA en Estados Unidos.

Finalmente, también debe ponderarse en qué medida las sanciones impuestas en 2017 impidieron a PDVSA acceder al financiamiento internacional, limitando su capacidad financiera³³⁷. En realidad, como lo demuestra el canje de los Bonos 2020 de 2016, ya PDVSA había perdido el acceso a los mercados financieros internacionales, como resultado de su sobreendeudamiento y colapso productivo. Además, la decisión del Gobierno de

³³⁷ Según Francisco Rodríguez, las sanciones impuestas bajo la orden ejecutiva N° 13.808, de 24 de agosto de 2017, son la primera causa que impidió a PDVSA -y en general, al Gobierno- acceder al financiamiento internacional. *Vid.:* Rodríguez, Francisco, *Toxic conflict: understanding Venezuela's economic collapse*, cit., p. 17. En el texto principal explicamos por qué, en nuestra opinión, esta no es una conclusión racional.

Maduro de desconocer a la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional elevó el riesgo de cualquier operación de endeudamiento o de renegociación, ante la ausencia de control parlamentario.

Incluso sin las restricciones derivadas de las sanciones, PDVSA no hubiese podido emitir nueva deuda o renegociar su deuda, pues sin el control de la Asamblea, cualquier operación -como sucedió con el colateral sobre Citgo- hubiese sido cuestionada en cuanto a su legitimidad. En especial, la renegociación de la deuda hubiese requerido de ajustes económicos para recuperar la producción petrolera y rescatar la autonomía de PDVSA, lo que a su vez hubiese implicado restablecer el orden constitucional, que se había roto en 2016, con las decisiones que desconocieron a la Asamblea. Maduro optó por obviar esas reformas económicas e institucionales, suspendiendo unilateralmente el pago de la deuda financiera, con la excepción de los Bonos 2020.

En resumen, la caída de la producción petrolera, luego de 2017, no puede atribuirse a las sanciones que limitaron la capacidad financiera de emitir o renegociar la deuda, pues lo cierto es que esa capacidad esa ya inexistente para ese momento.

2. *La política de reconocimiento del presidente encargado, la junta administradora ad-hoc de PDVSA y las reglas de gobernanza corporativa sobre Citgo. Las consecuencias de la eliminación de la presidencia encargada*

Pocos días antes de la determinación del sector de hidrocarburos en el programa de sanciones, esto es, el 23 de enero de 2019, el Gobierno de Estados Unidos decidió reconocer al presidente de la Asamblea Nacional como presidente encargado. No se trató de un reconocimiento

político, sino de una decisión que produjo plenos efectos jurídicos en cuanto a la representación legal del Gobierno de Venezuela, que pasó del régimen de Nicolás Maduro al presidente encargado³³⁸.

El reconocimiento del presidente encargado fue una sanción en contra del régimen de Maduro, quien perdió la posibilidad de representar legalmente al Gobierno de Venezuela en Estados Unidos. En especial, el régimen de Maduro perdió la representación legal de PDVSA como accionista de PDV Holding, Inc., mientras que esa representación pasó al presidente encargado, a través de la junta administradora ad-hoc de PDVSA³³⁹. También, esa junta - a través de la Oficina del Procurador Especial - quedó a cargo de la defensa judicial de PDVSA en las cortes de Estados Unidos³⁴⁰.

A. *El reconocimiento del presidente encargado y sus efectos sobre PDVSA. Una nota sobre los Bonos PDVSA 2020*

A partir del 23 de enero de 2019, las juntas directivas de PDVSA y sus empresas filiales designadas por el Gobierno *de facto* de Nicolás Maduro perdieron la capacidad de representar legalmente a éstas en Estados Unidos. Por ello, a partir de ese día, PDVSA - a través de sus

³³⁸ Sobre este efecto jurídico, véase a Brewer-Carías, Allan y Hernández G., José Ignacio, *The Defense of the Rights and Interests of the Venezuelan State by the Interim Government Before Foreign Courts. 2019-2020*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021.

³³⁹ Brewer-Carías, Allan, *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021, cit.*, pp. 484 y ss.

³⁴⁰ Se sigue aquí lo expuesto en Hernández G., José Ignacio, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela, cit.*

administradores previamente designados - no pudo realizar ningún negocio en Estados Unidos, en especial, basado en la exportación de petróleo. Por ello, la primera barrera que impidió a PDVSA -bajo control de Maduro- ejecutar contratos en Estados Unidos, fue el reconocimiento del presidente encargado, y no la determinación de PDVSA como sujeto sancionado, lo que solo sucedería cinco días después.

La representación de PDVSA a través de la junta administradora ad-hoc, además, permitió restablecer las reglas de gobernanza corporativa que se habían destruido, limitando la aplicación de la tesis del alter ego. En efecto, tanto el *Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (Estatuto Democrático) dictado en 2019 para regular la transición, como el Decreto de organización de la junta administradora ad-hoc de PDVSA, prohibieron a la Presidencia de la República y a la Asamblea Nacional incidir en las operaciones del día a día de la junta y de Citgo. Además, la relación entre PDVSA y Citgo fue reconducida a las reglas de gobernanza que definen el control accionario. Con estas reformas jurídicas, se eliminaron las reglas y prácticas que habían socavado la autonomía de PDVSA y de Citgo³⁴¹.

Por ello, en Estados Unidos, estas reformas han debido impedir extender la tesis del alter ego, tal y como el Gobierno de ese país opinó³⁴². Como Allan R. Brewer-

³⁴¹ Brewer-Carías, Allan, *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021, cit.*, pp. 484 y ss.

³⁴² En efecto, el 16 de julio de 2020 el Gobierno de los Estados Unidos presentó ante la Corte de Distrito de Delaware, una moción en el caso Crystallex, que no sólo reiteró el reconocimiento del

Carías ha concluido, estas reformas legislativas -en el ámbito en el que ellas operaron- restablecieron la autonomía de PDVSA³⁴³. No obstante, como ya vimos, en sentencia de 23 de marzo de 2023, la Corte de Distrito de Delaware concluyó que incluso con posterioridad a 2018, PDVSA se ha mantenido bajo el control político del Gobierno de Venezuela.

Ahora bien, la determinación de PDVSA, en cierto modo, colidió con la política de reconocimiento, e hizo del programa de sanciones de Venezuela un caso único. Así, en otros programas -Irán, por ejemplo- las sanciones inciden sobre el único Gobierno reconocido. Pero en Venezuela, las sanciones se dirigieron en contra del régimen de Nicolás Maduro, pero también incidieron en el Gobierno de Venezuela representado por el presidente encargado.

Por ello, en realidad, la sanción a PDVSA no afectó la capacidad de actuar de los administradores de esa empresa designados por Maduro, pues ya esos administradores habían perdido la capacidad de representación. Por el contrario, esa sanción sí incidió en la capacidad de representación del presidente encargado y de la junta administradora ad-hoc.

Fue por lo anterior que OFAC tuvo que emitir licencias a la junta administradora ad-hoc de PDVSA para designar a los administradores de PDV Holding, Inc., y

presidente encargado, sino que también explicó cómo las decisiones del presidente en encargado destinadas a proteger a Citgo eran consistentes con la política exterior de Estados Unidos.

³⁴³ Brewer-Carías, Allan, *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021, cit.*

como vimos, emitió una licencia general a favor de Citgo. Asimismo, la OFAC tuvo que autorizar otras operaciones de la junta administradora, como, por ejemplo, el pago bajo protesta de los intereses de los Bonos 2020 en abril de 2019³⁴⁴.

Otro efecto de la determinación de PDVSA fue en relación con los pagos pendientes del petróleo que se había exportado a Estados Unidos antes del 23 de enero de 2019. Esos pagos quedaron depositados en cuentas de garantía, que, además, pasaron a tener la condición de activos bloqueados, como sucedió en general con todas las cuentas bancarias de PDVSA en Estados Unidos, incluyendo las cuentas de sus filiales y empresas mixtas.

Además, las empresas mixtas, en tanto filiales de PDVSA, también pasaron a ser sujetos sancionados. En la regulación de las sanciones en Estados Unidos impera la regla conocida como el "50%", según la cual las sanciones se extienden al sujeto sancionado -PDVSA- y cualquier sociedad en la que éste tenga, al menos, el 50% de la participación, como es el caso de las empresas mixtas. Pero en todo caso, los administradores de esas empresas mixtas designadas a través del Gobierno de Maduro ya habían perdido la capacidad de representación, luego del reconocimiento del presidente encargado.

A estos efectos, el presidente encargado creó a la junta administradora ad-hoc de la CVP. Desde el punto de vista jurídico, no era necesario crear a ese órgano, pues la junta administradora ad-hoc de PDVSA tenía capacidad de representación de las filiales de ésta constituidas en

³⁴⁴ 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., pp. 380 y ss.

Venezuela, incluyendo la CVP. Sin embargo, por razones políticas, se creó un órgano especial de representación de la CVP, con el propósito de tomar control sobre la administración de las empresas mixtas, lo que nunca logró hacerse, en tanto esa administración pasa por actos realizados en Venezuela³⁴⁵.

Así, la capacidad legal de la junta administradora ad-hoc de PDVSA estaba limitada al territorio de los Estados que habían reconocido al presidente encargado, y de allí que su principal ámbito de actuación fue Estados Unidos, tanto para representar a PDVSA como accionista de control de Citgo, como para representar a esa empresa en los diversos litigios derivados de la deuda pública legada. Fuera de Estados Unidos, la junta administradora no pudo ejercer la representación, en tanto el reconocimiento del presidente encargado no tuvo efectos jurídicos. Fue por ello, por ejemplo, que la junta administradora no pudo representar a PDVSA como accionista de Pro-pernyn, lo que, en suma, como ya vimos, generó una crisis operativa en Nynas.

De allí que la junta administradora ad-hoc de la CVP no pudo ejercer la representación de esa empresa como socio mayoritario en las empresas mixtas, en tanto esa representación se realiza en Venezuela, típicamente, mediante asambleas de accionistas. Tampoco esa junta podía representar a las empresas mixtas o disponer de sus activos. En realidad, la administración de las empresas mixtas se mantuvo bajo el control de Maduro, a través de la CVP.

³⁴⁵ 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., pp. 83 y ss.

Con lo cual, el reconocimiento del presidente encargado fragmentó la representación legal de PDVSA. En Estados Unidos, esa representación pasó al presidente encargado a través de la junta administradora ad-hoc. Pero fuera de Estados Unidos, incluyendo por supuesto a Venezuela, pero también Europa, la representación se mantuvo en los administradores designados por Maduro.

A pesar de esta dualidad jurídica, el patrimonio de PDVSA es uno solo, y por ello, la junta administradora representó a esa empresa frente a las reclamaciones de la deuda pública legada en Estados Unidos. La situación jurídica de la junta administradora era ciertamente precaria. Por un lado, no contaba con la información necesaria para atender a esos juicios. Por el otro lado, tampoco la junta administradora manejaba el flujo de caja de PDVSA, que permanecía en poder de los administradores de Maduro³⁴⁶.

Estas limitaciones quedaron en evidencia con los Bonos 2020. En abril de 2019 vencía el pago de intereses por cerca de 71 millones de dólares, y en octubre de 2019 vencía el pago de capital e intereses, por cerca de 1.000 millones de dólares. Más allá de las objeciones en torno a la legalidad del colateral, lo cierto es que la junta administradora ad-hoc no tenía recursos propios para asumir el pago de esas obligaciones, ni era razonable esperar, en un futuro próximo, que esa situación cambiaria. El pago de

³⁴⁶ Véanse los casos son *Comparelli et al. v. Venezuela* No 14-cv-24414 [ECF No 132] (S.D. Fla. 18 de marzo de 2019) y *CLADirect c. Bariven, S.A. et al.*, No 19-cv-553 [ECF No 25] (S.D. Tex. 8 de agosto de 2019) (“El régimen de Maduro ha impedido que el gobierno entrante de Guaidó acceda a las funciones administrativas de información y gobierno que le permitirían ejercer plena y eficazmente su autoridad.”). *Id.* En 12-14.

intereses logró hacerse con recursos bloqueados que habían quedado de la venta de petróleo a Estados Unidos, pero no había recursos suficientes para pagar la cuota de principal e interés con vencimiento en octubre de 2019, ni mucho menos el remanente con vencimiento en 2020. Tampoco la junta podía refinanciar esa deuda, pues al no tener capacidad financiera, no podía comprometerse a un nuevo esquema de pago³⁴⁷.

La obligación de pago es de PDVSA, no de Citgo. Por ello, jurídicamente, Citgo no estaba en la obligación de pagar en nombre de PDVSA, pago que, por otro lado, hubiese podido comprometer su independencia y su capacidad financiera. De allí que la junta administradora ad-hoc de PDVSA dirigió sus esfuerzos a diferir de mutuo acuerdo el cumplimiento de los Bonos 2020, hasta tanto se resolviera la crisis política de la Presidencia de la República. Este objetivo fue finalmente alcanzado a través de la demanda de nulidad en contra del contrato de emisión y de garantía de los Bonos 2020, presentado por la junta administradora y por PDV Holding, Inc. En el marco de esa demanda, las partes acordaron suspender la ejecución de los contratos. Esta suspensión se ha mantenido judicialmente, hasta tanto se resuelva la incidencia sobre la inconstitucionalidad de esos contratos, que actualmente conoce la Corte de Apelaciones de Nueva York³⁴⁸.

Como explicamos en la sección primera del capítulo III, este caso dio lugar a diferencias políticas en el seno de

³⁴⁷ 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.

³⁴⁸ Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York, expediente N° CTQ-2022-00003.

la Asamblea Nacional de 2015 que, lamentablemente, debilitaron la defensa de los intereses de PDVSA. Uno de los puntos centrales de las críticas es que, en lugar de demandar, ha debido negociarse con los tenedores de los Bonos 2020³⁴⁹. En realidad, siempre se negoció, incluso luego de presentada la demanda, al punto que logró diferirse de mutuo acuerdo la ejecución de los contratos de emisión y garantía.

Por ello, la crítica más bien parece cuestionar que no se haya refinanciado la obligación de los Bonos 2020, con un nuevo esquema de pago del remanente adeudado que podía alcanzar un monto aproximado de 1.900 millones de dólares para octubre de 2019³⁵⁰. No obstante, la junta administradora ad-hoc de PDVSA no disponía de esos recursos, ni en realidad tenía capacidad financiera para renegociar esa deuda. Algunos propusieron que fuese Citgo quien asumiese esa carga, pero lo cierto es que Citgo no es el deudor y, además, la empresa también enfrentaba, entonces, problemas financieros derivados de la mala gestión de Maduro³⁵¹.

Este ejemplo pone en evidencia la existencia de un evento extraordinario que jurídicamente impidió a PDVSA -como sociedad mercantil, y al margen de quién representaba a su accionista, la República- hacer frente a

³⁴⁹ “Primero Justicia: es un error demandar a los acreedores de bonos PDVSA 2020”, *Banca y Negocios*, 29 de abril de 2020, ya citado.

³⁵⁰ Véase el reporte financiero de PDV Holding, Inc., correspondiente al año <https://www.pdvholding.com/files/PDVHShareholderReport.pdf>

³⁵¹ 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 deuda pública legada, en especial, en cuanto a los Bonos 2020. Si a pesar de ello Citgo se ha protegido, es debido a la protección derivada del reconocimiento del presidente encargado, que se tradujo en una defensa judicial efectiva y en la protección suplementaria de las sanciones.

De esa manera, y, en resumen, el reconocimiento del presidente encargado fragmentó la representación legal de PDVSA, en especial, en Estados Unidos. Esta situación -diseñada para extenderse solo por un lapso breve de tiempo, hasta alcanzar la transición o, como se le llamó, el cese de la usurpación- se ha extendido por más de tres años, todo lo cual creó restricciones adicionales a las operaciones de PDVSA. Además, aun cuando la estrategia de defensa judicial y las sanciones -en ese orden- han logrado diferir los riesgos más inminentes sobre Citgo, la situación legal de los activos externos de PDVSA es cada vez más precaria, como resultado del prolongado incumplimiento de la deuda pública³⁵².

B. *La eliminación de la figura del presidente encargado y el incierto destino jurídico de PDVSA*

El 30 de diciembre de 2022 la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional aprobó la reforma del Estatuto Democrático³⁵³. Se trató, en realidad, de la tercera reforma del

³⁵² Véase lo que hemos explicado en *La Gran Aldea*: “El default de la deuda pública venezolana cumple cinco años, ¿y ahora qué?”, 23 de noviembre de 2022, tomado de: <https://lagranaldea.com/2022/11/23/el-default-de-la-deuda-publica-venezolana-cumple-cinco-anos-y-ahora-que/>

³⁵³ Gaceta Legislativa N° 66, de 3 de enero de 2023.

Estatuto aprobado inicialmente en 2019³⁵⁴. Pero esta nueva reforma modificó sustancialmente la organización administrativa creada, al suprimirse la figura de la presidencia encargada. Esto es, que, bajo el nuevo Estatuto, el presidente de la Asamblea Nacional ya no tiene el estatus constitucional de presidente encargado, en los términos del artículo 233 de la Constitución. En todo caso, la cuarta legislatura se prorrogó su mandato hasta el 5 de enero de 2024.

Con la intención de mantener el control sobre los activos externos y, en especial, sobre Citgo, el nuevo Estatuto dispuso que el Consejo de Administración del Gasto - creado para la administración del presupuesto aprobado en 2020 bajo la *Ley Especial del Fondo para la Liberación de Venezuela y Atención de Casos de Riesgo Vital*- fuese transformado en el Consejo de Administración y Protección de Activos. El nuevo Estatuto asignó a este Consejo de Activos las funciones que, de acuerdo con la Constitución, corresponden a la Presidencia de la República, para representar a Venezuela en cuanto a los activos externos y, especialmente, designar a los miembros de la junta administradora ad-hoc de PDVSA, que el nuevo Estatuto man-

³⁵⁴ Véase, sobre las reformas anteriores, a Hernández G., José Ignacio (ed), *Estudios sobre la reforma del Estatuto de Transición 2022 y la continuidad constitucional*, IDEA-Editorial Jurídica Venezolana, Miami, 2022. Para la reforma de 2023, *vid.* Aguiar, Asdrúbal y Brewer-Carías, Allan, *El final del encargado de la presidencia y el gobierno parlamentario en Venezuela*, IDEA-Editorial Jurídica Venezolana, Panamá, 2023.

tuvo. La Oficina del Procurador Especial fue eliminada, sin claridad sobre a quién corresponde ahora la representación judicial de PDVSA³⁵⁵.

En principio, este cambio no afecta las reglas de gobernanza de PDVSA, en tanto la junta administradora ad-hoc seguiría actuando como administrador de la estatal petrolera en Estados Unidos, especialmente, en su condición de accionista de PDV Holding, Inc. Pero la realidad es mucho más compleja. Así, la capacidad de actuar de la junta dependía del reconocimiento del presidente de la Asamblea Nacional actuando como presidente encargado. Así, fue ese estatus el que llevó a las cortes a considerar que, en Estados Unidos, la representación de PDVSA solo podía ejercerla la junta administradora designada por el presidente encargado³⁵⁶.

Ahora bien, el 3 de enero de 2023 el Departamento de Estado del Gobierno de Estados Unidos emitió una declaración en la cual señaló que ese Gobierno continúa reconociendo a la Asamblea Nacional de 2015 como la única institución democrática, negando la legitimidad democrática de Maduro³⁵⁷. Se trata de una declaración similar

³⁵⁵ También se preservó a la junta administradora ad-hoc del BCV. Esas dos juntas, y el Consejo de Activos, son las únicas estructuras administrativas que se conservaron, de lo que se conocía como Gobierno Interino.

³⁵⁶ Caso *Rodolfo Enrique Jiménez, et al. vs. Luisa Palacios, et al.* Corte de Cancillería del Estado de Delaware, caso número 2019-0440-KSJM.

³⁵⁷ Véase: <https://www.state.gov/venezuelas-interim-government-and-the-2015-national-assembly/>. Véase nuestro artículo *¿Cuál es el Gobierno de Venezuela reconocido en Estados Unidos?*, *La Gran Aldea*, 10 de enero de 2023, tomado de: <https://>

a las emitidas en el pasado³⁵⁸, pero con una importante diferencia: ya no hay pronunciamiento alguno sobre el reconocimiento del presidente de la Asamblea Nacional como presidente encargado. En una rueda de prensa celebrada ese día, el portavoz del Departamento de Estado fue preguntado expresamente sobre cuál era la situación jurídica del reconocimiento al presidente encargado y de los activos. La respuesta fue un tanto elusiva: además de reiterar el reconocimiento de la Asamblea de 2015 como la última institución democrática, se aclaró que la política de sanciones, que bloquean esos activos, se mantiene en vigor³⁵⁹.

Además, el 9 de enero de 2023 se modificó la licencia general n° 31, ahora 31B, para excluir toda mención al presidente de la Asamblea Nacional como presidente encargado. Esta licencia, en todo caso, mantiene la excepción que excluye a la Asamblea de 2015 de régimen de sanciones.

En nuestra opinión, ni la declaración de 3 de enero ni la nueva licencia general n° 31B constituyen actos de reconocimiento de la Asamblea Nacional de 2015 o del Consejo de Activos como el “Gobierno de Venezuela”, o más en concreto, como el titular de las funciones de la Presidencia de la República. Lo único claro es que el recono-

lagranaldea.com/2023/01/10/cual-es-el-gobierno-de-venezuela-reconocido-en-estados-unidos/

³⁵⁸ Por ejemplo, la declaración de 4 de enero de 2022 ratificó la legitimidad de la Asamblea de 2015 así como el reconocimiento del presidente encargado: <https://www.state.gov/u-s-recognition-of-venezuelas-2015-national-assembly-and-interim-president-guaido/>

³⁵⁹ Véase: <https://www.state.gov/briefings/department-press-briefing-january-3-2023/#post-408241-VENEZUELA>

cimiento del presidente de la Asamblea Nacional actuando como presidente encargado, emitido el 23 de enero de 2019, cesó el 3 de enero de 2023.

Esto arroja una sombra de duda sobre qué organización puede representar legalmente a PDVSA en Estados Unidos, tanto en las cortes como en relación con Citgo. La junta administradora ad-hoc se ha mantenido, pero ello no quiere decir que esa junta siga teniendo la misma autoridad de la cual gozaba hasta el 3 de enero de 2023, visto el desconocimiento del presidente encargado.

La confusión legal generada por el nuevo Estatuto agrava los riesgos de PDVSA, pues esa empresa no tiene una representación legal clara en Estados Unidos. Frente a Citgo, esto puede llevar a problemas de gobernanza, pues esa empresa no puede actuar con normalidad sin su accionista final de control. Frente a la deuda pública legada, esta confusión debilita más la posición de PDVSA, justo cuando la prescripción de los derechos de la deuda, según el Derecho de Nueva York, podría comenzar a operar en 2023³⁶⁰.

El nuevo Estatuto no solo viola la Constitución al acumular el ejercicio de la función legislativa y ejecutiva en

³⁶⁰ Los títulos de deuda sometidos a la Ley de Nueva York se rigen por una cláusula de prescripción de seis años, desde el incumplimiento de esos títulos, que comenzó precisamente hace casi seis años, a fines de 2017. Véase nuestro análisis en *La Gran Aldea*, “El default de la deuda pública venezolana cumple cinco años, ¿y ahora qué?”, 23 de noviembre de 2022, tomado de: <https://lagranaldea.com/2022/11/23/el-default-de-la-deuda-publica-venezolana-cumple-cinco-anos-y-ahora-que/>

la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional³⁶¹. Además, al modificar los fundamentos jurídicos de la política de reconocimiento adoptada a partir de 23 de enero de 2019, ha puesto en duda la representación legal de PDVSA. Esto podría permitir al Gobierno *de facto* de Nicolás Maduro acreditar la representación legal de PDVSA en Estados Unidos, incluso, en su condición de Gobierno no-reconocido. De prosperar esta estrategia, los administradores de PDVSA designados por Maduro pasarían también a representar a esa empresa en Estados Unidos. No obstante, las sanciones impiden ejercer esa representación sin una licencia, con lo cual, incluso de recuperar la representación legal de PDVSA, el Gobierno *de facto* de Venezuela se vería impedido de ejercer derechos de propiedad sobre las acciones de PDV Holding, Inc.

3. *Las políticas de sanciones y la creciente informalidad y criminalización de las operaciones de PDVSA en el contexto de la dolarización de facto, la fragilidad estatal y el daño ambiental*

Como hemos explicado en otro lugar³⁶², a partir de 2013 la capacidad del Estado venezolano para cumplir con sus cometidos comenzó a debilitarse, a resultas de lo cual la fragilidad estatal de Venezuela aumentó. Esto implicó que el Estado perdió capacidad para cumplir con sus cometidos, incluyendo el ejercicio del monopolio legítimo de la violencia. En las áreas que el Estado no puede aten-

³⁶¹ Aguiar, Asdrúbal y Brewer-Carías, Allan, *El final del encargado de la presidencia y el gobierno parlamentario en Venezuela*, cit.

³⁶² Hernández G., José Ignacio, *Control de cambio y de precio. Auge y colapso institucional*, cit., pp. 120 y ss.

der, han surgido instituciones informales para así lograr satisfacer los cometidos estatales, pero de manera irregular, ineficiente y, en muchos casos, ilegal.

La informalización de la industria petrolera -como parte de la informalización de la economía- es otra dimensión de la privatización *de facto*. Así, la privatización *de facto* implica ceder, en los hechos, derechos y actividades propias de PDVSA al sector privado, lo que incluye acuerdos informales, incluso, para eludir el impacto de las sanciones.

Así, desde el punto de vista económico, la creciente fragilidad del Estado venezolano llevó a que el intercambio de bienes y servicios se realizara por instituciones informales, distintas a aquellas instituciones formalmente en vigor, pero que el frágil Estado no puede hacer cumplir. Tal fue el origen de la dolarización *de facto*, esto es, el uso del dólar como moneda de pago en transacciones, más allá de que el bolívar, en teoría, preserva su carácter formal de moneda de curso legal.

La informalidad económica también se extendió al sector de los hidrocarburos. En parte, esa informalidad respondió a las prácticas llamadas a eludir el cumplimiento de las sanciones, todo lo cual llevó a sustituir a operadores económicos formales por firmas con mayores niveles de informalidad, y que, por ello, eran más tolerables al riesgo de incumplimiento de las sanciones. Estas firmas han sido especialmente útiles para el transporte de crudo venezolano. De manera especial, destaca el apoyo

prestado por el Gobierno de Irán, en especial, para el suministro de diluentes destinados a impulsar la producción³⁶³.

También China ha apoyado las operaciones, en especial, como destino principal crudo venezolano³⁶⁴. En este último caso no es claro, sin embargo, cómo las exportaciones a China favorecen al flujo de caja, pues debido a la deuda derivada con ese país, los pagos por las exportaciones -total o parcialmente- podrían destinarse a amortizar el pago de esa deuda³⁶⁵. Las medidas fiscales adoptadas por China en 2021, a todo evento, han creado algunos obstáculos adicionales³⁶⁶.

Un caso especial es Rosneft, empresa del Gobierno de Rusia, y que mantuvo diversas operaciones con PDVSA, no solo para la realización conjunta de actividades primarias sino, además, en la comercialización de crudo venezolano. Durante el 2019, Rosneft jugó un rol clave auxi-

³⁶³ Transparencia Venezuela, *Economías ilícitas al amparo de la corrupción*, Caracas, 2022, p. 220

³⁶⁴ De Fabiola Zerpa, *vid.* “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>. Recuérdese que China participa en las operaciones primarias a través de CNPC.

³⁶⁵ Chen Aizhu y Marianna Párraga, véase: “Chinese defence firm has taken over lifting Venezuelan oil for debt offset”, *Reuters*, 26 de agosto de 2022, tomado de: <https://www.reuters.com/business/energy/chinese-defense-firm-has-taken-over-lifting-venezuelan-oil-debt-offset-sources-2022-08-26/>

³⁶⁶ “The Crude Report: China taxes out Venezuelan barrels”, *Argus*, 26 de mayo de 2021, tomado de: <https://www.argusmedia.com/en/blog/2021/may/26/podcast-the-crude-report-china-taxes-out-venezuelan-barrels>

liando a PDVSA a eludir las sanciones³⁶⁷. Este era un ejemplo de cómo, para eludir las sanciones, PDVSA ajustó su estrategia de comercialización, por medio de acuerdos poco transparentes e ineficientes.

Estos acuerdos, como sucedió con Rosneft, en parte eran tolerados por el Gobierno de Estados Unidos, pues como vimos, las órdenes ejecutivas permitían imponer las llamadas sanciones secundarias, esto es, las sanciones a firmas que no son de Estados Unidos -como Rosneft- como retaliación por la asistencia prestada al régimen de Maduro. Precisamente, el 18 de febrero de 2020 fue sancionada una filial de Rosneft por el Departamento del Tesoro³⁶⁸. Esto llevó a Rosneft a anunciar la cesión de sus activos en Venezuela a otra empresa del Estado, todo lo cual terminó incidiendo adversamente sobre la ya mermada capacidad de PDVSA³⁶⁹.

³⁶⁷ Marianna Párraga, “Exclusive: After U.S. sanctions, Venezuela seeks to collect some oil payments via Rosneft”, *Reuters*, 18 de abril de 2019, tomado de: <https://www.reuters.com/article/us-venezuela-politics-rosneft-exclusive-idUSKCN1RU2A4>

³⁶⁸ El Departamento del Tesoro designó a Rosneft Trading S.A., la filial de comercialización, así como a su presidente Didier Casimiro, por su asistencia a PDVSA. Cfr. “Treasury Targets Russian Oil Brokerage Firm for Supporting Illegitimate Maduro Regime”, nota de prensa del Departamento del Tesoro, 18 de febrero de 2020, tomado de: <https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm909>

³⁶⁹ Como se explica en este trabajo, esta cesión de activos violó el control de la Asamblea Nacional. *Vid.*: “Rosneft sells Venezuelan assets to Russia after U.S. sanctions ramp up”, *Rosneft*, 28 de marzo de 2020, tomado de: <https://www.reuters.com/article/us-russia-rosneft-venezuela-idUSKBN21F0W2>

La informalidad económica imperante, además, fomentó la realización de ilícitos financieros, por ejemplo, mediante contrabando o sobrefacturación. Debido al riesgo de violación de las sanciones, los operadores que accedieron contratar con PDVSA suelen imponer acuerdos económicos más favorables, lo que se traduce en la comercialización de crudo bajo descuento³⁷⁰. En tal sentido, un destino estratégico del crudo venezolano ha sido China, a través de Malasia y Omán, siendo que el sistema financiero ruso era principalmente empleado para la administración de pago. De allí el impacto adverso que han tenido las sanciones en contra de Rusia con ocasión a la invasión de Ucrania. Además, ahora los mecanismos informales de comercialización del crudo venezolano tienen que competir con los mecanismos, igualmente informales, de comercialización del crudo de Rusia, luego de las sanciones impuestas con ocasión a la invasión de Ucrania³⁷¹. En total, para 2021, se estimó que esos descuentos fueron cercanos a los 4.190 millones de dólares³⁷².

Otro rasgo de esta informalidad es el contrabando de productos derivados, como la gasolina. El subsidio a la gasolina ha creado incentivos para su reventa en otros mercados, como Colombia, incluso, luego del aumento acordado en mayo de 2020³⁷³. Además, el colapso de

³⁷⁰ A ello también ha influido la baja calidad del crudo, como es el caso del crudo Merey. Cfr.: *Economías ilícitas al amparo de la corrupción*, cit., p. 221.

³⁷¹ *Economías ilícitas al amparo de la corrupción*, cit., pp. 221 y 222.

³⁷² *Economías ilícitas al amparo de la corrupción*, cit., p. 224.

³⁷³ Junto con el anuncio de inversiones privadas en el expendio de gasolina -aspecto que ya hemos analizado- se anunció el incremento del precio de la gasolina en bolívares (llamada “gasolina

PDVSA afectó la producción de gasolina, todo lo cual elevó los incentivos para su contrabando. Tanto más cuando la aplicación de las sanciones limitó la posibilidad de PDVSA de recibir gasolina o diésel en el marco de operaciones de intercambio, en lo que se conoce como “swaps de diésel”, y que fueron toleradas hasta fines de 2020³⁷⁴. En la postpandemia, se ha estimado que el desvío de gasolina en Venezuela oscila entre 1.800 y 2.700 millones de dólares anuales³⁷⁵.

subsidiada”), así como la venta de gasolina en dólares. Las importaciones provenían de Irán. *Vid.*: “Maduro anuncia una subida del precio de la gasolina en Venezuela y la participación de empresarios privados en el suministro”, *BBC*, 20 de mayo de 2020, tomado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52865355>

³⁷⁴ De acuerdo con los medios, los swaps o canje de diéseles por petróleo, respondían a dos tipos de operaciones. Por un lado, ciertas firmas, como Reliance (India), exportaban crudo venezolano pagando con diésel. De otro lado, operadores del sector del gas (Repsol de España y ENI, de Italia), recibían crudo como forma de pago de la deuda que a su favor mantiene PDVSA, pero también suministraban diésel como forma de reconciliar las cuentas. El Gobierno de Estados Unidos toleró este tipo de intercambios, considerando que PDVSA no recibía efectivo y que, además, el diésel era empleado con fines humanitarios, por ejemplo, para el transporte de alimentos (Argus Media, “Reliance joins Venezuelan crude-for-diesel trade”, 10 de julio de 2020, tomado de: <https://www2.argusmedia.com/en/news/2122327-reliance-joins-venezuelan-crudefordiesel-trade?back-ToResults=true&selectedMarket=Crude%20oil>). Pero hacia fines de 2020 la política de Estados Unidos dejó de tolerar estos intercambios. Como resultado, Maduro se apoyó en Irán para acceder a gasolina (*Economías ilícitas al amparo de la corrupción*, cit., p. 14).

³⁷⁵ *Economías ilícitas al amparo de la corrupción*, cit., p. 16.

Esta informalidad también ha estado presente en las empresas mixtas, en especial, ante la decisión de algunos socios minoritarios de ceder su participación, ante la inviabilidad del negocio petrolero en Venezuela³⁷⁶. Estos socios minoritarios han sido sustituidos por otros operadores, no solo en condiciones poco transparentes sino, además, en posible contradicción a los controles derivados de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Finalmente, la informalidad derivó en pérdidas patrimoniales, por deudas acumuladas a favor de PDVSA debido a incumplimientos contractuales con intermediarios sin experiencia en el sector, pero que fueron seleccionados para avanzar en la política opaca, informal y posiblemente ilícita de comercialización. Algunos medios calcularon, en 2022, que las cuentas por cobrar podrían superar los 10.000 millones de dólares³⁷⁷.

Las estimaciones quedaron cortas. La dimensión de la informalización y criminalización de las actividades de PDVSA quedó en evidencia a mediados de marzo de 2023, ante la detención de diversos funcionarios y empresarios en el marco de investigaciones conducidas por el Gobierno de Maduro relacionadas con actos de corrupción en la comercialización de crudo, que habría arrojado

³⁷⁶ “Total, Equinor exit Venezuela oil venture, citing carbon intensity”, *Reuters*, 29 de julio de 2021, tomado de: <https://www.reuters.com/business/energy/equinor-total-exit-venezuela-onshore-oil-project-2021-07-29/>

³⁷⁷ Deniz, Roberto, “Pdvsas dio patente de corso a unos intermediarios que le quedaron debiendo”, *ArmandoInfo*, 20 de noviembre de 2022, tomado de: <https://storage.googleapis.com/qurium/armando.info/pdvsas-dio-patente-de-corso-a-unos-intermediarios-que-le-que-daron-debiendo.html>

cuentas por cobrar estimadas en 21.200 millones de dólares. Esto es, que PDVSA solo habría cobrado el 16% de las exportaciones desde el 2020³⁷⁸.

Sería un error justificar la informalización de PDVSA y estas pérdidas patrimoniales como una consecuencia de las sanciones. En realidad, éstas fueron tan solo la excusa para avanzar en la cleptocracia de PDVSA, especialmente, luego de que el colapso del control de cambios restase capacidad al régimen de Maduro para repartir rentas entre los miembros de sus élites. A falta de petro-dólares opacamente administrados por el control de cambio, se optó por transferir rentas por medio de contratos informales, especialmente, para la comercialización del petróleo. Pero al parecer, hasta el régimen de Maduro perdió el control de este sistema de reparto de rentas, lo que da cuenta del carácter estructural de la cleptocracia en el marco de la fragilidad estatal.

Por ello, la informalidad del sector de hidrocarburos, aunado a su criminalidad, debe ser interpretada como una evolución de la cleptocracia. Como explicamos en el capítulo segundo, PDVSA fue pieza clave en la captura y repartición de rentas a través de la administración corrupta del control de cambio. Pero una vez que el colapso estatal llevó al colapso de este control, se perdió la capacidad de promover la estabilidad política por medio de la distribución corrupta de la renta petrolero por medio del control de cambio. PDVSA acudió, entonces, a acuerdos

³⁷⁸ PetroGuía, “PDVSA solo cobró 16% de las exportaciones que realizó en 3 años”, 21 de marzo de 2023, tomado de: <http://www.petroguia.com/pet/noticias/petróleo/pdvsa-solo-cobró-16-de-las-exportaciones-que-realizó-en-3-años>.

económicos informales que, de similar manera, permiten la distribución clientelar de las rentas derivadas de las operaciones informales de la industria petrolera.

Otro aspecto que debe tomarse en cuenta es el impacto ambiental del colapso de PDVSA, en el marco del sistemático incumplimiento de los estándares de gobernanza, sociales y ambientales (ESG)³⁷⁹. Este daño ambiental, en realidad, es parte de las sistemáticas violaciones a los derechos ambientales derivados del colapso y criminalización del Estado venezolano, como lo evidencia la situación en el Arco Minero del Orinoco. La informalidad creciente del sector petrolero acrecienta el daño ambiental, todo lo cual atenta, especialmente, en contra de los objetivos de la transición energética³⁸⁰.

A pesar de que este cuadro de informalidad respondía a causas complejas asociadas con el paulatino proceso de destrucción de la industria petrolera, logró posicionarse, hasta cierto punto, la opinión que centraba, en la política de sanciones, la causa primera de ese colapso, en especial, ante problemas de escasez de combustibles, como el diésel, lo que dificultaba el transporte de alimentos³⁸¹. En

³⁷⁹ Por ejemplo, de Mariana Zúñiga y Anthony Faiola, *vid.* “La quebrada industria petrolera de Venezuela está derramando crudo en el mar Caribe”, *The Washington Post*, 29 de septiembre de 2020, tomado de: <https://www.washingtonpost.com/es/world/2020/09/29/la-quebrada-industria-petrolera-de-venezuela-esta-derramando-crudo-al-caribe/>

³⁸⁰ Véase el Informe de la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, de 20 de septiembre de 2022, en especial, pp. 15 y ss.

³⁸¹ “Diesel shortages paralyze Venezuelan farms, prompting sanctions debate”, *Reuters*, 19 de mayo de 2021, tomado de:

realidad, la causa de fondo de la escasez no eran las restricciones a las importaciones, sino la destrucción de la capacidad de producción de combustibles a través de la red de refinación. Asimismo, las redes informales de distribución - o contrabando - creaban restricciones adicionales. Pero, en cualquier caso, estas críticas ayudaron a reconsiderar la política de sanciones sobre el sector de los hidrocarburos por parte del Gobierno de Estados Unidos.

De esa manera, tampoco puede obviarse que las sanciones, al limitar la capacidad de contratación del Gobierno de Venezuela, crearon incentivos para la liberalización de las importaciones, lo cual - junto con el colapso de los controles centralizados - puede ayudar a comprender la precaria recuperación económica registrada en Venezuela³⁸².

Incluso, lo propio debe afirmarse en relación con la producción petrolera. El argumento según el cual el colapso de la producción fue consecuencia de las sanciones impuestas a partir de 2017 y en especial, en 2019, no explica cómo la producción pudo recuperarse. Así, si las

<https://www.reuters.com/world/americas/diesel-shortages-paralyze-venezuelan-farms-prompting-sanctions-debate-2021-05-19/>

³⁸² Este efecto positivo de las sanciones sobre la llamada “liberalización” registrada desde 2018, ha sido estudiado recientemente por Bull, Benedicte y Rosales, Antulio, “How Sanctions Led to Authoritarian Capitalism in Venezuela”, *Current History*, febrero de 2023, pp. 49 y ss.

sanciones son la restricción más vinculante a la producción, entonces, no habría sido posible incrementar ésta sin un cambio en esa política³⁸³.

Esta evidencia permite concluir, en nuestra opinión, que las sanciones son una restricción a la producción, pero no son la restricción más vinculante. Así, la restricción más vinculante es la incapacidad de PDVSA de producir petróleo, debido a causas que, como se explican en este libro, preceden a las sanciones. Por ello, y a pesar de las sanciones, PDVSA pudo sortear las limitaciones a su capacidad mediante acuerdos informales, pero de manera muy limitada³⁸⁴.

4. *La revisión de la política de sanciones y la licencia a favor de Chevron: ¿una nueva privatización de facto?*

Diversas circunstancias confluyeron para la revisión de la política de sanciones que adoptó el Gobierno de Estados Unidos en 2022, y que, de esa manera, incidió en el sector de los hidrocarburos. Conviene repasar, sumariamente, esas circunstancias.

³⁸³ La tesis de las restricciones más vinculantes, trabajada por el profesor Hausmann, aplica a problemas complejos, o sea, problemas cuyas causas responden a distintas causas. En estos supuestos, es necesario identificar cuál es la causa determinante, o la restricción más vinculante. Hay varias causas que restringen la producción petrolera, con lo cual es preciso identificar cuál es la restricción más vinculante. Nuestra tesis es que las sanciones no son la restricción más vinculante, todo lo cual implica que, incluso en el marco de las sanciones, la producción podría recuperarse, como en efecto ha sucedido.

³⁸⁴ Palacios, Luisa y Monaldi, Francisco, *Venezuela Oil Sanctions: Not an Easy Fix*, cit.

En *primer lugar*, la narrativa orientada a demostrar los efectos adversos de las sanciones sobre la economía y, por ende, a proponer su levantamiento, fue creciendo a medida que las esperanzas de lograr la transición de acuerdo con la estrategia diseñada en 2019 se desvanecían. El principal argumento empleado, en este sentido, es que las sanciones habían fallado en su intento de deponer a Nicolás Maduro, y que, por lo tanto, carecían de sentido³⁸⁵. Además, y, en *segundo lugar*, como ya explicamos, Maduro había logrado eludir parte de las sanciones con esquemas informales. Asimismo, y, en *tercer lugar*, se insistió en la necesidad de promover acuerdos negociados, todo lo cual aconsejaba revisar la política de sanciones³⁸⁶.

Finalmente, y, en *cuarto lugar*, los apoyos políticos en la cuarta Asamblea Nacional en torno al presidente encargado habían declinado considerablemente. A fines de 2021, desde las filas de la oposición, se señaló que era necesario acabar con el Gobierno Interino³⁸⁷. La Asamblea Nacional decidió extender su mandato y el mandato del presidente encargado hasta el 5 de enero de 2023, pero era ya evidente que el acuerdo político formado en 2019 se había roto, lo que también impulsaba la propuesta de levantar las sanciones.

³⁸⁵ “Capriles asegura que las sanciones fracasaron y se debe cambiar la estrategia”, *Efecto Cocuyo*, 17 de marzo de 2022, tomado de: <https://efectococuyo.com/politica/capriles-asegura-que-las-sanciones-fracasaron-y-se-debe-cambiar-la-estrategia/>

³⁸⁶ Curiel, Claudia, *De las sanciones a la Negociación: un tema de economía política*, Institute for Integrated Transitions, 2021.

³⁸⁷ “Venezuela: Julio Borges, destacado líder de la oposición, se distancia de Juan Guaidó con duras críticas”, *BBC*, 6 de diciembre de 2021, tomado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-59549486>

De otro lado, al haber iniciado negociaciones entre el Gobierno de Maduro y la Plataforma Unitaria en México, a fines de 2021, lo sensato era que la discusión sobre la revisión de las sanciones formase parte de esas negociaciones. Ello, en todo caso, no impedía avanzar en las licencias en materia humanitaria, de acuerdo con los lineamientos que la OFAC aprobó en 2019³⁸⁸. Pero la revisión del alcance de las sanciones, fuera del ámbito humanitario, debía enmarcarse en las negociaciones, tal y como el Gobierno de Estados Unidos anunció³⁸⁹.

El debate en torno a la revisión de las sanciones fue opacado por el confuso uso dado a la expresión “sanciones”, en tanto se incluyeron en esa expresión no solo a las órdenes ejecutivas a las cuales ya hemos hecho referencia, sino en general, las investigaciones criminales y de inteligencia financiera que han afectado el uso de activos financieros, así como las objeciones impuestas por los oficiales de cumplimiento y unidades de inteligencia financiera de instituciones bancarias. Pero las restricciones derivadas de las políticas de inteligencia financiera no son causadas por las órdenes ejecutivas, sino por los riesgos de legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo que

³⁸⁸ Véase el reporte del Grupo de Trabajo de Venezuela de *The Atlantic Council*, “Exploring humanitarian frameworks for Venezuela”, de 11 de marzo de 2022, tomado de: <https://www.atlanticcouncil.org/in-depth-research-reports/report/exploring-humanitarian-frameworks-for-venezuela/>. En la sección quinta ahondamos nuestro análisis de este punto.

³⁸⁹ “U.S. does not have infinite patience on renewal of Venezuela talks – official”, *Reuters*, 15 de septiembre de 2022, tomado de: <https://www.reuters.com/world/americas/us-does-not-have-infinite-patience-renewal-venezuela-talks-official-2022-09-15/>

existen en Venezuela, como consecuencia del debilitamiento del Estado de Derecho y el incremento de la criminalidad, como ampliamos en la sección quinta.

En cualquier caso, en el contexto ya señalado, la política de sanciones de Estados Unidos comenzó a cambiar. El primer indicio claro de un cambio en la política de sanciones se dio con la licencia general n° 40, de 12 de julio de 2021, la cual autorizó la exportación o reexportación a Venezuela de gas licuado de petróleo (GLP)³⁹⁰. Esta licencia quiso aliviar la escasez de gas, lo que había llevado a aumentar el uso de leña. Sin embargo, la licencia se limitó a otorgar una autorización general, sin imponer condiciones sobre cómo podría distribuirse el gas en Venezuela, siendo que una de las causas que afecta el acceso a gas es, precisamente, el colapso de PDVSA en la distribución de este producto³⁹¹.

El *segundo* indicio de un cambio fue la reunión en Caracas entre el Gobierno de Maduro y representantes del Gobierno de Estados Unidos en marzo de 2022³⁹². Aun

³⁹⁰ “EE.UU. autoriza transacciones para exportar gas licuado de petróleo a Venezuela”, *Bloomberg*, 7 de julio de 2021, tomado de: <https://www.bloomberglinea.com/2022/07/07/eeuu-autoriza-transacciones-para-exportar-gas-licuado-de-petroleo-a-venezuela> /La licencia fue renovada hasta el 12 de julio de 2023 por la licencia n° 40A, de 7 de julio de 2022.

³⁹¹ “Crisis en Venezuela: Es como vivir en la Edad de Piedra. El retorno a la cocina de leña por falta de gas en el interior del país”, *BBC*, 3 de enero de 2021, tomado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-55248348>

³⁹² “U.S. Officials Travel to Venezuela, a Russia Ally, as the West Isolates Putin”, *New York Times*, 5 de marzo de 2022, tomado de: <https://www.nytimes.com/2022/03/05/world/americas/venezuela-russia-usa.html>

cuando públicamente se negó que la visita tuviese relación directa con la situación del sector petrolero en Venezuela, algunas fuentes confirmaron que la invasión de Ucrania y la política de sanciones a Rusia, habían llevado a Estados Unidos a considerar al petróleo venezolano como una fuente alternativa de suministro³⁹³.

Esta visita avivó la discusión pública para revisar la política de sanciones, considerando que éstas no habían logrado su objetivo de impulsar la transición, a pesar de lo cual, afectaban adversamente a la economía venezolana³⁹⁴. Esta discusión se enfocaba en las consecuencias adversas de las sanciones, pero sin proponer mecanismos de aliviar esas consecuencias sin aumentar la capacidad del Gobierno de Maduro de disponer de activos externos para financiar la cleptocracia internacional y las violaciones de derechos humanos. Una alternativa, por ello, era introducir excepciones al programa de sanciones, pero basado en estándares humanitarios, esto es, estándares que aseguren el uso de activos externos -incluyendo el ingreso petrolero- para aliviar la emergencia humanitaria compleja³⁹⁵.

³⁹³ “U.S. officials make rare trip to Venezuela, discuss resuming oil imports to help replace Russian fuel”, *The Washington Post*, 6 de marzo de 2022, tomado de: <https://www.washingtonpost.com/world/2022/03/06/venezuela-american-officials-visit/>

³⁹⁴ “La carta a Biden para aliviar sanciones firmada por 25 miembros de la sociedad civil generó controversia”, *Crónica Uno*, 15 de abril de 2022, tomado de: <https://cronica.uno/la-carta-a-biden-para-aliviar-sanciones-firmada-por-25-miembros-de-la-sociedad-civil-genero-controversia/>

³⁹⁵ Véase el reporte del Grupo de Trabajo de Venezuela de *The Atlantic Council*, “Exploring humanitarian frameworks for Venezuela”, así como lo expuesto en la sección quinta.

Finalmente, el *tercer* indicio de un cambio fue que, en junio de 2022, Estados Unidos volvió a tolerar las operaciones de *swap* con Repsol y Eni como parte del pago de deuda mediante la entrega de petróleo para su exportación a Europa. Esta operación habría sido tolerada no a través de una licencia, sino de una comunicación por la cual el Gobierno de Estados Unidos certificaba que esta operación no estaba prohibida³⁹⁶. Aun cuando las condiciones iniciales de esta operación solo consistían en el pago de la deuda por petróleo, lo cierto es que el régimen de Maduro solicitó, sobrevenidamente, la entrega de combustible, en condiciones similares a las operaciones de *swap* ejecutadas hasta el 2020³⁹⁷.

Fue en estas condiciones que en noviembre de 2022 la OFAC dictó la licencia general n° 41, la cual crea las excepciones más importantes hasta ahora adoptadas al programa de sanciones sobre la industria petrolera, a favor de Chevron.

³⁹⁶ Véase el reporte de 6 de junio de 2022 publicado por *Reuters* “U.S. to let Eni, Repsol ship Venezuela oil to Europe for debt”, de Marianna Párraga y Matt Spetalnick, tomado de: <https://www.reuters.com/business/energy/exclusive-us-let-eni-repsol-ship-venezuela-oil-europe-debt-sources-2022-06-05/>

³⁹⁷ “Exclusive: PDVSA pauses oil-for-debt shipments to Europe, wants product swaps”, *Reuters*, 12 de agosto de 2022, tomado de: <https://www.reuters.com/business/energy/exclusive-pdvsa-pauses-oil-for-debt-shipments-europe-wants-product-swaps-2022-08-12/>

A. *La situación jurídica de Chevron en enero de 2019 y la evolución de la licencia general que permitió sus operaciones en Venezuela*

Para poder comprender el impacto de la licencia n° 41, es preciso repasar cuál era la situación jurídica de Chevron en enero de 2019.

Así, Chevron es accionista minoritario en cuatro empresas mixtas encargadas de la exploración y producción de hidrocarburos líquidos:

Empresa mixta y participación de Chevron	Operación	Acuerdo
Petroboscan (39,2%)	Campo Boscán (Zulia). Crudo pesado.	Acuerdo de la Asamblea Nacional, publicado en la GO N° 38.430 de 5 de mayo de 2006.
Petroindependiente (25,2%)	Campo LL-652 (Zulia). Crudo ligero.	Acuerdo de la Asamblea Nacional, publicado en la GO N° 38.430 de 5 de mayo de 2006

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

Petropiar (30%)	Faja. Petróleo extra-pesado	Acuerdo de la Asamblea Nacional, publicado en la GO N° 38.798 de 29 de octubre de 2007
Petroindependencia (34%) ³⁹⁸	Faja. Petróleo extra-pesado	Acuerdo de la Asamblea Nacional, publicado en la GO N° 39.404 de 15 de abril de 2010

Cuadro N° 3

Empresas mixtas en las cuales participa Chevron para la exploración y producción de hidrocarburos líquidos

Fuente: Gaceta Oficial

De acuerdo con la Ley Orgánica de Hidrocarburos estas empresas mixtas son las titulares de derechos de exploración y producción, y solo pueden vender los hidrocarburos naturales que produzcan a empresas de la exclusiva propiedad de PDVSA.

³⁹⁸ El Acuerdo autorizó la creación de la empresa mixta con los socios minoritarios Chevron, Mitsubishi, Inpex y Suelopetrol. En 2021, las tres últimas empresas decidieron salir de su participación en la empresa mixta. *Vid.*: "Analysis: Venezuela adjusts as sanctions spur Western oil partners to retreat", *Reuters*, 1 de junio de 2021, en: <https://www.reuters.com/business/energy/venezuela-adjusts-sanctions-spur-western-oil-partners-retreat-2021-06-01/>

Los Acuerdos dictados por la Asamblea Nacional, para preservar la exclusividad de los derechos exploración y producción, limitan la capacidad de contratación de las empresas mixtas, en sintonía con el artículo 25 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Así, estos Acuerdos reconocen que las empresas mixtas pueden contratar:

“los servicios petroleros específicos que puedan resultar necesarios, para asistir en el ejercicio de sus actividades, tales como, por ejemplo, servicios de sísmica, perforación y mantenimiento”.

No obstante, los Acuerdos ratificaron que las empresas mixtas no podrán “celebrar contrato alguno o conjunto de contratos mediante los cuales, directa o indirectamente, transfiera su función de operadora”³⁹⁹.

Esta prohibición se basa en la naturaleza del objeto social de las empresas mixtas, que corresponde al ejercicio de actividades reservadas al Estado, con lo cual, no es posible celebrar ningún contrato por el cual se ceda el ejercicio de esos derechos al sector privado.

Nótese que la prohibición aplica, también, a los contratos que de manera indirecta transfieran la operación de las actividades primarias, como sucedería con el caso de los contratos de servicios petroleros, antes estudiados.

³⁹⁹ Numeral cuarto, acuerdo segundo, Acuerdo de Petroboscan; numeral 3, acuerdo segundo, Acuerdo Petroindependiente, Petropiar y Petroindependencia.

Los Acuerdos también limitan la libertad de comercialización, al reiterar la obligación de venta de los hidrocarburos naturales producidos⁴⁰⁰. Pero en el caso de Petropiar y Petroindependencia, los Acuerdos reconocen el derecho de las empresas mixtas a comercializar directamente el "*petróleo crudo mezcla resultante del petróleo crudo mejorado*", o el "*petróleo crudo mejorado*". Los Acuerdos interpretaron el artículo 57 de la Ley, en el sentido que la reserva solo opera para los hidrocarburos naturales, no así el petróleo mejorado⁴⁰¹.

En términos sencillos, el crudo mejorado es resultado del procesamiento del crudo pesado o extrapesado, necesario para su comercialización. Las instalaciones a través de las cuales se realiza ese procesamiento son los mejoradores. Así, el crudo mejorado puede considerarse un término medio entre el crudo natural y los productos derivados de los procesos de refinación. De esa manera, las empresas mixtas tienen derecho a producir, mejorar, comercializar y el crudo mejorado, pero no así los hidrocarburos naturales que produzcan.

Pero a pesar de no tratarse de una actividad reservada, lo cierto es que tanto el mejoramiento como la comercialización del crudo mejorado, fueron incluidos en los Acuerdos como actividades propias de las empresas operadoras. Esto limita la celebración de contratos por medio de los cuales, directa o indirectamente, se traslade la operación de los mejoradores y la comercialización de crudo mejorado.

⁴⁰⁰ Acuerdo de Petroboscan y Petroindependiente, acuerdo segundo, numeral 4.

⁴⁰¹ Numeral 4, acuerdo segundo.

Es decir, que, de conformidad con los Acuerdos, el mejoramiento y la comercialización forman parte del objeto social de la empresa mixta, la cual debe mantener el control sobre esas actividades.

De esa manera, el rol de Chevron se limitaba al de accionista minoritario de las empresas mixtas. Nada impedía celebrar contratos entre las empresas mixtas y Chevron, como parte del derecho de contratación de estas empresas. Pero en relación con estos contratos, también rige la prohibición que impide ceder, directa o indirectamente, el control sobre actividades propias de la operación.

La práctica en la operación de estas empresas mixtas, sin embargo, había sido modificada por el colapso de PDVSA, que le impidió cumplir con sus obligaciones como socio mayoritario. Como explicamos en la sección tercera del capítulo segundo, en 2013 PDVSA celebró con Chevron contratos para aumentar la operación, a través de una línea de financiamiento⁴⁰². Aun cuando los términos de estos contratos no son públicos, los especialistas han observado que estos contratos otorgaron mayor control y garantías a los socios minoritarios, incluyendo Chevron. Es en el marco de estos contratos que Chevron financió la operación, dando lugar a una deuda cuyo pago dependía de la producción y exportación de petróleo⁴⁰³.

⁴⁰² “Pdvsá y Chevron suscriben este lunes acuerdo para aumentar producción de Petroboscan”, Ministerio para la Comunicación e Información, 27 de mayo de 2013: <http://www.minci.gob.ve/pdvsá-y-chevron-suscriben-este-lunes-acuerdo-para-aumentar-produccion-de-petroboscan/>

⁴⁰³ Francisco Monaldi, “La nueva apertura petrolera”, *Prodavinci*, 28 de junio de 2015, tomado de: <https://historico.prodavinci.com/blogs/la-nueva-apertura-petrolera-por-francisco-j-monaldi/>

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

Cuando el Departamento del Tesoro determinó al sector de los hidrocarburos dentro del programa de sanciones, el 28 de enero de 2019, Chevron tenía, al menos, dos tipos de relaciones contractuales con PDVSA: la que deriva de los contratos de sociedad con la CVP, y la que deriva de los contratos de financiamiento y sus contratos anexos. En tanto empresa de Estados Unidos, la política de sanciones prohibió a Chevron cumplir con esos contratos, todo lo cual hubiese implicado su salida del mercado.

Para evitar la salida del mercado de Chevron, la OFAC emitió la licencia general n° 8, el mismo día 28 de enero de 2019. Esta licencia fue renovada sucesivas veces, pudiendo distinguirse dos tipos de situaciones jurídicas autorizadas⁴⁰⁴:

Licencias	Conductas autorizadas
8 (28.1.19) 8A, 8B, 8C, 8D, 8E (17.1.20)	<i>“Actividades ordinarias, incidentales y necesarias para mantener operaciones”</i> con PDVSA. De manera expresa, se reiteró la prohibición de exportación o reexportación de diluentes.

⁴⁰⁴ José Ignacio Hernández G., “¿Y qué pasó con la licencia a Chevron?”, *La Gran Aldea*, 27 de mayo de 2022, tomado de: <https://lagranaldea.com/2022/05/27/y-que-paso-con-la-licencia-a-chevron/>

<p>8F (21.1.20) 8G, 8H, 8I, 8J (27.5.22)</p>	<p>Solo operaciones normales y necesarias como accionista minoritario. Se prohibió asumir actividades de producción, comercialización y financiamiento.</p>
--	---

Cuadro N° 4

Evolución de la licencia general n° 8

Fuente: OFAC

De acuerdo con su primera versión (licencia n° 8 a la licencia n° 8E), la licencia general permitió realizar ciertas operaciones prohibidas con PDVSA a favor de Chevron y otros contratistas, a saber, Halliburton, Schlumberger Limited, Baker Hughes y Weatherford International. Sin embargo, la licencia solo permitió realizar “*actividades ordinarias, incidentales y necesarias para mantener operaciones*” con PDVSA. De manera expresa, se reiteró la prohibición de exportación o reexportación de diluentes. Es decir, que, en la práctica, esta licencia solo permitió mantener las operaciones que Chevron realizaba, pero sin poder ampliar o modificar esas operaciones⁴⁰⁵. Con lo cual, podría concluirse que Chevron podía seguir ejecutando los contratos que había suscrito, incluyendo aquellos para el financiamiento de la operación de las empresas mixtas.

⁴⁰⁵ El 6 de junio de 2019 se renovó la licencia (ahora, licencia 8A), sin alterar las condiciones de la licencia 8. Lo propio sucedió el 26 de julio con la licencia 8B; el 5 de agosto con la licencia 8C; el 21 de octubre con la licencia 8D; y el 17 de enero de 2020 con la licencia 8E.

La segunda versión de esta licencia se dictó el 21 de abril de 2020, cuando la OFAC renovó la licencia, ahora como licencia 8F (y que se mantuvo hasta la licencia n° 8J). Así, la nueva licencia aclaró el significado de la autorización de operaciones ordinarias, incidentales y necesarias, que se había incluido en la licencia original. Así, esas operaciones deben cumplir tres condiciones: (i) aquellas necesarias para la seguridad o la preservación de activos en Venezuela; (ii) deben involucrar a PDVSA o sus filiales; y (iii) debe tratarse de las mismas operaciones existentes antes del 26 de julio de 2019.

La nueva licencia, además, enumeró el tipo de operaciones que estaban autorizadas: (i) transacciones y actividades necesarias para garantizar la seguridad del personal, o la integridad de las operaciones y activos en Venezuela; (ii) participación en asambleas de accionistas y directorios; (iii) hacer pagos en facturas de terceros por transacciones y actividades autorizadas o, en todo caso, incurridos antes del 21 de abril de 2020 (siempre que dicha actividad estuviera autorizada en el momento en que ocurrió); (iv) pago de impuestos locales y compra de servicios públicos en Venezuela; y (v) pago de salarios de empleados y contratistas en Venezuela. Además, se autorizó toda actividad para la liquidación de operaciones, contratos u otros acuerdos en Venezuela que involucren a PDVSA.

Los literales c y d incluyeron una larga lista de operaciones prohibidas que no entraban bajo las dos autorizaciones ya mencionadas.

Este listado de actividades prohibidas puede clasificarse en varios grupos. Así, encontramos prohibiciones operativas. De esa manera, Chevron no podía asumir actividades de perforación, extracción o procesamiento,

compra o venta, transporte o envío de cualquier petróleo o productos derivados del petróleo de origen venezolano (incluyendo la provisión o recepción de seguro o reaseguro), ni tampoco asumir el diseño, construcción, instalación, reparación o mejora de cualquier pozo u otras instalaciones o infraestructura en Venezuela, o la compra o provisión de cualquier bien o servicio, excepto cuando sea requerido por seguridad. Asimismo, se prohibió cualquier transacción o trato relacionado con la exportación o reexportación de diluyentes, directa o indirectamente, a Venezuela (prohibición ya presente en la licencia 8).

Además, la nueva licencia incluyó prohibiciones financieras, como el pago de cualquier dividendo, incluso en especie, a PDVSA. Esto también impedía recibir petróleo como pago de deuda. Además, se prohibió cualquier préstamo, acumulación de deuda adicional o subsidio de PDVSA. Esta prohibición impidió mantener los acuerdos de financiamiento a las empresas mixtas por parte de Chevron, con lo cual, el financiamiento de gastos de capital recayó exclusivamente en PDVSA (que no tenía, ni tiene, capacidad financiera adecuada).

Esta nueva versión de la licencia impedía a Chevron cumplir con los contratos distintos a los contratos de sociedad, y que como vimos, regulaban no solo en financiamiento sino el repago de la deuda con la producción. Asimismo, la nueva versión impidió extender nuevos financiamientos a PDVSA. Con lo cual, y en resumen, la nueva licencia impidió a Chevron apoyar la operación de las empresas mixtas, todo lo cual repercutió adversamente en la capacidad de producción de éstas, pues debido al colapso de PDVSA, la CVP no podía asumir las obligaciones relativas a las inversiones en capital y operación.

Ya hemos señalado que no podemos pronunciarnos sobre la legalidad de los contratos por medio de los cuales Chevron contribuyó con la operación de las empresas mixtas, pues el texto de esos contratos no es público. Basta con señalar que, en todo caso, la nueva versión de la licencia impidió a Chevron ir más allá de su rol como accionista minoritario.

Debido al rol que en la práctica Chevron había adquirido, las sanciones afectaron la capacidad productiva de las empresas mixtas, incluyendo Petroboscan y Petropiar⁴⁰⁶. En junio de 2022 se informó que la producción en Petroboscan estaba prácticamente paralizada⁴⁰⁷. La producción en Petropiar logró mantenerse con las restricciones derivadas de las sanciones, que llevaron a reducir los procedimientos de contratación⁴⁰⁸.

Para Chevron, estas restricciones limitaron la capacidad de cobro de su deuda, tanto por las restricciones financieras como por el declive de la producción. Hasta entonces -y según los medios- la relación financiera entre Chevron y PDVSA se basaba en distribuir el ingreso por

⁴⁰⁶ Véanse las declaraciones de Francisco Monaldi en “Crisis en Venezuela: “Chevron, la única gran petrolera estadounidense que sigue operando en el país”, *BBC*, 17 de septiembre de 2019, tomado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49720431>

⁴⁰⁷ *Banca y Negocios*, 7 de septiembre de 2022, tomado de: <https://www.bancaynegocios.com/produccion-de-crudo-de-petroboscan-estaria-paralizada-desde-junio-de-2022/>

⁴⁰⁸ “Chevron's Venezuela oil joint ventures cut fieldwork”, *Reuters*, 31 de marzo de 2020, tomado de: <https://www.reuters.com/article/us-venezuela-oil-chevron/chevrons-venezuela-oil-joint-ventures-cut-fieldwork-idUSKBN21I2HU>

venta de petrolero en tres partes iguales, para el pago de la deuda, gastos operativos y gastos de capital⁴⁰⁹.

Estos obstáculos elevaron los riesgos de que Chevron -como había sucedido con otros socios minoritarios- decidiera cesar operaciones en Venezuela⁴¹⁰. Incluso Rosneft -en una operación opaca- decidió ceder sus participaciones en el sector venezolano⁴¹¹. Además, como vimos, en el marco de las sanciones secundarias, la discrecionalidad del Gobierno de Estados Unidos para restringir operaciones con PDVSA aumentó.

Todas estas restricciones fueron consideradas por quienes, como ya vimos, cuestionaban la efectividad de las sanciones, al considerar que éstas no habían logrado su objetivo de impulsar una transición. Cada renovación de la licencia 8 volvía a reavivar el debate⁴¹². Como veremos en la sección siguiente, este debate se intensificó en

⁴⁰⁹ “Chevron awaits Venezuelan oil cargoes, but PDVSA wants payments”, *Reuters*, 28 de noviembre de 2022, tomado de: <https://www.reuters.com/markets/commodities/chevron-awaits-venezuelan-oil-cargoes-pdvsa-wants-payments-2022-11-28/>

⁴¹⁰ “Chevron barred from drilling, transporting oil in Venezuela: U.S official”, *Reuters*, 22 de abril de 2020, tomado de: <https://www.reuters.com/article/us-venezuela-politics-chevron-usa-idUSKCN2242JY>

⁴¹¹ “Rosneft sells Venezuelan assets to Russia after U.S. sanctions ramp up”, *Reuters*, 28 de marzo de 2020, tomado de: <https://www.reuters.com/article/us-russia-rosneft-venezuela-idUSKBN21F0W2>

⁴¹² “EEUU extendió licencia a petroleras para seguir operando con restricciones en Venezuela”, *Tal Cual*, 1 de junio de 2021, tomado de: <https://talcualdigital.com/eeuu-extendio-licencia-a-petroleras-para-seguir-operando-con-restricciones-en-venezuela/>

el 2022, no solo en relación con la licencia de Chevron sino también, en cuanto a la situación de las empresas Eni y Total y las operaciones de canje de diésel.

Como puede apreciarse, la política de sanciones impactó de manera especial en las operaciones de Chevron en Venezuela debido a que, para 2019, esa empresa había adquirido derechos que iban más allá de los derivados de los contratos de sociedad de las empresas mixtas, como parte de la política adoptada por PDVSA para ampliar el rol de la inversión privada en el sector y así, compensar su colapso productivo. Además, el impacto fue mayor pues, debido a las políticas predatorias implementadas en el sector, el rol de la inversión privada había sido dramáticamente reducido. Así, Chevron logró renegociar el proceso de migración a empresas mixtas, a diferencia de Exxon y Conoco, todo lo cual derivó en la expropiación de sus activos. Esto es, que Chevron era de las pocas empresas petroleras internacionales que se mantenía en Venezuela⁴¹³.

Las condiciones adversas a las operaciones de Chevron también derivaron de la ausencia de Estado de Derecho en Venezuela, al punto que gerentes de esa empresa fueron detenidos en el marco de procesos penales que, presumiblemente, no eran más que mecanismos de persecución política⁴¹⁴.

⁴¹³ Monaldi, Francisco et al., *The collapse of the Venezuelan oil industry: The role of above-ground risks limiting foreign investment*, *cit.*

⁴¹⁴ "Venezuela excarcela a 2 gerentes de estadounidense Chevron detenidos en abril: Fiscalía", *Reuters*, 6 de junio de 2018, tomado de: <https://jp.reuters.com/article/petroleo-venezuela-chevron-idLTAKCN1J22VK-OU SLB>

De allí que sería una simplificación concluir que las operaciones de Chevron en Venezuela fueron restringidas solamente por las sanciones, en tanto ello implicaría ignorar el clima institucional en el cual Chevron opera en Venezuela, marcado por la ausencia de garantía de los derechos de propiedad, junto a un proceso creciente de informalización que desdibujó el rol que, por Ley, deben cumplir las empresas mixtas, todo ello, en el marco del colapso operativo y financiero de PDVSA.

B. *La licencia general n° 41 y la situación jurídica de Chevron*

Al inicio de 2022 la narrativa a favor del levantamiento de las sanciones había cobrado fuerza. En el sector petrolero, el principal argumento era que las sanciones habían afectado la producción petrolera, a pesar de que era ya evidente que la estrategia de transición de 2019 había fracasado. Esta discusión fue especialmente intensa al inicio de ese año, debido a que la OFAC debía renovar, nuevamente, la licencia general n° 8. La confusión aumentó luego de que en marzo de 2022 enviados del Gobierno de Estados Unidos mantuvieron una reunión en Caracas con el régimen de Maduro -cambiando, de esa manera, la política de reconocimiento adoptada desde 2019.

También contribuyó a esta narrativa la invasión a Ucrania de febrero de 2022, que llevó a imponer sanciones en contra del petróleo ruso, afectando de esa manera el suministro a Estados Unidos. En este contexto -marcado además por el alza de los precios- Venezuela pudo ser considerada como una opción para abastecer de nuevo el

mercado de Estados Unidos, y así compensar -al menos en parte- la caída de las exportaciones desde Rusia⁴¹⁵.

Frente a las expectativas de reformas a la licencia general n° 8 para aliviar las restricciones aplicables a Chevron, el Gobierno de Estados Unidos adoptó, a fines de mayo de 2022, una posición más conservadora. Así, por un lado, como ya vimos, decidió renovar la licencia general n° 8 sin aliviar las restricciones de Chevron. Pero al mismo tiempo -según los medios- se habría autorizado a Chevron para negociar directamente con el régimen de Maduro las condiciones bajo las cuales podría ampliar sus operaciones en Venezuela. Tal autorización solo habría podido hacerse por medio de una licencia individual, no sujeta a las reglas de publicidad de las licencias generales⁴¹⁶.

Al mes siguiente, y en un claro indicio de cómo la política de sanciones estaba cambiando, Estados Unidos volvió a tolerar las operaciones de swap con Repsol y Eni como parte del pago de la deuda mediante la entrega de petróleo para su exportación a Europa.

A medida que se acercaba la expiración de la licencia general n° 8J, el 1 de diciembre, las expectativas sobre la posible flexibilización de las sanciones aumentaba. El Gobierno de Estados Unidos había insistido en que cualquier revisión de la política de sanciones estaba condicionada a

⁴¹⁵ Palacios, Luisa y Monaldi, Francisco, *Venezuela Oil Sanctions: Not an Easy Fix*, *cit.*

⁴¹⁶ José Ignacio Hernández G., “¿Y qué pasó con la licencia a Chevron?”, *cit.* Chevron habría recibido una licencia individual para poder negociar con el régimen de Maduro nuevos acuerdos que permitiesen ampliar sus operaciones en Venezuela.

un avance en la transición democrática, en concreto, a través de las negociaciones que la Plataforma Unitaria y el Gobierno *de facto* de Maduro mantienen en México⁴¹⁷.

Fue necesario, por ello retomar esas negociaciones para justificar la adopción de una nueva licencia aplicable a Chevron. Así, el sábado 26 de noviembre, cerca del mediodía, las partes reunidas en México estaban firmando el segundo acuerdo social⁴¹⁸, cuando la OFAC publicó dos nuevas licencias generales: la licencia 8K aplicable a contratistas del sector petrolero y la licencia general n° 41, a favor de Chevron y las empresas mixtas en las cuales ésta participa. La vigencia de la licencia es de seis meses, con una cláusula de renovación mensual automática⁴¹⁹.

La licencia general n° 41 plantea retos importantes para su interpretación. A estos efectos, es importante recordar que la política de sanciones limitó la capacidad de actuar de las empresas mixtas en las cuales Chevron participa, y de la propia Chevron. Así, las empresas mixtas, en tanto filiales de PDVSA, son también sujetos sancionados. A su vez, Chevron como sujeto de Estados Unidos,

⁴¹⁷ Las negociaciones habían iniciado en agosto de 2021, y no se habían vuelto a retomar. “La administración de Biden suavizará las sanciones contra Venezuela”, *AA*, 7 de mayo de 2022, tomado de: <https://www.aa.com.tr/es/mundo/la-administracion%C3%B3n-de-biden-suavizar%C3%A1-las-sanciones-contra-venezuela-/2590808>

⁴¹⁸ Este segundo acuerdo prevé la creación del fondo para la protección social del pueblo de Venezuela, con activos “bloqueados”. En la sección quinta formulamos algunos comentarios.

⁴¹⁹ José Ignacio Hernández G., “La nueva licencia a Chevron: poco transparente y “posiblemente” inconstitucional”, *La Gran Aldea*, 28 de noviembre de 2022, tomado de: <https://lagranaldea.com/2022/11/28/la-nueva-licencia-a-chevron-poco-transparente-y-posiblemente-inconstitucional/>

no puede mantener ninguna relación con esas empresas mixtas, con PDVSA y en general, con el Gobierno de Venezuela. La nueva licencia, por ello, autoriza la realización de ciertas operaciones, tanto para las empresas mixtas como para Chevron.

De esa manera, los sujetos autorizados son dos: Chevron y las empresas mixtas en las que ésta participa, que equívocamente, son identificadas como empresas mixtas de Chevron -cuando en realidad son empresas mixtas de PDVSA-. En este sentido, la sección a) de la licencia general n°41 define qué actividades han sido autorizadas. Así, se autorizaron las actividades de producción y extracción de petróleo y sus derivados, así como la venta y exportación de estos productos, pero solo a Estados Unidos, con un derecho preferente a favor de Chevron. También se autorizó, de manera accesoria, la compra e importación de productos necesarios para realizar las actividades anteriores.

Como se observa, en el ámbito de la licencia se crea un monopolio legal a favor de Estados Unidos, en el sentido que el petróleo producido por las empresas mixtas en las cuales Chevron participa solo podrá destinarse al mercado interno, o a la exportación a Estados Unidos, con un derecho preferente a favor de Chevron. Por lo tanto, los sujetos autorizados por la licencia no pueden exportar petróleo a otros países, ni tampoco pueden decidir libremente a quién venden petróleo en Estados Unidos. Este monopolio es ratificado en la sección b), que, al enumerar las prohibiciones, prohíbe la exportación de petróleo a países distintos a Estados Unidos.

La sección b) también prohíbe el pago de tributos y regalías al Gobierno de Venezuela, y el pago de dividendos a PDVSA (o cualquier otra entidad del Gobierno de

Venezuela). Esto es, que la licencia no autoriza el pago del *government take* derivado de las actividades de producción y exportación.

La interpretación de las actividades autorizadas y prohibidas genera, desde el punto de vista del Derecho venezolano, diversas dudas. La duda principal es que la licencia autoriza las operaciones ordinarias y necesarias relacionadas con las actividades de Chevron, incluyendo la producción de petróleo. Pero como ya hemos explicado, Chevron no tiene derecho a producir y comercializar petróleo, pues ese derecho pertenece exclusivamente a las empresas mixtas en las cuales ésta participa. Por lo tanto, aun cuando, desde la licencia, los sujetos autorizados son Chevron y las empresas mixtas, desde el Derecho venezolano, la autorización solo puede incidir en las empresas mixtas, pues éstas son las titulares exclusivas de los derechos de producción y, en su caso, exportación de crudo mejorado.

De otro lado, no queda claro cómo Chevron podría asegurar el cumplimiento de la licencia, siendo que son las empresas mixtas -controladas por PDVSA- quienes tienen derecho a producir y comercializar petróleo. La licencia no puede autorizar a empresas venezolanas -como las empresas mixtas- a realizar operaciones en Venezuela -como la producción de petróleo-, pues las órdenes ejecutivas que dan fundamento a la política de sanciones no inciden en Venezuela respecto de operaciones realizadas por empresas venezolanas. De allí que, en los hechos, la licencia solo podría cumplirse si Chevron -como empresa sujeta a la política de sanciones- es quien lleva a cabo las actividades de producción y comercialización, lo que violaría la Constitución y la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

En efecto, la sanción a las empresas mixtas, como parte del Gobierno de Venezuela, solo puede operar en el ámbito de la jurisdicción de Estados Unidos, de acuerdo con dos estatutos: (i) el *estatuto personal*, que prohíbe relaciones entre las empresas mixtas y sujetos de Estados Unidos, y (ii) el *estatuto territorial*, que impide a las empresas mixtas realizar operaciones en Estados Unidos. Pero la sanción no incide, ni puede incidir, en la operación de las empresas mixtas en Venezuela. Por ello, en la práctica, la licencia solo podría cumplirse si Chevron es quien lleva a cabo las actividades de producción y comercialización.

Lo propio cabe afirmar respecto del monopolio creado para la exportación del petróleo producido a Estados Unidos: esa exportación queda a cargo de la empresa mixta, y en el caso del crudo natural, de empresas de la exclusiva propiedad de PDVSA. Esto es, que el único petróleo que las empresas mixtas podrían exportar es el crudo mejorado. Pero incluso así, la exportación la haría la empresa mixta, no Chevron. Por lo tanto, la licencia supone que Chevron es quien exporta el crudo mejorado, lo que podría apartarse de los Acuerdos aprobados por la Asamblea Nacional, pues como ya explicamos, éstos solo confieren el derecho a exportar crudo mejorado a las empresas mixtas.

Más complicada es la interpretación que prohíbe el pago del *government take*. Hay que recordar cuáles son los vehículos por medio de los cuales el Estado capta el ingreso petrolero: (i) las regalías y tributos son pagados a la República por el titular de los derechos petroleros, o sea, las empresas mixtas, y (ii) el dividendo es pagado a PDVSA por la CVP, sobre la base de utilidades líquidas y recaudadas. Estos pagos son operaciones realizadas en Venezuela por empresas venezolanas, con lo cual, la

política de sanciones no puede incidir en ellas. En otros términos, las empresas mixtas en las cuales Chevron participa, pueden pagar regalías y tributos a la República, y dividendos a PDVSA, en tanto esas operaciones se realizan en Venezuela o, en su caso, no involucran a Estados Unidos. De allí que la prohibición de pago de regalías, tributos y dividendos no tiene aplicación práctica. Y en todo caso, sería inconstitucional cualquier medida que eluda esos pagos, en especial, pues no es posible producir petróleo en Venezuela sin pagar regalías y tributos.

El Departamento del Tesoro, al emitir la licencia, reiteró que se prohíbe a PDVSA recibir beneficios de la venta de petróleo por Chevron⁴²⁰. Estas son afirmaciones muy imprecisas. Por un lado, el único pago que recibe PDVSA es por concepto de dividendos, pues los tributos y la regalía se pagan a la República. De otro lado, según los Acuerdos que vinculan a Chevron, y bajo la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la comercialización de petróleo solo puede ser realizada por filiales de PDVSA o por las empresas mixtas.

Esta prohibición podría tener sentido en un esquema en el cual sea Chevron quien perciba el ingreso petrolero, en la medida en que esa empresa asuma actividades de producción y exportación. En este escenario, sería Chevron quien asumiría los costos de operación y se encargaría además de la comercialización, que solo puede hacerse a Estados Unidos y con un derecho preferente a favor de filiales de Chevron.

⁴²⁰ "Treasury Issues Venezuela General License 41 Upon Resumption of Mexico City Talks", 26 de noviembre de 2022, tomado de: <https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy1127>

En este caso, el ingreso petrolero -que se obtiene por la exportación- sería retenido por Chevron, sin que la empresa mixta pueda recibir la parte que le corresponde de ese ingreso para el pago del *government take*.

Por supuesto, también es posible que la empresa mixta venda a Chevron el crudo ya producido al momento en el que la licencia entró en vigor, y respecto del cual ya ha debido pagarse la regalía y tributos correspondientes. En este escenario, igualmente Chevron retendría la totalidad del producto de la venta, sin poder entregar a la empresa mixta la cuota parte que le corresponde de acuerdo con la participación accionarial de la CVP.

De esa manera, la licencia general n°41 pretende autorizar a Chevron a producir y comercializar petróleo. Esto sería contrario al Derecho venezolano, pues de conformidad con la Constitución, la Ley Orgánica de Hidrocarburos y los Acuerdos de la Asamblea Nacional, la producción y exportación de crudo son actividades que solo el Estado puede llevar a cabo a través de las empresas mixtas, incluso respecto del crudo mejorado. Este es, sin duda, el aspecto más importante de la nueva licencia. Aquí hay dudas que no pueden resolverse, pues la licencia general n° 41 solo tiene una parte de la información que necesitamos para comprender mejor su alcance práctico.

Debemos además insistir en que la prohibición de pago del ingreso petrolero es inconstitucional, como también es inconstitucional toda operación de renegociación de la deuda entre Chevron y PDVSA al margen del control parlamentario. La prohibición de realizar pagos al Gobierno de Venezuela ha generado dudas adicionales, pues no resultan claros los incentivos del régimen de Maduro para aceptar esta restricción. Ciertamente, la vaguedad de la licencia permitiría arreglos contables para

trasladar parte de la renta a las empresas mixtas y de allí a PDVSA, incluso, manteniéndose la aplicación de la prohibición de pago del *government take*. Este tipo de acuerdos, sin embargo, generan un importante riesgo legal para Chevron, en caso de que se considere que ha violado los términos de la licencia⁴²¹.

Tanto más confusa es la situación luego de que algunos medios señalaran que Chevron habría sido autorizada, por licencia individual, para efectuar pagos al Gobierno de Venezuela, lo que supondría mantener un esquema de distribución de los ingresos por ventas similares al que se mantenía antes de las sanciones⁴²². De ser cierta esta información, se estaría solventando el potencial problema de inconstitucionalidad por la prohibición de pago del *government take*, pero creando a su vez otro problema: el aumento del ingreso fiscal del Gobierno de Maduro al margen de cualquier mecanismo de control.

No se discute la conveniencia de preservar las operaciones de Chevron en Venezuela, como política para contrarrestar la creciente informalidad del sector petrolero venezolano, informalidad que crea obstáculos adicionales a la recuperación del sector. Tampoco se pone en duda la protección legal de los derechos económicos de esa empresa, ni el derecho al pago de su deuda comercial con

⁴²¹ Francisco Rodríguez ha explicado cómo, bajo cierta interpretación, no solo el Estado venezolano recibiría parte de las rentas, sino que, además, aumentaría sus ingresos. “¿Quién se beneficia de la licencia a Chevron de la OFAC?”, de 29 de noviembre de 2022, tomado de: <https://franciscorodriguez.net/2022/11/29/quien-se-beneficia-de-la-licencia-a-chevron-de-la-ofac212/>

⁴²² Energy Intelligence, “The Coming Sanctions Test for Venezuela”, 6 de abril de 2023, tomado de: <https://www.energyintel.com/00000187-5487-dcab-af9f-f4cf643f0000>

PDVSA. Probablemente, de no haberse dictado la licencia general n° 41, la empresa hubiese podido verse forzada a salir del mercado venezolano -agravando más todavía la informalidad del sector-. Pero lo cierto es que las operaciones de Chevron, para orientarse a la reconstrucción institucional del sector, deben responder a los principios de transparencia y juridicidad.

C. *Las relaciones contractuales entre PDVSA y Chevron bajo la licencia general n° 41*

Poco menos de una semana después de emitida la licencia general n° 41, se anunció la firma de “*contratos para la continuidad de las operaciones y las actividades de producción de la empresa petrolera estadounidense*” entre Chevron y PDVSA. Según la nota de PDVSA, “*la firma de estos contratos se basa en la Constitución de la República y el marco jurídico de Venezuela*”⁴²³.

Según los medios, los nuevos contratos habrían sido suscritos en relación con dos de esas empresas mixtas, a saber, Petroboscan y Petropiar, para recuperar la producción y así permitir el pago de la deuda de miles de millones de dólares que tiene Chevron, consecuencia del financiamiento que inició en 2013. En concreto, se trataría de “*contratos de asistencia técnica*” (TSA), que delegan en

⁴²³ José Ignacio Hernández G, “¿Son constitucionales los nuevos contratos petroleros de Chevron?”, *La Gran Aldea*, 5 de diciembre de 2022, tomado de: <https://lagranaldea.com/2022/12/05/son-constitucionales-los-nuevos-contratos-petroleros-de-chevron/>

Chevron las actividades propias de la operación⁴²⁴. Además, Chevron tomó control del mejorador de Petropiar⁴²⁵.

Además, a comienzos de 2023 se adoptaron cambios en la gobernanza corporativa. Así, el 6 de enero se anunció la designación de un nuevo presidente de PDVSA, que viene del ámbito militar⁴²⁶. Asimismo, la junta directiva de Petropiar designó a un representante de Chevron como gerente general, lo que demuestra la intención de aumentar el rol de Chevron en la operación de esa empresa mixta⁴²⁷.

El 10 de enero los medios informaron que Chevron recibió el primer cargamento de crudo⁴²⁸. Probablemente se

⁴²⁴ “Venezuela, Chevron formally sign oil contracts in Caracas”, *Reuters*, 2 de diciembre de 2022, tomado de: <https://www.reuters.com/business/energy/venezuela-signs-contracts-with-chevron-reanimate-expand-oil-output-2022-12-02/>

⁴²⁵ “Chevron tomará el control de un mejorador de Petropiar”, *El Nacional*, 6 de diciembre de 2022, tomado de: <https://www.elnacional.com/economia/chevron-tomara-el-control-de-un-mejorador-de-petropiar/>

⁴²⁶ En enero de 2023 se designó a Pedro Tellechea, quien es militar, y quien sería cercano al entonces ministro de petróleo, Tareck El Aissami. Véase: ¿Quién es Pedro Rafael Tellechea, el nuevo presidente de PDVSA?, *Banca y Negocios*, 7 de enero de 2023, tomado de: <https://www.bancaynegocios.com/perfil-quien-es-pedro-rafael-tellechea-el-nuevo-presidente-de-pdvsa/>

⁴²⁷ “Petropiar designó al ejecutivo de Chevron Martin Philipsen su nuevo gerente general”, *El Pitazo*, 5 de enero de 2023, tomado de: <https://elpitazo.net/economia/petropiar-diseño-a-martin-philipsen-chevron-gerente-general/>

⁴²⁸ El cargamento fue de 500.000 barriles de crudo extra-pesado Hamaca, producido por Petropiar. Véase, de Marianna Párraga, “Chevron's first cargo of Venezuelan oil after license departs for

trataba de crudo producido en inventario, respecto del cual ya se habían pagado regalías y tributos⁴²⁹. No obstante, hasta la fecha, no ha habido información pública sobre el crudo que ha sido cedido a Chevron, presumiblemente, como forma de pago de su deuda. Tampoco hay información pública sobre las operaciones que habría asumido Chevron. Pareciera, en todo caso, que al menos durante los seis meses de vigencia de la licencia, las operaciones de Chevron estarán concentradas en recibir petróleo como forma de pago y mantener las operaciones de las empresas mixtas para asegurar ese pago, sin inversiones en capital⁴³⁰. Desde esta perspectiva, la licencia - más allá de ampliar los derechos de Chevron - no parece dar piso jurídico para una expansión de las operaciones en Venezuela, sino que se orienta más bien a preservar la operación para el pago de la deuda. Al menos, durante sus seis

U.S.", *Reuters*, 10 de enero de 2023, tomado de: <https://www.reuters.com/business/energy/chevrons-first-cargo-venezuelan-oil-after-license-departs-us-2023-01-10/>

⁴²⁹ Durante el mes de enero, los medios informaron de nuevos cargamentos. De Marianna Párraga y Mircely Guanipa, véase: "Venezuela earmarks a third oil cargo to Chevron under U.S. license -sources", *Reuters*, 12 de enero de 2023, tomado de: <https://www.reuters.com/business/energy/venezuela-earmarks-third-oil-cargo-chevron-under-us-license-sources-2023-01-12/>. Los nuevos cargos incluirían al crudo extra-pesado Boscán.

⁴³⁰ La licencia no deja claro si Chevron puede realizar inversiones en capital, en tanto pareciera limitarse al financiamiento de los gastos operación. El 1 de diciembre de 2022, Mike Wirth, presidente de Chevron, declaró que la empresa no tiene planes de aumentar la inversión en Venezuela en el corto plazo. *Vid.*: "Chevron unlikely to invest more in Venezuela in short term, says CEO", *Reuters*, tomado de: <https://www.reuters.com/business/energy/chevron-ceo-expects-gradual-relaxation-us-sanctions-venezuela-2022-12-01/>

primeros meses de vigencia⁴³¹. Para abril de 2023, algunas estimaciones apuntaban a que Chevron podría estar exportando cerca de 115 Mbd⁴³².

Al mismo tiempo, PDVSA inició políticas la revisión de sus esquemas opacos de comercialización, para maximizar así su ingreso, quizás tratando de compensar los ingresos que dejará de percibir al pagar la deuda de Chevron con crudo⁴³³. Fue precisamente en el marco de estas políticas que en marzo de 2023 se anunció el inicio de investigaciones de corrupción, ante lo cual, el ministro del sector renunció. Una vez más, y repitiendo las malas prácticas de gobernanza que derivaron en la corrupción de PDVSA, el presidente de la estatal petrolera fue designado como ministro⁴³⁴.

⁴³¹ De Marianna Párraga, véase “Chevron sending two oil tankers to Venezuela under U.S. approval”, *Reuters*, 30 de diciembre de 2022, tomado de: <https://www.reuters.com/business/energy/chevron-load-venezuelan-oil-exports-supply-diluents-joint-venture-2022-12-30/>. Véase también: “Monaldi: “La licencia de la OFAC a Chevron es muy frágil”, *El Estímulo*, 1 de diciembre de 2022, tomado de: <https://elestimulo.com/economia/2022-12-01/monaldi-la-licencia-de-la-ofac-a-chevron-es-muy-fragil/>

⁴³² De Marianna Párraga y Mircely, “Venezuela’s March oil exports rise on more supertankers. Chevron cargoes”, *Reuters*, 4 de abril de 2023, tomado de: <https://www.reuters.com/markets/commodities/venezuelas-march-oil-exports-rise-more-supertankers-chevron-cargoes-2023-04-04/>

⁴³³ De Marianna Párraga, véase: “Venezuela tightens oil prepayment rules”, *Reuters*, 30 de enero de 2023, tomado de: <https://www.reuters.com/business/energy/venezuela-tightens-oil-prepayment-rules-documents-show-2023-01-30/>

⁴³⁴ En el medio de las investigaciones de corrupción iniciadas a mediados de marzo de 2023, El Aissami renunció, y en su lugar fue

Ahora bien, tomando en cuenta la poca información disponible, puede deducirse que el TSA que habría suscrito Chevron podría coincidir con el contrato de servicio petrolero, ya estudiado. Así, un posible arreglo contractual sería el siguiente. Las empresas mixtas encomiendan a Chevron la realización de todas las actividades necesarias para producir y exportar crudo, incluyendo mejorar el crudo producido en Petropiar. Esta exportación solo se haría para abastecer el mercado de Estados Unidos, y Chevron (a través de sus filiales en ese país) tendría el derecho preferente a adquirir el petróleo. Por ello, el TSA podría encomendar a Chevron la representación legal de las empresas mixtas, lo que implicará que Chevron actuaría en nombre de las empresas mixtas para vender el petróleo, y actuaría en nombre propio para la compra de petróleo (por medio de filiales distintas). Es decir, que, a través de sus filiales, Chevron no solo asumiría la operación, sino que actuaría como *offtaker* del crudo producido⁴³⁵.

designado Tellechea. *Vid.*: “Venezuela’s Oil Minister Resigns Amid PDVSA Corruption Probe”, Bloomberg, 20 de marzo de 2023: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-03-20/venezuela-oil-minister-tareck-el-aissami-resigns-amid-pdvsaprobe?leadSource=uverify%20wall>

⁴³⁵ El crudo venezolano puede comercializarse bajo la modalidad Free On Board (FOB), con lo cual la propiedad del crudo se transfiere en puerto venezolano al comprador. Jurídicamente la venta la hace la empresa mixta, pero, en la práctica, la operación quedaría bajo el control de Chevron. Esto implica que, a través de sus filiales, Chevron sería el comprador designado. Por ejemplo, Chevron ha adquirido crudo para su procesamiento en la refinería de su propiedad en Pascagoula (Misisipi). Pero también podría Chevron vender el crudo a otras refinerías, como ya habría sucedido. *Vid.*: “Chevron Expands Venezuelan Crude

Si Chevron asume la venta de petróleo, entonces, recibirá todo el ingreso petrolero. Aquí entraría en juego las prohibiciones fiscales ya mencionadas. Una posible interpretación es que Chevron retiene la totalidad de la venta del petróleo, a los fines de asumir los costos de operación y pagar la deuda que mantiene con PDVSA. Bajo este arreglo contractual, no habría pago alguno a favor del Gobierno de Venezuela, pues operaría una suerte de compensación entre los pagos debidos por regalías, tributos y la cuota-parte de PDVSA en la producción, y la deuda con Chevron⁴³⁶. En otros términos: el Gobierno de Venezuela (la República y PDVSA) no recibiría ingresos por concepto de dividendos, regalías y tributos, pues la totalidad del ingreso por venta del petróleo -deducido los costos de operación- serían percibidos por Chevron, y empleados para cubrir costos de operación, percibir la cuota-parte de Chevron como socio y para el pago de su deuda. Esta regla aplicaría al nuevo crudo producido. Respecto del crudo ya producido al momento de dictarse la licencia, y que ha sido cedido a Chevron, cabe asumir que la empresa mixta ya habría pagado la regalía y tributos correspondientes⁴³⁷.

Sales to Other Oil Refiners”, *Bloomberg*, 13 de enero de 2023, tomado de: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-01-13/chevron-expands-venezuelan-crude-sales-to-other-oil-refiners>

⁴³⁶ PDVSA puede ceder la cuota-parte que le corresponde por el crudo vendido, luego de asumido los costos operativos y el pago de la regalía y tributos. Sin embargo, el acreedor del pago de la regalía y tributos es la República, no PDVSA. Esto daría lugar a una cuenta por cobrar entre la empresa mixta y la República.

⁴³⁷ “Chevron to Send First Venezuelan Crude Shipment to US by Late December”, *Bloomberg*, 29 de noviembre de 2022, tomado

En todo caso, y a pesar de que los primeros cargamentos cedidos a Chevron pueden haber sido de petróleo en inventario, hay indicios de que bajo el TSA la producción en las empresas mixtas en las cuales ella opera habría aumentado de 50 Mbd para noviembre de 2022 a 90 Mbd en enero de 2023, con estimaciones de llegar a 200 Mbd⁴³⁸. Este incremento sería resultado, principalmente, del control de Chevron sobre las operaciones de producción, mejoramiento y exportación, para paliar así el colapso de la capacidad de PDVSA. En todo caso, respecto de la nueva producción, no sería posible que Chevron transfiera ingresos a la empresa mixta, a PDVSA o a la República. Esta condición generó, al inicio, críticas desde el Gobierno de Maduro⁴³⁹

Existen muchas lagunas en esta posible interpretación de la relación contractual entre Chevron y PDVSA (a través de las empresas mixtas). Asimismo, como ya vimos, estas lagunas permitirían trasladar parte del ingreso petrolero a PDVSA, a pesar de que la licencia prohíbe el

de: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-11-29/chevron-to-send-first-venezuela-crude-shipment-by-late-december?leadSource=uverify%20wall>. Se trataría del crudo pesado Boscán.

⁴³⁸ “Chevron Venezuela output up by 40,000 b/d”, *Argus Media*, 27 de enero de 2023, tomado de: <https://www.argusmedia.com/es/news/2414063-chevron-venezuela-output-up-by-40000-bd>

⁴³⁹ De Vivian Sequera, véase “Venezuela's Maduro complains about U.S. cash-less authorizations”, *Reuters*, 2 de febrero de 2023, tomado de: <https://www.reuters.com/world/americas/venezuelas-maduro-complains-about-us-cash-less-authorizations-2023-02-03/>

pago de regalías, tributos y dividendos⁴⁴⁰. Como vimos, algunos medios señalaron que Chevron recibió una licencia individual que le permitiría hacer pagos al Gobierno de Venezuela, bajo un arreglo similar al implementado desde 2013. Incluso con esta limitada información, existen importantes dudas sobre la constitucionalidad de los arreglos contractuales entre PDVSA y Chevron.

Así, y, en *primer lugar*, Chevron no puede asumir las actividades de producción, pues esas actividades solo pueden ser realizadas directamente por las empresas mixtas. De conformidad con la Constitución y la Ley Orgánica de Hidrocarburos, los Acuerdos que autorizaron la creación de las empresas mixtas limitan su capacidad contractual, y expresamente, prohíben a las empresas mixtas ceder indirectamente el control sobre actividades que solo ellas pueden realizar, incluyendo la producción. Por ello, si el TSA firmado traslada a Chevron, de manera directa o indirecta, el control sobre las tareas relativas a la producción, estaríamos ante un contrato cuyo objeto sería ilegal.

En *segundo lugar*, la comercialización de petróleo es una actividad privativa de las empresas mixtas, que tampoco podría ser delegada a Chevron. En el caso de los

⁴⁴⁰ Por ejemplo, podría concluirse que no se viola la licencia si las empresas mixtas pagan tributos y regalías a la República, considerando que la prohibición solo aplica a Chevron. Otra posibilidad es considerar que las empresas mixtas pueden decidir exportar petróleo a otros países, en tanto la limitación de exportación a Estados Unidos solo aplica a Chevron. No creemos, sin embargo, que ninguna de esas interpretaciones sea consistente con la licencia, que como vimos, aplica tanto a las empresas mixtas como a Chevron. De otro lado, el riesgo de cumplimiento recae en esta empresa, quien por ende podría adoptar una posición más bien conservadora.

hidrocarburos naturales, esta prohibición deriva de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, como reconoce el Acuerdo de la Asamblea Nacional, según el cual, los hidrocarburos naturales producidos solo pueden ser comercializados por empresas de la exclusiva propiedad de PDVSA. La situación jurídica de Petropiar es distinta, en tanto el Acuerdo sí permite a esa empresa mixta comercializar el crudo mejorado. Pero la comercialización del crudo mejorado forma parte del objeto social que debe realizar la empresa mixta, con lo cual, tampoco podría cederse el control de esta comercialización al socio minoritario.

Al margen de lo anterior, y, en *tercer lugar*, sería inconstitucional permitir la producción de petróleo sin el pago de regalías y tributos. Estos ingresos son indisponibles, y no pueden ser empleados para “compensar” la deuda con Chevron⁴⁴¹. Una solución adecuada hubiese sido disponer que los conceptos debidos por *government take* hubiesen sido depositados en una cuenta en Estados Unidos, cuyos activos quedarían bloqueados por el régimen de las sanciones, sin perjuicio de su posible uso con fines humanitarios, como se amplía en la sección quinta. En todo caso, la disposición de los ingresos fiscales petroleros debe quedar sujeta al control presupuestario bajo el principio de transparencia. Por ello, incluso si Chevron, a través de una licencia individual, paga el *government take*, la falta de control parlamentario y la opacidad de esa operación serían igualmente inconstitucionales.

⁴⁴¹ No solo por tratarse de ingresos indisponibles, sino, además, por cuanto el acreedor es la República, no PDVSA, que es el deudor de Chevron.

En *cuarto lugar*, estos contratos -incluyendo la renegociación de la deuda con Chevron- podrían quedar sometidos al control de la Asamblea Nacional de conformidad con el artículo 187.3 de la Constitución, incluyendo los contratos de interés público nacional, como podría ser el contrato por medio del cual se cede a Chevron la operación del mejorador de Petropiar.

En *quinto lugar*, estos arreglos contractuales, al permitir el pago de la deuda de Chevron con ingresos petroleros, generan conflicto con otros acreedores de PDVSA, incluyendo a quienes cuentan con una medida de embargo sobre PDV Holding, Inc. La deuda pública externa de PDVSA debe ser renegociada de manera transparente, asegurando el principio de igualdad de trato. Que PDVSA beneficie a un acreedor sobre otros, supone un riesgo de trato discriminatorio que puede dar lugar a litigios⁴⁴².

En *sexto lugar*, estos arreglos contractuales, al implicar disponer de ingresos que corresponden a la República a favor de PDVSA, pueden ser considerados como una prueba de la falta de autonomía de PDVSA, y, por ende, como un argumento a favor de la tesis del alter ego, ya explicada. En suma, y apartando su constitucionalidad, los arreglos fiscales evidencian cierto grado de confusión entre las cuentas de la República y de PDVSA.

⁴⁴² En enero de 2023 se anunció un posible acuerdo para que Conoco reciba crudo como pago de su deuda derivada de laudos contractuales firmes que condenaron a PDVSA. *Vid.*: “ConocoPhillips in Talks to Sell Venezuelan Oil in U.S. to Recover Billions It Is Owed”, Patricia Garip, *The Wall Street Journal*, 12 de enero de 2023, tomado de: <https://www.wsj.com/articles/conocophillips-in-talks-to-sell-venezuelan-oil-in-u-s-to-recover-billions-in-debt-11673561640>

Por último, y en *séptimo lugar*, existe una contradicción entre las condiciones de la licencia y el rol constitucional de PDVSA, pues lo cierto es que la licencia compromete la ejecución de políticas públicas de hidrocarburos, al condicionar la exportación de petróleo, prohibir el pago del *government take* y destinar el ingreso petrolero al pago de una deuda comercial al margen de cualquier control parlamentario sobre la renegociación de la deuda.

Las posibles contradicciones entre las operaciones de Chevron y el Derecho venezolano, serían consecuencia de las restricciones legislativas derivadas de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, cuyo marco institucional es incompatible con la situación actual del sector, como explicamos en mayor detalle en el capítulo siguiente. Pero la solución a ese problema no es acudir a atajos legales, y mucho menos invocar la Ley antibloqueo, sino emprender la reforma jurídica que el sector petrolero venezolano necesita, en el marco de las políticas de reforma más amplias, orientadas a restablecer la capacidad del frágil Estado venezolano, renegociar la deuda y reconstruir los mecanismos de mercado.

Además, todas estas dudas podrían solucionarse si el TSA y los demás contratos firmados fuesen de público conocimiento, como por lo demás exige el principio de transparencia. Pues lo cierto es que, incluso dentro del reducido margen que permite la Ley Orgánica de Hidrocarburos y los Acuerdos, Chevron podría ser contratada bajo específicas modalidades contractuales. En tal sentido, un aspecto que debe esclarecerse -con la publicidad de los contratos celebrados- es si su fundamento jurídico es la llamada *ley constitucional antibloqueo*, que como explicamos, permite al Ejecutivo suscribir contratos al margen de los controles derivados del ordenamiento jurídico.

D. *Recapitulación*

La licencia general n° 41 puede abonar por el camino de la privatización *de facto* de PDVSA, al permitir que Chevron, como socio minoritario de empresas mixtas, asuma actividades que solo pueden ser realizadas por esas empresas mixtas, como es la producción y comercialización de crudo, natural o mejorado. La delegación de estas actividades propias de las empresas operadoras en los socios minoritarios violaría la Constitución, la Ley Orgánica de Hidrocarburos y los Acuerdos dictados por la Asamblea Nacional.

Este riesgo es especialmente amplio si consideramos que la fórmula de la licencia n° 41 podría replicarse, en el marco de la política de flexibilización de las sanciones. Así, a fines de enero de 2023 los medios informaron que la OFAC emitió una licencia individual para el desarrollo conjunto de un campo de gas en alta mar, entre Trinidad y Tobago y Venezuela. Según la limitada información disponible, el Gobierno de Venezuela no recibiría ningún ingreso de este proyecto⁴⁴³.

Como hemos explicado, la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional, desde el 2016, ha dictado diversos Acuerdos que contienen la doctrina constitucional sobre los negocios petroleros de PDVSA y sus empresas filiales. Esta doctrina claramente establece la prohibición de delegar funciones propias de las empresas operadoras en la inversión privada, así como la prohibición de celebrar

⁴⁴³ Marianna Párraga *et al.*, "U.S. issues license to Trinidad and Tobago to develop Venezuela offshore gas field", *Reuters*, 24 de enero de 2023, tomado de: <https://www.reuters.com/business/energy/us-grants-license-trinidad-tobago-develop-venezuela-offshore-gas-field-2023-01-24/>

contratos de interés público nacional sin control parlamentario. También esta doctrina cuestiona toda renegociación de la deuda de PDVSA que no cumpla con los controles presupuestarios.

Un aspecto clave que debe considerarse es que los Acuerdos por medio de los cuales la Asamblea Nacional autorizó la constitución de las empresas mixtas se basan en el artículo 150 de la Constitución, esto es, la norma sobre los contratos de interés público nacional. Esto implica que la relación contractual entre la CVP y los socios minoritarios es un contrato de interés público nacional, sometido como tal al control de la Asamblea. Con lo cual, la licencia general n° 41 permitiría avanzar en contratos de interés público nacional al margen del control de la Asamblea (representada por la cuarta legislatura).

Pero lo cierto es que, a diferencia de su actuación desde el 2016, al menos para el momento en el cual estas líneas se escriben, la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional no se ha pronunciado sobre los contratos suscritos por Chevron en el marco de la señalada licencia.

La fragilidad institucional de esta licencia, y de cualquier otra fórmula similar que pueda implementarse, determina una importante limitación a la recuperación de la industria petrolera, habida cuenta de las causas complejas de su colapso⁴⁴⁴. Más allá de aliviar la deuda de Chevron

⁴⁴⁴ Tal y como Miguel Ángel Santos ha observado, es difícil precisar la magnitud del impacto de las sanciones sobre la producción, vista la complejidad de las causas que llevaron a su colapso. Por ello, el relajamiento de las sanciones puede tener un impacto positivo en la producción, pero ese impacto es claramente insuficiente para recuperar la producción petrolera, de manera

(que especialistas estiman en 3.000 millones de dólares)⁴⁴⁵, estos acuerdos son insuficientes para apalancar la reconstrucción de la industria petrolera, como se amplía en el capítulo siguiente⁴⁴⁶.

De esa manera, todo parece indicar que, más allá de su juridicidad según el Derecho venezolano, la licencia general n° 41 tiene un ámbito bastante limitado, en el sentido que permitiría ampliar las operaciones de Chevron, solo para estabilizar la producción con un flujo que facilite el pago de su deuda. Estimando que la empresa podría recibir 100 Mbd, esto implicaría que, en no menos de 16 meses, esa deuda podría haber sido pagada. Este cálculo,

estable, a los niveles de producción de 1998, o incluso, los niveles de 2002, cuando comenzó el proceso de politización de PDVSA.

⁴⁴⁵ Antonio de la Cruz, “La licencia N° 41 a Chevron es la privatización disfrazada de Pdvsa”, *El Nacional*, 30 de noviembre de 2022, tomado de: <https://www.elnacional.com/opinion/la-licencia-n-41-a-chevron-es-la-privatizacion-disfrazada-de-pdvsa/>

⁴⁴⁶ Como explica Juan Szabo, la licencia parece más bien sentar las bases de lo que podría ser un programa gradual de expansión de las operaciones de Chevron, en principio, de acuerdo con la evolución de las negociaciones en México. Su alcance inicial es por ello limitado, pero eventualmente, ese alcance podría expandirse. Ello, según Szabo, “lograría incrementar el potencial a partir del momento en la cual la licencia autorice inversiones en las empresas mixtas involucradas, mediante un programa de perforación de desarrollo y proyectos mayores de infraestructura. El potencial alcanzable, bajo las premisas de este escenario más probable, sería de 250 MBPD para el primer trimestre del 2025”. Vid. “Intención de la licencia Chevron y sus efectos en Venezuela”, *El Observador de Energía y Ambiente del Centro Internacional de Energía y Ambiente del Instituto de Estudios Superiores de Administración*, 14 de diciembre de 2022. Este incremento de la producción, en todo caso, también estará condicionado al marco institucional que aplique a las operaciones de Chevron.

meramente ilustrativo, permite comprender que al menos durante el corto plazo, la señalada licencia podría tener un impacto más bien acotado⁴⁴⁷.

5. *El uso del ingreso petrolero con fines humanitarios. Algunas experiencias de Irak y de Afganistán. El fondo para la protección social del pueblo de Venezuela*

La licencia n° 41, así como la licencia otorgada para el desarrollo conjunto del campo de gas entre Trinidad y Tobago y Venezuelan, se basan en prohibiciones -poco claras- que impiden al Gobierno de Venezuela percibir ingresos petroleros. Estas prohibiciones pueden interpretarse como una matización al impacto que las licencias podrían tener al reforzar la capacidad predatoria del Gobierno venezolano. Así, la política de sanciones de Estados Unidos hacia Venezuela se basa, entre otros elementos, en la cleptocracia trasnacional, apalancada especialmente en PDVSA. Para evitar que las licencias por medio de las cuales se flexibilizan las sanciones refuercen esa capacidad cleptocrática, se han impuesto prohibiciones que impiden transferir ingresos al Gobierno de Venezuela.

⁴⁴⁷ De Marianna Párraga, *vid.* "Chevron to send over 100,000 bpd of Venezuelan oil to U.S. this month", *Reuters*, 16 de febrero de 2023, tomado de: <https://www.reuters.com/markets/commodities/chevron-send-over-100000-bpd-venezuelan-oil-us-this-month-2023-02-16/>. A un precio referencia de la mezcla Merey a enero de 2023 de USD \$61,74, serían necesarios 16 meses para el pago de la deuda, asumiendo que todo el ingreso se destina a la compensación de la deuda, lo que es tan solo una premisa, pues lo cierto es que Chevron debe cubrir costos de producción. Esto, además, asumiendo que no se realizará pago alguno al Gobierno.

De allí que se prefieran operaciones para el pago de la deuda con petróleo, pero que no impliquen entradas de efectivo⁴⁴⁸.

Este razonamiento, en todo caso, no parece tomar en cuenta que, al menos técnicamente, los mecanismos de pago de deuda con petróleo mejoran la capacidad financiera del Gobierno, quien puede destinar recursos financieros a otros fines, recursos que de otra forma han debido emplearse al pago de la deuda. Al mismo tiempo, observamos que, en la práctica, ante el escenario de incumplimiento generalizado de la deuda externa, el pago de deuda con petróleo podría ser el único mecanismo disponible.

En todo caso, y al margen de su constitucionalidad, los mecanismos de pago de deuda externa con petróleo son ineficientes en términos sociales. Así, esta prohibición beneficiaría a algunos acreedores, pues los ingresos que deberían ser transferidos a Venezuela por concepto de *government take* serían empleados para el pago de deuda de esos acreedores. Bajo este esquema, lo cierto es que la flexibilización de las sanciones no genera ningún beneficio social -más allá de su incidencia, incierta por lo demás, en la recuperación económica-⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ Como sería el caso de los acuerdos con Eni y Repsol. Véase, de Marianna Párraga, "Venezuela's PDVSA allocates heavy crude cargo to Italy's Eni", *Reuters*, 8 de febrero de 2023, tomado de: <https://www.reuters.com/markets/commodities/venezuelas-pdvsa-allocates-heavy-crude-cargo-italys-eni-2023-02-08/>

⁴⁴⁹ De nuevo, debemos diferenciar entre el pago de deuda con petróleo en inventario, y el pago con petróleo producido. En el primer caso, y al menos técnicamente, la regalía y otros ingresos ya se habrían pagado. Fiscalmente, el principal impacto es que

Una alternativa es crear mecanismos humanitarios para la administración del ingreso petrolero⁴⁵⁰. Estos mecanismos humanitarios pueden implementarse de varias formas, pero como regla, debe tratarse de instrumentos que permitan captar ingresos petroleros para su administración a los fines de financiar proyectos humanitarios, de acuerdo con los principios de transparencia, neutralidad, independencia y centralidad humanitaria.

El principal ejemplo a nivel comparado es el programa de petróleos por alimentos implementado en Irak. Cabe recordar los aspectos más relevantes de este programa, por sus lecciones que deja al caso de Venezuela⁴⁵¹.

En agosto de 1990 el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó la Resolución n° 661⁴⁵² en la cual impuso sanciones económicas a Irak como resultado de su invasión a Kuwait. Luego de una inspección realizada en marzo 1991, la ONU concluyó que las sanciones estaban afectando la satisfacción de

PDVSA deja de percibir el ingreso por la venta del petróleo, pero al mismo tiempo, reduce su deuda. El segundo caso es más complejo, pues implicaría que el monto correspondiente al *government take* no sería enterado al Estado venezolano, sino que eventualmente, se destinaría al pago de la deuda.

⁴⁵⁰ Véase el reporte del Grupo de Trabajo de Venezuela de *The Atlantic Council*, "Exploring humanitarian frameworks for Venezuela", de 11 de marzo de 2022, en el cual se analizan varias alternativas.

⁴⁵¹ United Nations, Office of the Iraq Programme Oil-for-Food. Disponible: <https://www.un.org/Depts/oip/background/index.html>

⁴⁵² United Nations Security Council, Resolution 661. Disponible: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/575/11/IMG/NR057511.pdf?OpenElement>

necesidades básicas⁴⁵³, a resultas de lo cual propuso al Gobierno de Irak la venta controlada de petróleo para destinar los ingresos a la provisión de bienes y servicios esenciales. Esta propuesta quedó reflejada en la Resolución n° 986 de 14 de abril de 1995⁴⁵⁴. Sin embargo, solo fue hasta el 20 de mayo de 1996 cuando Irak firmó el Memorándum de Entendimiento con las Naciones Unidas para la efectiva implementación de dicho proyecto de petróleo por alimentos⁴⁵⁵.

En apretada síntesis, el Memorándum de Entendimiento determinaba que los ingresos resultados de la venta de petróleo tenían que ser depositados en una cuenta de depósito que estaba monitoreada y auditada por funcionarios del Consejo de Seguridad. Luego, el Gobierno de Irak debía presentar un plan de compra y distribución de los productos de primera necesidad que debía ser revisado y aprobado por funcionarios del Consejo. Una vez aprobado el plan y verificada la transparencia de los fondos, Irak procedía a la compra y distribución de los productos⁴⁵⁶.

⁴⁵³ United Nations, Letter on the situation of Iraq. Disponible: <https://www.un.org/Depts/oip/background/reports/s22366.pdf>

⁴⁵⁴ *United Nations Security Council*, Resolution 986. Disponible: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/109/88/PDF/N9510988.pdf?OpenElement>

⁴⁵⁵ *United Nations, Memorandum of Understanding*. Disponible: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N96/127/71/PDF/N9612771.pdf?OpenElement>

⁴⁵⁶ Nephew, Richard, *The Art of Sanctions: A View from the Field*, cit., pp. 17 y ss.

El programa petróleo por alimentos se basó en un principio sólido: las consecuencias económicas negativas de las sanciones deben centrarse en el régimen político, reduciendo el impacto adverso en la población, principalmente debido a la escasez de importaciones que puede poner en peligro el acceso a bienes esenciales, como los alimentos. Aunque la legitimidad de las sanciones ha sido cuestionada en el Derecho Internacional, un principio básico es que las sanciones no pueden impedir u obstruir la ayuda humanitaria⁴⁵⁷.

Según la ONU:

“entre diciembre de 1996 y el 20 de marzo de 2003 se exportaron unos 3.400 millones de barriles de petróleo iraquí valorados en unos 65.000 millones de dólares en el marco del Programa. De esta cantidad, el 72% del total se asignó a necesidades humanitarias en todo el país después de diciembre de 2000 (...) entre el 20 de marzo de 1997 y el 21 de noviembre de 2003 se entregaron al Iraq suministros y equipo humanitarios por valor de unos 31.000 millones de dólares en el marco del Programa petróleo por alimentos, incluidos 1.600 millones de dólares en piezas de repuesto y equipo de la industria petrolera”⁴⁵⁸.

No obstante, desde 2004 se formularon varias denuncias sobre esquemas fraudulentos dentro del programa

⁴⁵⁷ Reinisch, August, “Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions”, en *The American Journal of International Law* N° 95-4, 2001, pp. 851 y ss.

⁴⁵⁸ Tomado de: <https://www.un.org/depts/oip/>. Traducción libre.

que impulsaron la corrupción -en Irak y en el extranjero-. El Comité de Investigación Independiente, nombrado en 2004 por el Secretario General Kofi Annan, llevó a cabo una investigación independiente que concluyó que Irak “manipuló el Programa para dispensar contratos basados en preferencias políticas y entregar pagos ilícitos de compañías obtenidos de petróleo y contratos de bienes humanitarios”. La estimación del ingreso ilícito total -incluyendo recargos petroleros y sobornos humanitarios- fue de 1.800 millones de dólares, más miles de millones de dólares contrabandeados. A pesar de esas desviaciones, el programa de petróleo por alimentos tuvo impactos humanitarios positivos -pero limitados-⁴⁵⁹.

Aunque las fallas del programa responden a causas complejas, incluida la corrupción sistémica en Irak, es posible identificar fallas de diseño que crearon incentivos para comportamientos de búsqueda de rentas y pagos ilícitos. Así, el programa dependía demasiado del Gobierno de Irak, que tenía incentivos para obtener ganancias políticas y económicas. Además, el mecanismo de supervisión a cargo de las Naciones Unidas era débil y no creaba restricciones efectivas contra los comportamientos oportunistas y fraudulentos del Gobierno. Como resultado, la

⁴⁵⁹ Comité de Investigación Independiente, *The impact of the oil for food programme on the Iraqi people*, September 7, 2005, pp. 177-179. Puede verse, entre otros, a Gordon, Joy “When Unilateralism Is Invisible: A Different Perspective on the Oil-for-Food Scandal”, en *Global Governance* N°13-1, 2007, p. 59, así como Hsieh, Chang-Tai, y Moretti Enrico, “Did Iraq Cheat the United Nations? Underpricing, Bribes, and the Oil for Food Program”, en *The Quarterly Journal of Economics* N° 121-4, 2006, pp. 1.211 y ss. Véase también a O’Sullivan, Meghan L. *Shrewd Sanctions: Statecraft and State Sponsors of Terrorism*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2004, pp. 105 y ss.

rendición de cuentas del programa fue defectuosa, aunque el Memorándum estableció instituciones formales sofisticadas para implementar la supervisión. Finalmente, las tareas asumidas por las Naciones Unidas superaron su capacidad⁴⁶⁰.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, el programa de Irak no es replicable en Venezuela pues, hasta ahora, el Consejo de Seguridad no ha dictado sanciones o medidas relacionadas con la crisis de Venezuela, razón por la cual no podría ordenar la administración de un programa humanitario. Pero a todo evento, esta experiencia es relevante para Venezuela pues demuestra los riesgos de administrar programas humanitarios por medio de estructuras controladas por Gobiernos sin capacidad para asegurar la gestión transparente y eficiente de recursos, como sucede en Venezuela. Asimismo, este programa es un indicativo de que incluso la ONU se enfrenta a restricciones para asegurar la administración transparente de recursos.

Por ello, es importante destacar que cualquier iniciativa para la administración del ingreso petrolero con fines humanitarios, no puede depender solo de la voluntad del Gobierno de Venezuela, vista su incapacidad para gestionar con eficiencia y transparencia recursos públicos. No es de extrañar, por ello, que iniciativas de “petróleo por

⁴⁶⁰ En especial, pues el programa fue concebido como un alivio temporal, pero duró casi ocho años. *Vid.* Boone, Peter *et al.*, *Sanctions against Iraq. Cost and failure*, Report for the Center for Economic and Social Rights, noviembre de 1997, tomado de: https://cesr.org/sites/default/files/Sanctions_Against_Iraq_Costs_of_Failure_1997.pdf

alimento” gestionadas por el Gobierno de Venezuela hayan terminado en escándalos de corrupción y persecuciones políticas⁴⁶¹.

De esa manera, el Derecho Internacional Humanitario ordena aliviar las consecuencias adversas de las sanciones sobre los venezolanos. Nótese que el argumento no se basa en la supuesta ineficiencia de las sanciones al no haber logrado promover el cambio político. Pues incluso siendo políticamente efectivas, las sanciones no pueden impedir la distribución de ayuda humanitaria a Venezuela, y en especial, el financiamiento de esa ayuda con ingresos petroleros. Este tipo de programas humanitarios deben diseñarse como mecanismos específicos con un alcance incremental, en el cual se construyan gradualmente capacidades y confianza. Aun cuando el rol de las organizaciones internacionales es fundamental, debe recordarse que éstas también pueden fallar.

Precisamente, la política de sanciones impuesta por Estados Unidos ofrece oportunidades para implementar mecanismos humanitarios que permitan financiar ayuda

⁴⁶¹ El ejemplo más paradigmático son las denuncias de corrupción con el programa de alimentación conocido como “cajas CLAP”, y que especialmente involucran a Alex Saab, procesado actualmente en Estados Unidos. Este esquema de corrupción transnacional incluía la comercialización de petróleo. Véase, de Roberto Deniz *et al.*, “Cómo Alex Saab y sus otros yo venden el petróleo venezolano”, *ArmandoInfo*, 17 de enero de 2021, tomado de: <https://armando.info/como-alex-saab-y-sus-otros-yo-venden-el-petroleo-venezolano/>. Sobre las fallidas experiencias recientes de petróleo por alimento conducidas directamente por el Gobierno, véase, de Luc Cohen y Marianna Párraga, “Venezuela swapped PDVSA oil for food, then punished the dealmakers”, *Reuters*, 24 de agosto de 2021, tomado de: <https://www.reuters.com/world/americas/exclusive-venezuela-swapped-pdvsa-oil-food-then-punished-dealmakers-2021-08-24/>

humanitaria con ingresos de hidrocarburos. Así, la OFAC puede disponer la creación de una cuenta en Estados Unidos en la cual se deposite todo o parte del pago que corresponde a Venezuela por concepto de exportaciones petroleras, con base en los diversos títulos que conforman el *government take*. Esta cuenta estaría bloqueada y, por ende, protegida de los acreedores, al menos, de manera limitada. Así, por ejemplo, en esa cuenta podrían depositarse ingresos derivados de las licencias otorgadas a Chevron y a Trinidad y Tobago⁴⁶². Luego, esos recursos se emplearían para financiar ayuda humanitaria, por medio de vehículos que cumplan con los estándares de transparencia, neutralidad, independencia y centralidad humanitaria.

Este vehículo podría ser el fondo para la protección social del pueblo de Venezuela, que el Gobierno de Maduro y la Plataforma Unitaria decidieron crear en noviembre de 2022, en el marco de las negociaciones en México⁴⁶³.

Cabe recordar que dentro del memorando de entendimiento suscrito el 13 de agosto de 2021, las partes acordaron colaborar para restablecer el derecho sobre activos externos, así como adoptar medidas de protección social.

⁴⁶² De hecho, Trinidad y Tobago ha ofrecido pagar a Venezuela por concepto del proyecto de gas con ayuda humanitaria. *Vid.*: “Trinidad offers to pay for Venezuelan gas with humanitarian supplies”, *Reuters*, 25 de enero de 2023, tomado de: <https://www.reuters.com/business/energy/trinidad-offers-pay-venezuelan-gas-with-humanitarian-supplies-2023-01-25/>

⁴⁶³ Véase el acuerdo aquí: <https://www.regjeringen.no/contentassets/ac03d5655a8448e0a9653cd95d5c7978/221126-26-november-agreements-merged.pdf>

Con este último propósito, el 6 de septiembre de 2021 se firmó el *acuerdo parcial para la protección social del pueblo de venezolano*, en el cual las partes acordaron darle prioridad a ese objetivo, a cuyo efecto se creó la Mesa Nacional de Atención Social. Más de un año después, las partes suscribieron el segundo acuerdo social, para constituir efectivamente la Mesa y explorar medidas iniciales para proteger al pueblo venezolano (cláusulas 1 y 2.1). Esto es, que el acuerdo es, en realidad, un arreglo macro que define las condiciones bajo las cuales las partes podrán acordar medidas de protección de manera progresiva.

Este acuerdo es, más bien, un compromiso político en el cual las partes deben actuar para implementar el fondo, pero que no contiene obligaciones específicas a cumplir, ni mucho precisa el monto de los recursos que serán empleados. De allí su gran indeterminación, común por lo demás en acuerdos imperfectos alcanzados en el marco de negociaciones políticas como la venezolana⁴⁶⁴. Inevitablemente, la indeterminación de qué se entiende por activos bloqueados afecta la puesta en funcionamiento del fondo, en el marco de recíprocas acusaciones de incumplimiento del acuerdo⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ Sticher, Valerie, "Negotiating Peace with Your Enemy: The Problem of Costly Concessions", en *Journal of Global Security Studies*, Volume 6, Issue 4, 2021, pp. 1 y ss.

⁴⁶⁵ Las partes acordaron coordinar acciones para el uso de "*fondos legítimos de la República que se encuentran congelados en el sistema financiero nacional*", necesarios para financiar proyectos en las áreas definidas como prioritarias, relacionadas con inversiones en el sistema eléctrico, el programa mundial de alimentos, educación pública y la respuesta frente a las lluvias (cláusula 3.2). Véase: "Oposición venezolana aclara que no ha incumplido el acuerdo social suscrito en México e invita a Maduro a seguir

A pesar de que el objeto del fondo son solo los llamados “activos bloqueados”, lo cierto es que este mecanismo podría aplicar para el uso de al menos parte de ingresos derivados de actividades de hidrocarburos en el marco de licencias emitidas por la OFAC, y que incluso pueden ordenar el depósito de determinadas cantidades en una cuenta bancaria en Estados Unidos, que pasaría a ser una cuenta bloqueada. El reciente ejemplo de Afganistán ofrece varias lecciones en este sentido.

Así, las crisis humanitarias -desencadenadas por decadencias políticas- demuestran que las políticas de sanciones internacionales no pueden limitarse a bloquear activos e imponer otras restricciones contra los Estados afectados. Aunque esas medidas pueden disminuir la capacidad de los regímenes autoritarios para avanzar en políticas predatorias, ellas no proporcionan un alivio directo al sufrimiento humano. El desafío es, entonces, cómo transformar las políticas de sanciones en medidas que faciliten el uso de activos bloqueados con fines humanitarios.

Afganistán es un ejemplo reciente. Después de que los talibanes tomaron Kabul, la crisis política y humanitaria en el país empeoró. Según la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas (OCHA) de 2022, casi la mitad de la población -4,4 millones de personas- tiene necesidades humanitarias⁴⁶⁶. Al mismo tiempo, el Banco Central de Afganistán (DAB) tiene cuentas en todo el mundo, incluso en los Estados Unidos.

buscando soluciones”, *CNN*, 20 de enero de 2023, tomado de: <https://cnnespanol.cnn.com/2023/01/20/oposicion-venezolana-aclara-que-no-ha-incumplido-acuerdo-social-orix/>

⁴⁶⁶ OCHA, *Plan de respuesta humanitaria 2022. Afganistán*.

Pero el levantamiento de los talibanes interrumpió la capacidad del Gobierno de Afganistán para representar legalmente al DAB⁴⁶⁷.

El 11 de febrero de 2022, el presidente Biden emitió la Orden Ejecutiva n° 1406, que bloqueó todas las propiedades del DAB en los Estados Unidos. Además, ordenó la centralización de todas sus cuentas en el Banco de la Reserva Federal de Nueva York. El plan era "*facilitar el acceso a 3.500 millones de dólares de esos activos en beneficio del pueblo afgano y el futuro de Afganistán en espera de una decisión judicial*"⁴⁶⁸. Para ese propósito, la OFAC emitió una licencia para instruir la creación de una cuenta bancaria separada con esa cantidad, que se utilizará en beneficio del pueblo de Afganistán, mientras que el resto de los activos permanecen a disposición para el caso de litigio de las víctimas del 9/11⁴⁶⁹.

Para ese propósito, el 14 de septiembre de 2022 el Gobierno de los Estados Unidos anunció la creación del Fondo Afgano en Ginebra, Suiza⁴⁷⁰. Sobre la base de la

⁴⁶⁷ Después de que el presidente Ghani fue depuesto, los talibanes tomaron el control del gobierno y reinstituyeron el Emirato Islámico de Afganistán, pero ese Gobierno no ha sido reconocido en Estados Unidos.

⁴⁶⁸ Véase: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/02/11/fact-sheet-executive-order-to-preserve-certain-afghanistan-central-bank-assets-for-the-people-of-afghanistan/>

⁴⁶⁹ Tribunal del Distrito Sur, Nueva York, caso *Havlish, et al., v. Bin Laden, et al.*, y *John Does 1 to 7 vs. The Taliban, et al.*, N° 1:02-cv-09848-GDB -SN.

⁴⁷⁰ Anderson, Scott, "¿Qué está pasando con los activos de Afganistán?", *Lawfare*, 18 de febrero de 2022, en: <https://www.lawfareblog.com/whats-happening-afghanistans-assets>

Orden Ejecutiva, y bajo la Sección 25B de la Ley de la Reserva Federal, dos personas fueron autorizadas a representar al DAB para transferir el dinero de la cuenta bloqueada en el Banco de la Reserva Federal a una cuenta en el Banco de Pagos Internacionales (BIS). El Fondo es, así, un vehículo para administrar la ayuda humanitaria sin conexión con los talibanes. Una Junta administrará el Fondo para ese propósito⁴⁷¹.

Este ejemplo es muy relevante por dos razones. La primera, es que el régimen de sanciones aplicables a Venezuela permitiría crear un fondo, incluso, enmarcado en el acuerdo social suscrito en México. La segunda razón es que luego de la eliminación del cargo de presidente encargado a partir del 3 de enero de 2023, la capacidad legal de representar a Venezuela en relación con sus activos en Estados Unidos, incluyendo la representación legal de PDVSA, está en duda. Pero más allá de esa duda, el Gobierno de Estados Unidos -en el marco de las negociaciones en México- podría disponer la creación de un fondo para administrar parte del ingreso petrolero venezolano con fines humanitarios, incluso, modificando la licencia a favor de Chevron.

6. *Recapitulación: el posible levantamiento de las sanciones y la privatización de facto de PDVSA*

Durante el 2022 las críticas hacia la política de sanciones se incrementaron, junto a los cuestionamientos en

⁴⁷¹ Véase, del Departamento de Estado de los Estados Unidos, “The United States and Partners Announce Establishment of Fund for the People of Afghanistan”, en: <https://www.state.gov/the-united-states-and-partners-announce-establishment-of-fund-for-the-people-of-afghanistán/>

cuanto a la estrategia de transición adoptada en 2019. Una propuesta que comenzó a cobrar fuerza apuntaba a la necesidad de reconocer a Nicolás Maduro como presidente, promoviendo además el levantamiento de las sanciones⁴⁷². En estas críticas, además, las “sanciones” han sido referidas con una gran confusión, para aludir también a los “activos bloqueados”, o sea, activos externos de Venezuela cuyo uso ha sido limitado en el marco de procesos criminales o investigaciones de lavado de dinero.

Centrándonos solo en la política de sanciones adoptadas por el Gobierno de Estados Unidos sobre Venezuela, es innegable que éstas repercutieron en la industria petrolera al eliminar la capacidad de PDVSA para operar en y con Estados Unidos. En todo caso, la primera restricción derivó del desconocimiento *de iure* de Nicolás Maduro como titular de la Presidencia de la República y el reconocimiento del presidente de la Asamblea Nacional como titular -interino- de esa Presidencia. La segunda restricción derivó de la determinación de PDVSA como sujeto sancionado en el marco de las órdenes ejecutivas dictadas.

De esas dos restricciones, en el 2023 solo se mantiene la segunda, pues como explicamos, la eliminación de la figura del presidente encargado ha generado dudas sobre quién representa legalmente a PDVSA en Estados Unidos. La sola existencia de esas dudas mejora la posición del Gobierno de Maduro.

⁴⁷² Neuman, William, “Nicolás Maduro es el presidente de Venezuela. Debemos reconocerlo”, *New York Times*, 11 de octubre de 2022, tomado de: <https://www.nytimes.com/es/2022/10/11/espanol/opinion/venezuel-maduro-guaido.html>

Ahora bien, al enfocar la atención solo en los efectos restrictivos de las sanciones, se perdió el foco en cuanto a la situación de la industria petrolera. En concreto, hay cuatro aspectos que han sido omitidos.

Por un lado, y más allá del “fracaso” de la estrategia de transición iniciada en 2019, hay que recordar que las sanciones fueron dictadas como respuesta a políticas predatorias, incluso, desde 2014, o sea, cuando el objetivo no era promover la transición política venezolana. Por ello, es un error afirmar que el único objetivo de las sanciones fue producir un cambio político de Gobierno. Ni siquiera la estrategia de máxima presión, de 2019, pretendió impulsar el cambio político solo a través de las sanciones. Estas sanciones, de nuevo, fueron una respuesta a políticas cleptocráticas y de violación de derechos humanos, con lo cual, las sanciones se orientaron a reducir la capacidad del Gobierno de Venezuela de avanzar en esas políticas. Ciertamente, las sanciones fueron parte del apoyo que la comunidad internacional dio en 2019 para impulsar la transición. Pero lo cierto es que nadie consideró que esa transición se daría solo por las sanciones, que en suma, solo podían crear incentivos para una transición. De allí el error de atribuir a las sanciones el hecho de que esa transición no se haya logrado.

De otro lado, levantar las sanciones es claramente insuficiente para recuperar la producción de la industria petrolera, pues para ello es necesario una compleja reforma que no solo pasa por un nuevo marco jurídico, sino, además, por la renegociación de la deuda de PDVSA y la reconstrucción de la capacidad estatal para cumplir cometidos básicos, como el ejercicio del monopolio legítimo de la violencia.

El tercer aspecto omitido es éste: levantar las sanciones sin modificar las conductas predatorias, creará incentivos para la captura y distribución de la renta petrolera por medio de políticas clientelares y afines a la cleptocracia internacional. De hecho, la gradual criminalización de PDVSA crea restricciones que no van a desaparecer en caso de que las sanciones se levanten, como es el caso de investigaciones criminales y de inteligencia financiera. Las investigaciones de corrupción iniciadas en marzo de 2023 demostraron el profundo grado descomposición de PDVSA.

Finalmente, la posición que solo se enfoca en los efectos restrictivos de las sanciones sobre la producción, no puede explicar por qué la producción ha aumentado desde el 2021, *a pesar de las sanciones*. Este aumento -frágil e inestable- respondió a que PDVSA logró sortear su colapso de capacidad por medio de acuerdos informales. Lo que en todo caso interesa destacar es que, si la producción ha aumentado, las sanciones no son la restricción más vinculante.

Nuestro interés no es, aclaramos, defender la política de sanciones. Pero tampoco pretendemos atacarla. En realidad, nuestro interés es exponer los hechos y argumentos que permitan ponderar, con objetividad, el impacto de las sanciones sobre la producción. Desde esa perspectiva, nuestra conclusión es que las sanciones no son la restricción más vinculante a la producción petrolera. La restricción más vinculante es el colapso de la capacidad de la industria, como resultado de la politización de PDVSA y la destrucción de los mecanismos de mercado.

Más allá de todo lo anterior, lo cierto es que, a inicios del 2023, no hay indicios de que el Gobierno de Estados Unidos levantará las sanciones, derogando las órdenes

ejecutivas dictadas o ampliando las licencias generales. Más bien la propuesta parecer ser “recalibrar” las sanciones dependiendo de los avances en el proceso de negociación de México, todo lo cual supone reconocer que las sanciones sí han servido para crear incentivos a los fines de procurar una solución negociada a la crisis venezolana.

Pero la política de sanciones hacia Venezuela no es nada clara. Tampoco contribuye la imprecisión de los términos empleados, como *levantar* o *recalibrar* las sanciones. En términos jurídicos, lo que hay que definir son las condiciones para emitir licencias que autoricen la realización de operaciones prohibidas. En nuestra opinión, hay dos condiciones básicas.

Así, (i) es necesario implementar mecanismos que permitan el uso del ingreso de petróleo con fines humanitarios, incluso, modificando la licencia a Chevron, todo lo cual pasaría, además, por brindar condiciones de transparencia a las operaciones de esa empresa en Venezuela. Además, (ii) las licencias que permitan la realización de operaciones prohibidas en la industria petrolera deberían estar asociadas a avances en el proceso de negociación, todo lo cual pasa por precisar qué se entiende por avances democráticos.

La licencia de n° 41 respondería a esa política, pues esta flexibilización a las sanciones petroleras fue resultado de la suscripción del segundo acuerdo social. Nótese que esta política difiere de la crítica que propone levantar las sanciones visto su fracaso y efectos adversos. Así, esta crítica debería conducir a levantar o flexibilizar las sanciones al margen de los avances en el proceso de negociación. Pero la actual política de Estados Unidos es condicionar esta flexibilización a avances concretos, en el entendido que la flexibilización podría revocarse en caso de retrocesos.

Pero de nuevo, la ausencia de una política clara acerca de qué se entiende por avances significativos en la negociación, y la flexibilización de las sanciones en relación con Trinidad y Tobago al margen de cualquier avance específico, son señales confusas, que restan credibilidad a esa propuesta. En especial, si consideramos que la licencia general n° 41 fue emitida al margen de cualquier condición orientada a asegurar el principio de transparencia, y, además, al margen de cualquier instrumento que permitiese aliviar el sufrimiento de los venezolanos.

Además, a pesar de que la licencia a Chevron generó expectativas de incrementos considerables de la producción, incluso, al millón de barriles diarios, lo cierto es que la precariedad del marco institucional y el colapso estatal limitan el alcance de la privatización *de facto* de PDVSA y por ello, de la capacidad de recuperar de manera estable la producción. Citando de nuevo a Ramón Espinasa, cabe observar que la recuperación de la producción petrolera requiere no solo de un nuevo marco institucional adoptado en condiciones adecuadas de estabilidad política e institucional, sino lo que es más complicado, crear las condiciones para materializar ese clima en condiciones de confianza⁴⁷³.

Los cambios en la política de Estados Unidos, en todo caso, no han sido aislados. También ha incidido la normalización de las relaciones entre Venezuela y los países de la región, como es el caso de Colombia⁴⁷⁴. En especial, a

⁴⁷³ Espinasa, Ramón, *75 Years after the 1943 Agreements*, p. 24.

⁴⁷⁴ Especialmente, luego de que el Gobierno del presidente Petro, en Colombia, estableciera relaciones diplomáticas con el Gobierno de Maduro, lo que llevó a avanzar en la creación de instituciones para acompañar el comercio binacional. Véase lo que

finis de 2022 se anunció la reactivación del gasoducto Antonio Ricaurte, para la exportación de gas desde Venezuela a Colombia, a través de un contrato que habría firmado PDVSA con inversionistas privados⁴⁷⁵. Pero el proyecto habría sido suspendido en el marco de las investigaciones por corrupción iniciadas en marzo de 2023⁴⁷⁶.

La pregunta es si el cambio de las condiciones geopolíticas y la mayor *apertura* hacia la inversión privada pueden aliviar la crisis del sector petrolero venezolano. Según estimaciones secundarias de la OPEP, la producción de petróleo de 2022 fue de 685 Mbd, lo que supone una caída cercana al 79% de la producción en 1998. La recuperación de la industria petrolera requiere mucho más que una licencia de la OFAC y que contratos y arreglos informales en el contexto de la privatización *de facto*. Esa recuperación pasa por complejas reformas legales que deben adoptarse, además, en el marco de políticas

explicamos en Hernández G. José Ignacio, “Los desafíos institucionales de la reapertura de la frontera comercial colombo-venezolana”, en *La Gran Aldea*, 21 de septiembre de 2022, tomado de: <https://lagranaldea.com/2022/09/21/los-desafios-institucionales-de-la-reapertura-de-la-frontera-comercial-colombo-venezolana/>

⁴⁷⁵ De Mat Youkee, véase “The Pipeline Reshaping Venezuela-Colombia Relations”, *Foreign Policy*, 13 de enero de 2023: <https://foreignpolicy.com/2023/01/13/venezuela-colombia-gas-deal-energy-economy-latin-america-maduro-petro/>

⁴⁷⁶ “Se cayó el proyecto que exploraba la importación de gas desde Venezuela a Colombia”, *Caracol Radio*, 25 de marzo de 2023, tomado de: <https://caracol.com.co/2023/03/25/se-cayo-el-proyecto-que-exploraba-la-importacion-de-gas-desde-venezuela-a-colombia/>

públicas orientadas a atender las restricciones más vinculantes al crecimiento económico, a saber, el colapso del Estado venezolano, el déficit de divisas agravado por el sobreendeudamiento, y la destrucción de los mecanismos de mercado.

V

PROPUESTAS CENTRALES DE REFORMA DE LA REGULACIÓN DE HIDROCARBUROS EN VENEZUELA EN EL CONTEXTO DE LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA

La privatización *de facto* de PDVSA es una respuesta a su colapso operativo y financiero. Así, bajo los arreglos institucionales derivados de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, PDVSA debe ejercer el control operativo de las actividades de exploración, producción y también comercialización, y, por ende, debe asumir no solo los costos operativos, sino en especial, las inversiones en capital necesarias para la recuperación de la industria petrolera.

De acuerdo con estimaciones del Banco Interamericano de Desarrollo⁴⁷⁷, para remontar la producción a 3 millones b/d, podría ser necesarias inversiones en capital de cerca de 120.000 millones de dólares durante los primeros ocho años, con gastos operativos de 68.000 millones. Bajo el marco regulatorio actual, la mayoría de esas inversiones y gastos tendrían que ser cubiertos por PDVSA. Pero

⁴⁷⁷ Abuelafia, Emmanuel y Saboin, José Luis, *Una mirada a futuro para Venezuela*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2020, p I-23. Véase también el reporte preparado por Hernández, Igor y La Rosa Reyes, José, *Reforming Venezuela's oil and gas sector*, Chatham House, 2021, pp. 26 y ss.

esa empresa, por las razones explicadas en este trabajo, no tiene capacidad operativa y financiera. Además, PDVSA y sus empresas filiales se enfrentan a diversas contingencias, no solo como resultado de la deuda pública legada sino también, de la utilización de PDVSA para la red de corrupción trasnacional. En pocas palabras: la recuperación de la industria petrolera venezolana es inviable con la PDVSA actual.

Desde el punto de vista jurídico, podría considerarse que PDVSA, como sociedad mercantil, es irrecuperable. Así, no solo esa sociedad se enfrenta a una crisis patrimonial que podría justificar la aplicación del régimen de quiebra⁴⁷⁸. Además, el riesgo reputacional de esa empresa -y, por ende, de sus filiales- crea obstáculos para su normal interacción con los mercados internacionales, más allá de las restricciones que imponen las sanciones adoptadas por el Gobierno de Estados Unidos. Esto supone una importante limitación para cualquier contrato petrolero: en tanto la contraparte de ese contrato sea PDVSA, el riesgo reputacional generará obstáculos, en especial, en materia de cumplimiento de deberes de inteligencia financiera.

Por ello, la única manera de crear condiciones institucionales favorables para la recuperación de la industria petrolera es modificando el rol del Estado a través de PDVSA. Así, es necesario introducir las reformas legales que permitan a la inversión privada operar directamente en actividades primarias, creando condiciones apropia-

⁴⁷⁸ Como explicamos en Hernández G., José Ignacio, "Hacia una regulación mercantil de protección de activos de empresas públicas en caso de insolvencias", en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 15, Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Caracas, 2018, pp. 312 y ss.

das para atraer las inversiones que requerirá el sector petrolero venezolano, en especial, ante la ventana de oportunidades que derivan de la transición energética⁴⁷⁹.

En efecto, mientras en Venezuela el tema de discusión es cómo recuperar, de manera estable, la producción de petróleo, la discusión global se orienta a explorar mecanismos innovadores para reducir el uso de petróleo a los fines de avanzar en la descarbonización de la economía⁴⁸⁰. Aun cuando es difícil estimar cómo será impactada la demanda de petróleo, todo indica que, en los próximos 25 años, la tendencia será a sustituir gradualmente la demanda de petróleo por fuentes de energía limpia⁴⁸¹. Esto implica que la recuperación de la industria petrolera venezolana tiene un tiempo limitado.

⁴⁷⁹ Véase lo que hemos analizado en Hernández G., José Ignacio, “La regulación de los hidrocarburos en Venezuela: situación actual y propuestas de reforma”, en *Revista de Direito Econômico e Socioambiental* N° 3, Volumen 8, Pontificia Universidad Católica de Paraná, 2017, pp. 273 y ss. Las propuestas de reforma institucional que resumimos aquí han sido especialmente influenciadas por los estudios de Ramón Espinasa que se citan. En especial, *vid. 75 Years after the 1943 Agreements*, cit. En 2018 culminamos la redacción de un proyecto de nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos, que puede consultarse aquí: <https://www.joseignaciohernandezg.com/documents/proyecto-de-nueva-ley-organica-de-hidrocarburos-para-venezuela-2018/>

⁴⁸⁰ Solano-Rodríguez, Baltazar et al., *Implications of climate targets on oil production and fiscal revenues in Latin America and the Caribbean*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2019, pp. 1 y ss.

⁴⁸¹ Véase el reporte de la Agencia Internacional de Energía *Net Zero by 2050. A Roadmap for the Global Energy Sector*, 2021.

De allí la pertinencia de avanzar en esta reforma jurídica integral que permita atraer la inversión privada que requiere la recuperación de la industria petrolera, en la ventana de oportunidades que brinda la transición energética. Pero esa reforma, en realidad, debe ser parte de una reforma de mayor envergadura, orientada a restablecer los mecanismos de mercado en Venezuela, renegociar la deuda externa y, en especial, recuperar la frágil capacidad del Estado venezolano, en concreto, para proveer bienes y servicios como suministro eléctrico y seguridad, sin los cuales no será posible recuperar la industria petrolera.

Por ello, es importante tomar en cuenta que la reforma jurídica del sector de hidrocarburos es tan solo una condición necesaria pero no suficiente. Incluso con una nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos, lo cierto es que la fragilidad del Estado venezolano limitaría la recuperación de la industria petrolera.

Como sea que las políticas para atender las restricciones a la recuperación de la industria petrolera requieren de un cambio político, la opción ha sido favorecer o tolerar la privatización *de facto* de PDVSA, o sea, la ampliación del rol de la iniciativa privada al margen del reconocimiento de derechos económicos, pues ello requería, al menos, de una reforma legal. De allí que los arreglos contractuales que puedan plantearse al socaire de esta privatización, y al margen de su constitucionalidad, son claramente insuficientes. Estos acuerdos podrán permitir cierta mejora en la producción, en especial, para el pago de la deuda de Chevron. Pero evidentemente son insuficientes para retomar la producción a los niveles de 1998, y en especial, son claramente insuficientes para aprovechar la ventana de oportunidades que plantea la transición energética.

1. *El desmontaje del Petro-Estado: hacia el Estado regulador y garante*

La principal razón para introducir reformas legislativas en el sector de los hidrocarburos es crear cauces formales que amplíen el rol de la inversión privada en las actividades primarias, y así, sustituir la privatización *de facto* por cauces formales que permitan atraer la inversión privada que aporte los gastos en capital que requiere la reconstrucción de la industria.

Estos cauces de la inversión privada supondrían, así, una nueva etapa en el pensamiento jurídico de los hidrocarburos, y que podría llamarse como la *etapa reguladora*. Así, el Estado no actuaría por cauces civiles como mero propietario de los yacimientos, ni tampoco actuaría como gestor en monopolio del sector, sino que asumiría un rol de coordinación basado en la complementariedad entre el sector público y privado⁴⁸².

Hay cierto consenso en la necesidad de reformar la Ley Orgánica de Hidrocarburos, tanto en el régimen de Maduro como en la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional⁴⁸³. Quizás el único punto de debate es en torno al tipo de reforma necesaria, según se trate de una reforma

⁴⁸² Véase nuestro artículo Hernández G., José Ignacio, “Evolución y situación actual de la regulación de los hidrocarburos en Venezuela”, en *Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red* N° 27, Madrid, 2006, pp. 125 y ss.

⁴⁸³ Hernández G., José Ignacio, “El nuevo proyecto de la Ley Orgánica de Hidrocarburos presentado por Comisión Permanente de Energía y Minas en septiembre de 2020”, en *Revista de Derecho Público* N° 163-164, Caracas, 2020, pp. 473 y ss.

parcial, solo para permitir la inversión privada en las actividades reservadas al Estado, o de una nueva Ley⁴⁸⁴.

Pero esta reforma legislativa debe insertarse en un objetivo de mayor envergadura, cual es desmontar las bases institucionales del Petro-Estado, esto es, el desmontaje de las reglas jurídicas que dan soporte al modelo estatista de desarrollo, en el cual el Estado asume la definición y ejecución de las políticas públicas petroleras, marginando el rol de la inversión privada. Además, en tal condición, el Estado –a través del Poder Ejecutivo Nacional- capta la totalidad del ingreso petrolero, asumiendo como cometido su distribución a través de la Administración Pública, lo que genera incentivos para una gestión presupuestaria poco transparente e ineficiente, orientada hacia el paternalismo y el populismo.

Este desmontaje del Petro-Estado permite diversos grados, y por ello, diversas alternativas. Así, repasando los tres arreglos jurídicos que conforman a Venezuela como un Petro-Estado, podemos apreciar cuáles son los posibles grados para el desmontaje del Petro-Estado.

Así, el *primer* arreglo jurídico en el cual se basa el Petro-Estado es la propiedad pública sobre los yacimientos, según se reconoce en el artículo 12 constitucional. Esto significa no solo que los yacimientos son propiedad pública, sino que, además, al ser bienes del dominio público,

⁴⁸⁴ Como sea que el objetivo es aprovechar la ventana de oportunidades que plantea la transición, nos hemos decantado por la necesidad de dictar una nueva Ley. Cfr.: Hernández G., José Ignacio y Bellorín, Carlos, "The case for a new Venezuelan Hydrocarbons Law as the basis of a new Hydrocarbons Policy: unlocking the path for recovery, stabilization and growth", en *The Journal of World Energy Law & Business*, Volume 12, Issue 5, October 2019, pp. 394-407, <https://doi.org/10.1093/jwelb/jwz026>

solo pueden ser objeto de derechos de uso asignados por el propio Estado, a través de la figura conocida como concesión del dominio público.

La forma de desmontar este título sería, por ende, la privatización de los yacimientos, esto es, su enajenación al sector privado, todo lo cual pasaría por la reforma del artículo 12 de la Constitución. Sin embargo, hemos de observar que, en la historia de los hidrocarburos en Venezuela, la propiedad pública sobre los yacimientos ha sido una constante, a pesar de lo cual el Petro-Estado es de reciente data. Esto quiere decir que la propiedad pública sobre los yacimientos no es una condición determinante para la configuración de Venezuela como Petro-Estado.

El *segundo* arreglo está basado en la reserva rígida sobre las actividades primarias declarada en la Ley Orgánica de Hidrocarburos y ampliada luego a ciertas actividades aguas abajo. Esta reserva implica que solo el Estado, por medio del Estado empresario, puede asumir estas actividades, de forma tal que la inversión privada queda marginada al rol de accionista minoritario.

Para desmontar este título, se requiere derogar la reserva, reconociendo el derecho de libre iniciativa privada a emprender directamente actividades primarias. Eventualmente, podría también ser necesario privatizar las empresas públicas operadoras. Aquí, sin embargo, los artículos 302 y 303 de la Constitución establecen ciertas limitaciones que serán atendidas en la sección siguiente. Cabe en todo caso acotar que, a diferencia del arreglo anterior, la reserva al Estado de la actividad primaria sí resulta determinante para la configuración del Petro-Estado, en la medida en que, a través de esa reserva el Estado -a través del Poder Ejecutivo- controla estas actividades y capta los ingresos petroleros.

Este título tiene además implicaciones prácticas, pues limita la inversión privada en actividades de exploración, producción y comercialización, forzando de esa manera a PDVSA a asumir las cargas operativas y financieras de esas actividades. Precisamente, debido al colapso de PDVSA, estas actividades han venido siendo relegadas en la iniciativa privada, por cauces paralelos a los derivados de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

El *tercer* arreglo tiene que ver con la disposición del ingreso petrolero que el Estado capta a través del Poder Ejecutivo. Como vimos, y según se reconoce ampliamente en la Constitución de 1999, el Estado asumió como cometido la distribución del ingreso petrolero captado, actividad que lleva a cabo a través de un expansivo sector público, compuesto por órganos y entes administrativos y, en especial, por empresas públicas.

Para desmontar este título es preciso eliminar la capacidad del Poder Ejecutivo de disponer discrecionalmente de los ingresos petroleros para sufragar gastos públicos, lo que pasa no solo por formalizar el control presupuestario (eliminando los fondos extra-presupuestarios ilegítimos), sino, además, por regular el uso que pueda darse a tales ingresos. La disposición de los ingresos petroleros por el Poder Ejecutivo es, para nosotros, el factor determinante del Petro-Estado, en tanto es el poder de disposición sobre esos ingresos lo que afecta determinante el funcionamiento del principio de separación de poderes, al propender al fortalecimiento del Poder Ejecutivo Nacional.

No es necesario, aclaramos, aplicar conjuntamente las medidas antes señaladas. Por el contrario, ellas pueden intercambiarse e incluso, aplicarse de manera gradual. Como vimos, en todo caso, hay dos aspectos prioritarios

que deberían atenderse: ampliar los cauces de la inversión privada y controlar el poder de disposición del ingreso petrolero por el Poder Ejecutivo.

Esta reforma del marco institucional de los hidrocarburos supone dejar atrás la visión estatista, y basar la relación entre el Estado, el petróleo y la sociedad a partir de una figura inédita en el sector petrolero venezolano, como es la del Estado regulador. De esa manera, la producción de petróleo no puede seguir dependiendo de la capacidad del Estado empresario bajo la visión estatista, siendo necesario apalancar esa producción en la inversión privada, pero bajo el control del Estado por medio de la actividad administrativa de ordenación y limitación, o regulación. La industria petrolera -como dispone la Constitución- seguiría bajo el control del Estado, pero no del Estado empresario sino del Estado regulador y garante. Como resume Luis Pacheco, esto implica *“garantizar y desarrollar grandemente la capacidad técnica del Estado y, en primer lugar, del Ministerio de Energía y Petróleo, a fin de orientar y trazar los lineamientos de la política petrolera de manera tal que redunden en el mayor beneficio colectivo”*⁴⁸⁵.

En efecto, el Petro-Estado nunca construyó capacidades regulatorias, pues su intervención sobre el sector se basó en la propiedad sobre el capital. Por ello, en la práctica, PDVSA ha sido tanto ente de control como ente de gestión, reduciéndose la capacidad regulatoria del minis-

⁴⁸⁵ Pacheco, Luis, “Marco estratégico para el sector hidrocarburos. Algunas consideraciones”, en Ugalde, Luis *et al.*, *Detrás de la pobreza: percepciones, creencias, apreciaciones*, Asociación Civil para la Promoción de Estudios Sociales-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, p. 401

terio. La destrucción de la autonomía de PDVSA agravó esta situación en tanto, en la práctica, el ministerio absorbió a PDVSA.

Esta capacidad regulatoria es especialmente relevante para implementar y aplicar las instituciones que regirán la relación entre la inversión privada y el petróleo. De acuerdo con Douglass North, esas instituciones reducen costos de transacción y, en suma, generan condiciones favorables para el ejercicio de derechos económicos⁴⁸⁶. Por ello, como Ramón Espinasa concluyó, la calidad de esas instituciones incide, determinante, en la producción petrolera⁴⁸⁷.

Precisamente, el desmontaje del Petro-Estado no implica que el Estado va a abdicar del rol constitucional que debe cumplir en el sector, sino que supone cambiar las técnicas de la intervención administrativa a través de las cuales ese rol se cumple. A estos fines, mientras que la gestión de las actividades de exploración y producción descansa en la iniciativa privada -salvo razones que aconsejen mantener espacios de gestión pública- el control del sector es asumido por el Estado a través de la regulación, lo que implica construir capacidades burocráticas de regulación, al tiempo que se adoptan reglas fiscales especiales para inmunizar el ingreso petrolero de su control político.

En todo caso, debemos insistir en cuenta que las reformas legislativas necesarias para implementar la figura del Estado garante son insuficientes. Así, como hemos

⁴⁸⁶ North, Douglass, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, 1999, pp. 36 y ss.

⁴⁸⁷ Espinasa, Ramón, "Marco Institucional y el Desempeño de las Empresas Estatales productoras de Petróleo", *cit.*

explicado, hay tres restricciones principales a la recuperación de la industria petrolera, asociadas al colapso económico, a saber, (i) el colapso estatal; (ii) el déficit de divisas y (iii) la destrucción de los mecanismos de mercado.

Así, cualquier reforma legislativa no podrá ser efectivamente implementada, en tanto el frágil Estado venezolano no cuenta con capacidad para atender sus cometidos, no solo en lo que respecta a la garantía de prestación de servicios como la electricidad, sino incluso, en lo que atañe al monopolio legítimo de la violencia, en especial, al sur de Venezuela. Cualquier operador económico, incluso de contar con derechos reconocidos en la nueva legislación petrolera, encontrará severas restricciones causadas por el colapso estatal: desde interrupciones del suministro eléctrico, pasando por daños ambientales, hasta el riesgo en la seguridad de instalaciones y personal. Sin duda, la fragilidad del Estado venezolano y la gradual criminalización de sus instituciones es la primera restricción a la recuperación del sector petróleo.

Luego encontramos las limitaciones derivadas del déficit de divisas y de la crisis de la deuda pública externa. Hasta tanto no se asuma su renegociación, existirán riesgos de litigio que amenazarán no solo a los activos externos de PDVSA, sino a sus operaciones en alianza con operadores económicos privados. La renegociación de la deuda externa ha sido una tarea largamente obviada, lo que ha agravado la crisis de la deuda, especialmente, si consideramos que a fines del 2023 podrían comenzar a prescribir los primeros derechos derivados del incumplimiento de la deuda financiera, todo lo cual podrá agravar -más todavía- los riesgos del sector petrolero venezolano.

Hay aquí, en todo caso, una relación en doble sentido, pues la renegociación de la deuda pública externa pasa, entre otras condiciones, por recuperar la producción petrolera y con ello, la principal fuente de divisas de exportación. Esta particularidad abre puertas para mecanismos de renegociación basados en el canje de activos por deuda, y así, fomentar la inversión privada en el sector petrolero, en especial, respecto de los operadores cuyos derechos fueron expropiados.

La situación de Citgo, en especial, merece una solución integral. No basta así con proponer soluciones que solo atiendan a los riesgos más inminentes sobre ese activo, pues, en suma, de no renegociarse la deuda, tarde o temprano los riesgos volverán a agravarse. En especial, y más allá de la inconstitucionalidad del colateral sobre Citgo Holding, Inc., la renegociación de la deuda debe tomar en cuenta la situación de los Bonos 2020, con base en el Acuerdo de 15 de octubre de 2019.

Como se observa, las restricciones al crecimiento de la producción petrolera no pueden solucionarse solo con una reforma legislativa. Esta reforma, en realidad, debe ser parte de un conjunto de políticas públicas de mayor aliento, llamadas a reconstruir la capacidad del Estado y, además, renegociar la deuda pública.

2. Limitaciones constitucionales aplicables a la ampliación de los cauces de la inversión privada

El desmontaje del Petro-Estado pasa, como vimos, por derogar la reserva sobre las actividades primarias, todo lo cual permitiría su ejercicio por parte de la iniciativa privada con fundamento en el artículo 112 constitucional. En concreto, esto se lograría derogando la reserva al Estado prevista en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, adoptando

un modelo similar al de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, en la cual no se parte de la reserva sobre las actividades primarias del gas no asociado. Una reforma similar habría que emprender respecto de las actividades aguas abajo que han sido reservadas, y en especial, la comercialización de los hidrocarburos⁴⁸⁸.

Logrado este objetivo, sería igualmente necesario regular, en una reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, el título habilitante a través de la cual se ejercería el acceso a las actividades primarias. En este sentido, el régimen jurídico de ese título debería ser desarrollado con mucha mayor claridad que la regulación de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, cuyo impreciso tratamiento de las “licencias” ha generado cierta discusión en torno a la verdadera naturaleza jurídica de ese título habilitante.

No obstante, el derecho de la iniciativa privada a emprender actividades primarias requeriría del uso de yacimientos, que son bienes del dominio público por disposición constitucional. Hasta tanto esa condición no sea revisada mediante una reforma constitucional, el título habilitante que condicione el acceso a las actividades primarias deberá aparejar la asignación reglada de derechos de uso sobre yacimientos. Tomando en cuenta que estos yacimientos son recursos escasos –pues no es posible asignar derechos de uso ilimitados sobre un mismo

⁴⁸⁸ La derogatoria de la reserva, conocida también como “despublicación”, implica reconocer el derecho de la iniciativa privada a emprender las actividades primarias. Sobre el alcance de esta técnica, véase lo expuesto en Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado de Derecho español y venezolano*, cit., pp. 145.

yacimiento- será necesario establecer, además, un mecanismo de licitación pública a través del cual la Administración, de manera objetiva, no-discriminatoria y transparente, pueda asignar derechos de uso a la iniciativa privada interesada en emprender actividades primarias⁴⁸⁹.

Una vez derogada esta reserva, sería posible asignar derechos de exploración, producción y comercialización a la inversión privada, sin que sea obligatoria la participación de PDVSA. En todo caso, el ejercicio de estos derechos procedería no solo para nuevos proyectos, sino también para campos asignados a filiales de PDVSA, y que, por ende, podrían ser trasladados a la iniciativa privada.

Ahora bien, el principal obstáculo para derogar la reserva de la Ley Orgánica de Hidrocarburos es el citado artículo 302 constitucional, pues como vimos, éste pudiese ser interpretado en el sentido que existe, por Constitución, una reserva sobre el sector petrolero, todo lo cual impediría derogar tal reserva⁴⁹⁰. Empero, ya vimos que el

⁴⁸⁹ La condición de los yacimientos como recursos escasos es relativa, no absoluta. Se trata de recursos escasos pues por razones técnicas, la extracción de determinado campo solo puede ser encomendada a un operador. En términos absolutos, y a pesar de tratarse de recursos no-renovables, los posibles cambios en los patrones de consumo de combustibles fósiles más bien harán que éstos sean recursos abundantes.

⁴⁹⁰ Véase, además de la bibliografía ya citada, a Garantón, Juan Carlos, "Aspectos normativos y contractuales esenciales para una sana política petrolera. La ineludible participación privada y las alternativas para su manejo", en *Régimen legal de los hidrocarburos*, cit., pp. 325 y ss. Véase, también del autor, "El agotamiento del esquema de empresas mixtas y las alternativas para la participación de los particulares en actividades primarias", *Petróleo y extractivismo en Venezuela*, cit., pp. 245 y ss. El autor opina que "la reserva prevista en el artículo 302 constitucional se extiende

citado artículo 302 debe ser interpretado en el sentido que es al Legislador a quien corresponde definir el ámbito de las actividades reservadas al Estado, con lo cual, el Estado podría decidir derogar la reserva contenida en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, y permitir, así, la libre iniciativa privada en las actividades primarias, y en especial, en la comercialización de hidrocarburos.

Esto permitiría que, en lugar de acudir a figuras de dudosa legalidad, como el contrato de servicio petrolero, se puedan implementar títulos habilitantes que reconozcan debidamente derechos de propiedad a la inversión privada. Pero esto genera un problema adicional, relacionado con la organización administrativa a través de la cual podrá supervisarse el ejercicio de esa inversión privada, así como de la inversión pública que se preserve e el sector.

3. *La superación del modelo de empresas mixtas. La necesaria implementación de mecanismos de regulación que incentiven la iniciativa privada y flexibilicen la gestión de las empresas operadoras públicas*

Como pudimos ver, el régimen de las empresas mixtas no otorga incentivos claros a la inversión privada, pues ésta queda reducida al rol de accionista minoritario de una empresa controlada por el Estado que además, se equipara a una empresa pública y por ende, queda sometida a la regulación del sector público, incluyendo las normas sobre control fiscal (Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema de Nacional de

exclusivamente a las actividades en materia petrolera (esto es, no abarca a las actividades gasíferas)” (p. 252). En el texto principal explicamos por qué no hay, en la Constitución, reserva alguna.

Control Fiscal) y particularmente, las normas sobre procura (Ley de Contrataciones Públicas). Esto último es determinante pues, como regla, las empresas mixtas quedan sometidas a los procedimientos de selección de contratistas de esa Ley, reduciendo la capacidad del accionista privado de gestionar la procura de las empresas mixtas.

Con lo cual, es necesario modificar este régimen, lo cual puede hacerse en dos sentidos distintos. Por un lado, es posible reformar el régimen jurídico de las empresas mixtas para establecer la aplicación de reglas especiales que otorguen mayor flexibilidad a su gestión, especialmente, en cuanto al procedimiento de procura, reconociendo al accionista privado minoritario mayores responsabilidades en tal procedimiento⁴⁹¹.

Por el otro lado, es posible ampliar los cauces de participación de la inversión privada en las actividades primarias. Aquí puede implementarse una política con distintos grados.

Por un lado, y sin necesidad de reformar la Ley, PDVSA puede enajenar al sector privado -y bajo control parlamentario- las acciones que posee en empresas operadoras -públicas o mixtas- preservando sin embargo su control accionario, lo que técnicamente se logra con una participación superior al 50,1%. Esto convertiría a todas

⁴⁹¹ Básicamente, es necesario crear un régimen jurídico especial para las empresas mixtas que, sin negar el control sobre el patrimonio público presente en esas sociedades, reconozca mayor flexibilidad, especialmente, en cuanto al procedimiento de procura, en el cual el inversionista privado debería tener mayor control. Así, la Ley de Contrataciones Públicas debería reformarse, a los fines de excluir de su ámbito a las empresas mixtas o, cuando menos, a los fines de garantizar un mayor control del accionista privado en el procedimiento de procura.

las empresas operadoras en empresas mixtas. Pero esta solución no soluciona las restricciones que, derivadas del colapso de PDVSA, le impedirían asumir su rol de accionista mayoritario. De allí la necesidad de avanzar un paso más, mediante la reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Modificando la Ley, para derogar la reserva existente, podría PDVSA enajenar al sector privado la totalidad de sus acciones en las empresas mixtas creadas a partir de 2006. Ya vimos que esas empresas mixtas operadoras no pueden considerarse como parte de la "industria petrolera" que, de acuerdo con el artículo 303 constitucional, debe ser "manejada" por PDVSA. Como resultado de ese cambio, las empresas mixtas pasarían a ser empresas operadoras privadas. Asimismo, y también bajo la señalada reforma de la Ley, podría examinarse la posibilidad de enajenar al sector privado los derechos de exploración y producción de PDVSA Petróleo, S.A., que opera actividades primarias⁴⁹².

En todo caso, la subsistencia de las empresas mixtas no es una decisión que pueda adoptar el Estado de manera unilateral, pues es preciso alcanzar un acuerdo con el socio minoritario. El nuevo marco jurídico debe, por ello, propiciar esos acuerdos, de lo cual podrán resultar, a grandes rasgos, dos posibles resultados: (i) que el socio minoritario decida asumir la operación de la empresa

⁴⁹² Lo que se expone es una aproximación ilustrativa sobre cómo podría privatizarse, de *iure*, la actividad petrolera a cargo de PDVSA y sus filiales, incluyendo las empresas mixtas. La enajenación de acciones puede presentar problemas debido a contingencias. Una alternativa es ceder los derechos de exploración y explotación, junto a sus activos anejos.

mixta, que pasaría a ser empresa privada y (ii) que el socio minoritario decida mantener su condición de accionista, supuesto en el cual deberá mejorarse el marco jurídico de la empresa mixta.

En la medida en que, bajo esta reforma, concurren empresas operadoras públicas y privadas, y a los fines de salvaguardar la libre competencia, sería necesario introducir reformas orientadas a promover la competencia, en lo que se conoce como “neo-regulación”⁴⁹³. Esta nueva regulación debería orientarse a atender posibles fallos de mercado –derivados, en especial, de monopolios naturales– pero, además, debería establecer reglas claras y racionales orientadas a la ordenación jurídica de todas las actividades del sector, y que fomenten las diversas aristas de la libertad económica, en especial, la libertad de contratos⁴⁹⁴.

⁴⁹³ La neo-regulación es la regulación económica adoptada de manera proporcional, que, partiendo de los principios de menor intervención y subsidiariedad, se orienta a dos objetivos: garantizar el cumplimiento de condiciones básicas de acceso al mercado y atender los fallos de mercado, promoviendo condiciones de competencia efectiva. Cfr.: Cruz Ferrer, Juan de la, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, pp. 136 y ss.

⁴⁹⁴ La reforma de la regulación del sector de hidrocarburos debería ampliar la libertad de contratos, tanto respecto a los contratos que la Administración Pública puede celebrar como respecto de los contratos que pueden celebrar las empresas operadoras. Sin perjuicio de la aplicación de específicas normas de Derecho Administrativo, esos contratos deberían admitir la aplicación del Derecho Privado, reconociéndose incluso al arbitraje como mecanismo de solución de controversias. Estos cambios son compatibles con la vigente Ley de Contrataciones Públicas, en tanto las condiciones generales de contratación previstas en esa Ley no excluyen la aplicación del Derecho Privado. Por el contrario,

Nótese que esta reforma no implica eliminar el rol del Estado a través de PDVSA, lo que, por otro lado, no parece ser una opción bajo la Constitución, debido a la prohibición de privatizar el capital de esa empresa. De allí la necesaria concurrencia de empresas públicas y privadas. Sin embargo, debido a las contingencias legales de PDVSA, deberá evaluarse la conveniencia de crear una nueva empresa pública petrolera para administrar los derechos petroleros cuya gestión retenga al Estado, y proceder a la liquidación de la actual PDVSA, lo que requeriría renegociar su deuda, y eventualmente, someter a esa empresa a un proceso de quiebra.

Además, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, y a los fines de una mayor armonización, pudiera incluso ser deseable unificar la regulación de todos los hidrocarburos en una sola Ley, que atendería, en todo caso, a las especiales condiciones técnicas de los distintos tipos de hidrocarburos presentes en Venezuela⁴⁹⁵.

bajo la visión estatista que predomina en la actualidad, todos los contratos del sector celebrados por la Administración Pública, y eventualmente por sus contratistas, tienden a calificarse como "contratos administrativos", excluyéndose la aplicación del Derecho Privado y reduciéndose el alcance del arbitraje. *Vid.:* Araujo-Juárez, José, *Derecho Administrativo General. Acto y contrato administrativo*, Paredes, Caracas, 2011, pp. 276 y ss.

⁴⁹⁵ Así, la propuesta de unificación de la regulación de hidrocarburos dejaría a salvo la regulación especial para cada tipo de hidrocarburo, partiendo especialmente de los tres hidrocarburos que caracterizan al mercado venezolano: los hidrocarburos gaseosos; el petróleo extrapesado y pesado, y el resto de los crudos (livianos y medianos). El petróleo extrapesado, focalizado la "Faja Petrolífera del Orinoco", requiere importantes inversiones para su procesamiento, que difícilmente pueden alcanzarse en

En especial, sería necesario establecer un marco fiscal flexible, que asegure su adecuación a las especificidades de cada proyecto.

Esta nueva regulación deberá prestar especial atención al principio de separación entre el operador y regulador, pues, en suma, las empresas privadas no podrían competir con las empresas públicas si éstas influyen además en la actividad de supervisión. A estos fines deberá crearse una Administración sectorial, encargada de la regulación integral del sector de hidrocarburos, garantizándose su autonomía frente al Gobierno⁴⁹⁶.

4. *La agencia venezolana de los hidrocarburos*

Bajo la etapa estatista, consolidada con la nacionalización petrolera, el control del Estado sobre la industria petrolera es de tipo accionario, en tanto la exploración, producción y comercialización de hidrocarburos solo puede ser realizada por sociedades mercantiles que, total o mayoritariamente, pertenezcan al Estado. Por lo tanto, el Estado no ha creado capacidades de regulación, esto es, las capacidades para ordenar y limitar el ejercicio de las actividades petroleras. En la práctica, este control es accionario y corresponde a PDVSA.

La reforma de la Ley para reconocer la libre iniciativa privada en actividades que hoy están reservadas al

el esquema rígido de empresas mixtas. *Cfr.*: Bellorín, Carlos, "Régimen fiscal y contractual de los proyectos de la Faja Petrolífera del Orinoco", en *Petróleo ¿bendición o maldición? 100 años del Zumaque 1*, *cit.*, pp. 236.

⁴⁹⁶ A este esquema regulatorio nos hemos referido antes en Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*, *cit.*, pp. 554 y ss.

Estado exige desarrollar estas capacidades de regulación. Asimismo, y en la medida en que se preserven empresas públicas operadoras, es necesario separar la función de gestión económica del Estado de la función de ordenación y limitación. De allí la necesidad de crear a una Administración especializada para ejercer esas funciones de ordenación y limitación, esto es, la agencia venezolana de los hidrocarburos.

Así, un elemento clave en la regulación económica es la creación de una Administración regulatoria sectorial con autonomía técnica⁴⁹⁷. Este modelo es utilizado en los demás países de la región latinoamericana con una industria de hidrocarburos relevante: Brasil, que creó la Agencia Nacional de Petróleo, Gas Natural y Biocombustibles en 1997; Colombia, que creó la Agencia Nacional de Hidrocarburos en 2003; México, que creó la Comisión Nacional de Hidrocarburos en 2008; y Ecuador, que creó la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero en el 2010⁴⁹⁸.

La agencia venezolana de los hidrocarburos sustituirá a PDVSA como el instrumento de control de la industria petrolera, en tanto ese control ya no descansaría en la propiedad del capital social de las empresas operadoras. Con

⁴⁹⁷ Cfr.: Hernández G., José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, cit.

⁴⁹⁸ En Venezuela se ha propuesto la creación de la “Agencia Venezolana de Hidrocarburos”, que cumple el rol de la Superintendencia. *Vid.*: “9 puntos: La recuperación de la Industria Petrolera Venezolana”, por Carlos Bellorín y Andrés Guevara, en Prodavinci: <http://historico.prodavinci.com/2017/02/14/actualidad/9-puntos-la-recuperacion-de-la-industria-petrolera-venezolana-por-carlos-bellorin-y-andres-guevara/>

lo cual, las filiales operadoras de PDVSA, incluyendo a las empresas mixtas que se mantengan, actuarán en igualdad de condiciones que las empresas privadas, bajo la ordenación y supervisión de la agencia. A estos fines, la agencia debe tener autonomía funcional respecto del Poder Ejecutivo Nacional, y capacidad suficiente para reducir los riesgos de captura⁴⁹⁹.

Así, la agencia venezolana de los hidrocarburos, como una superintendencia, debe contar con autonomía para el ejercicio de sus competencias. De allí que sus decisiones no podrían ser revisadas en sede administrativa y contra ellas podrá acudir a los tribunales competentes de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a arbitraje contractual. En tal sentido, sus funcionarios, salvo casos excepcionales determinados por su máxima autoridad, serán considerados personal de carrera administrativa.

En concreto, la agencia tendría, entre otras, la competencia de otorgar, modificar y revocar los títulos habilitantes para emprender actividades de hidrocarburos, incluyendo sustanciar y decidir el procedimiento de selección del inversionista en la empresa mixta y para la adjudicación el contrato de exploración y explotación. Asimismo, tendrá a su cargo la inspección de las empresas operadoras.

⁴⁹⁹ Lares, Mary Elena, et al., *Un modelo de agencia reguladora independencia de hidrocarburos*, Banco Interamericano de Desarrollo. Washington D.C., 2019. Véase el estudio comparado en Espinasa, Ramón, et al., *La Ley y los hidrocarburos: comparación de marcos legales de América Latina y el Caribe*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., 2016, pp. 97 y ss.

De esa manera, la propuesta concibe a la agencia como una Administración con autonomía técnica, encargada de supervisar las actividades reguladas por la Ley, y en especial, encargada de la celebración y administración del contrato de exploración y explotación. Su independencia asegura, además, el principio de neutralidad respecto de PDVSA y las empresas públicas y mixtas operadoras.

5. *El contrato de exploración y producción. La conversión de los contratos suscritos en el marco de la privatización de facto*

Bajo la propuesta de reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la inversión privada podrá realizar directamente actividades primarias a través del contrato de exploración y producción (E&P) suscrito con la República, como propietaria de los yacimientos. A tales efectos, es preciso establecer la relación entre el contrato E&P y el título habilitante.

En términos generales, el título habilitante es la decisión de la Administración Pública por medio de la cual controla el emprendimiento de determinada actividad económica. Según el tipo de actividad, puede tratarse de una concesión o de una autorización: en el primer caso la Administración Pública concede discrecionalmente un derecho que le es propio, mientras que en el segundo caso admite el ejercicio de un derecho propio de la empresa privada. La concesión, básicamente, puede abarcar dos supuestos: (i) la concesión de bienes del dominio público, si la actividad requiere usar tales bienes, o (ii) la concesión de servicio público, que únicamente aplica para realizar

actividades reservadas al Estado. A su vez, el título habilitante puede ser unilateral (acto administrativo) o bilateral, o sea, contractual⁵⁰⁰.

Bajo la reforma propuesta, las actividades primarias no estarían reservadas al Estado, con lo cual, ellas podrían ser emprendidas en ejercicio del derecho de libertad de empresa. Empero, como se ha explicado, los yacimientos de hidrocarburos son bienes del dominio público, con lo cual, es necesario que la Administración Pública traslade al inversionista privado el derecho real administrativo de usar tales bienes del dominio público, con el cual, el título habilitante es el de la concesión, en concreto, la concesión del dominio público⁵⁰¹.

Ahora bien, la concesión no debe revestir siempre forma contractual. En realidad, que la concesión sea unilateral (acto administrativo) o contractual depende de lo que decida el Legislador, siendo que en ambos casos su régimen jurídico será bastante similar. Por ejemplo, las empresas operadoras, bajo la Ley Orgánica de Hidrocarburos vigente, llevan a cabo actividades primarias a través de un acto administrativo, como sucede también bajo la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos.

La concesión, en todo caso, solo sería del dominio público, con lo cual ella se limita a asignar derechos reales

⁵⁰⁰ Seguimos lo que, con mayor detenimiento, hemos explicado en *Derecho administrativo y regulación económica, cit.*, pp. 102 y ss.

⁵⁰¹ El título habilitante que transfiere derechos reales sobre bienes del dominio público es siempre una concesión del dominio público, más allá de la denominación que dada por el Legislador. Véase en tal sentido, el trabajo clásico de Villar Palasí, José Luis, "Naturaleza y regulación de la concesión minera", en *Revista de Administración Pública número 1*, Madrid, 1950, pp. 90-93.

administrativos de uso sobre los yacimientos de hidrocarburos. Más allá de ello, la realización de actividades primarias será ejercida en virtud de un derecho propio, a saber, la libertad de empresa, pues la reforma propuesta propone eliminar la reserva. Esta diferencia es importante, pues bajo la reforma propuesta deberá siempre partirse de la interpretación más favorable a la libertad económica, como sucede actualmente en el sector del gas no asociado.

Bajo la reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, entendemos que el título habilitante que debería otorgarse es el contrato, y no el acto unilateral. En efecto, aun cuando el contrato responderá a condiciones generales y particulares preestablecidas por el Estado –es decir, sería un contrato de adhesión- la nueva Ley debe otorgar cierto margen de negociación entre el Estado y el inversionista, margen que se adecúa al contrato, especialmente, en cuanto respecta al régimen financiero. Por ello, la propuesta de reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos reconoce como título habilitante al contrato E&P, que sería así el título habilitante que transfiere a la inversión privada el derecho real administrativo de uso sobre yacimientos de hidrocarburos, y que al mismo tiempo autoriza el ejercicio de actividades primarias como manifestación de la libertad de empresa.

En tal sentido, la propuesta de reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos debe reconocer el principio de libertad contractual, de conformidad con el cual la Administración podrá celebrar cualquier modelo de contrato que se adecúe a las particularidades de cada proyecto. Por ello, tomando en cuenta el Derecho Comparado, convendría analizar cuáles serían los posibles modelos de contrato que a tales efectos podrían celebrarse, recordando

que, bajo la reforma regulatoria propuesta, los contratistas privados ejercerán por cuenta propia las actividades primarias⁵⁰².

En el Derecho Comparado los contratos petroleros en actividades primarias han sido divididos tradicionalmente en cuatro grandes grupos⁵⁰³.

En *primer* lugar, encontramos a los *contratos de licencia o de concesión* que son aquellos en los cuales el Estado traslada al inversionista el derecho a realizar actividades primarias a su cuenta y riesgo, sujeto al pago de impuestos y regalías. Se trata de los primeros contratos a través de los cuales la industria comenzó actividades, incluso en Venezuela. Para el inversionista privado implica un grado importante de libertad, pues realiza las actividades primarias a su cuenta y riesgo adquiriendo la propiedad de los hidrocarburos a boca de pozo. Dejando a salvo el poder tributario, el Estado participa a través de la regalía, usualmente fijada como un porcentaje sobre los hidrocarburos producidos, debido a su condición de propietario de los yacimientos. Más allá de esa intervención, y de la

⁵⁰² Sobre estos modelos, entre otros, *vid.*: Roberts, Peter, *Petroleum Contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 47 y ss. Para un análisis comparativo en Latinoamérica, *vid.* Pinto, Sheraldine, "Contratos petroleros en América Latina: una introducción", en *Derecho de la Energía en América Latina, Tomo I*, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 200 y ss.

⁵⁰³ Además de la obra de Roberts, *vid.*: Naseem, Mohammad, *International Energy Law*, Wolters Kluwer, Ámsterdam, 2017, pp. 48 y ss.

supervisión general de la actividad, el Estado no participa en la gestión directa de las actividades primarias⁵⁰⁴.

En *segundo* lugar, encontramos a los contratos de *producción compartida*, en los cuales la inversión privada asume la realización de actividades primarias, pero compartiendo con el Estado parte de los hidrocarburos producidos, que son recibidos como pago en especie. Tales contratos implican un mayor grado de restricción sobre el inversionista, quien adquiere la propiedad de parte de los hidrocarburos producidos en el proceso de exportación. Además, supone un mayor grado de control por parte del Estado⁵⁰⁵.

En *tercer* lugar, encontramos los *contratos de operación conjunta*, o "joint ventures", en los cuales el Estado junta con la iniciativa privada emprende actividades primarias. En ocasiones pueden incluir la creación de una sociedad de participación conjunta, como es el caso de las empresas mixtas en la vigente Ley Orgánica de Hidro-

⁵⁰⁴ Suele diferenciarse entre el contrato tradicional y el contrato moderno, de acuerdo con el alcance de la supervisión ejercida por el Estado, muy limitada en el primer caso, y más amplia en el segundo. *Vid.*: Duval, Claude *et al.* *International Petroleum Exploration and exploitation agreements*, Barrows, Nueva York, 2009. *Cfr.*: pp. 62-63. En el Derecho Venezolano actual, el régimen derivado de la *Ley sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones* demuestra la evolución de la concesión, que reconoce amplias facultades de supervisión a la Administración Pública.

⁵⁰⁵ Una modalidad es el contrato de ganancias compartidas, o de utilidad compartida, en el cual la remuneración del contratista se basa en una porción de la utilidad derivada de la comercialización del crudo explotado. *Vid.* Pinto, Sheraldine, "Contratos petroleros en América Latina: una introducción", *cit.*, pp. 242-243.

carburos. Implican un menor grado de libertad para el inversionista y un mayor grado de participación del Estado, quien co-gestionará las actividades primarias.

Por último, y, en cuarto lugar, encontramos al *contrato de servicio*, en el cual la inversión privada realiza todas las fases de las actividades primarias por cuenta del Estado, recibiendo a cambio una remuneración (que podrá ser fija o variable, supuesto en el cual el contratista privado asume parte del riesgo en función a la producción petrolera). Para el inversionista supone un grado muy reducido de libertad, mientras que el Estado mantiene el control sobre la producción sin tener que participar en la realización de las actividades primarias⁵⁰⁶.

La diferencia entre estos contratos no depende del régimen fiscal aplicable, o como se le conoce, el *government take*, esto es, el conjunto de ingresos que capta el Estado con ocasión a la realización de actividades primarias. El *government take* resulta generalmente de la combinación de tributos y regalías: los primeros se cobran, de conformidad con la Ley, en ejercicio del poder tributario, mientras que las regalías responden a la contraprestación patrimonial por el uso de bienes del dominio público, lo que permite su fijación vía contrato, incluyendo pagos

⁵⁰⁶ Se trata de un contrato atípico de servicio, pues traslada al contratista la gestión integral de las actividades de exploración y explotación. Se le debe diferenciar entonces del contrato (puro) de servicio que, bajo la Ley de Contrataciones Públicas, podría ser celebrado bajo la vigente Ley Orgánica de Hidrocarburos, y que en modo alguno puede implicar la cesión del derecho a realizar actividades primarias. Véase lo expuesto en la sección tercera del capítulo tercero.

contractuales especiales⁵⁰⁷. En suma, la arquitectura financiera de los contratos permitiría al Estado percibir ingresos similares más allá de la diferencia sustantiva de cada uno de los contratos indicados⁵⁰⁸.

Por el contrario, la principal diferencia en estos contratos podemos encontrarla en la relación entre el Estado y el inversionista, tomando en cuenta dos criterios: (i) el ámbito de libertad reconocido al inversionista asociado a la propiedad privada y (ii) el grado de control que el contrato otorga al Estado.

Los contratos de concesión y de producción compartida otorgan al contratista mayor ámbito de libertad, pues éste asume la realización integral de las actividades primarias⁵⁰⁹. En contra, los contratos de servicios y de

⁵⁰⁷ Carmona, Juan Cristóbal, *Actividad petrolera y finanzas públicas en Venezuela*, cit., pp. 49 y ss. Si el Estado participa además como empresario, capturaré el ingreso petrolero, también a través de dividendos, como sucede con PDVSA.

⁵⁰⁸ Como señala David Johnston, el contrato de concesión se basa en regalías e impuestos, mientras que el contrato de producción compartida se basa en la repartición de los hidrocarburos producidos, todo lo cual determina el momento en el cual la propiedad de los hidrocarburos producidos se traslada a la inversión privada (a boca de pozo, en el primer caso, o en la exportación, en el segundo). Sin embargo, el régimen fiscal de los contratos puede ser diseñado para que el ingreso del Estado sea el mismo, más allá del régimen contractual aplicable, incluso, en el marco del contrato de servicio. *Cfr.*: Johnston, David, "How to evaluate the fiscal term of oil contracts", en *Escaping the resource curse*, cit., pp. 53-54 y 74-75. Ello plantea importantes diferencias en cuanto al registro contable del crudo.

⁵⁰⁹ Aun cuando podría señalarse que en el contrato de producción compartida el contratista actúa por cuenta de la Administración,

producción conjunta reconocen un menor ámbito de libertad para el contratista: en el primer caso pues el contratista actúa por nombre y cuenta del Estado, y en el segundo, pues la producción conjunta suele aparejar mayor grado de control.

Por su parte, el contrato de producción conjunta es el que implica un mayor grado de participación del Estado –quien interviene en la realización de las actividades primarias, asumiendo parte del riesgo- seguido del contrato de servicios –pues el contratista actúa por nombre y cuenta del Estado, quien termina asumiendo, al menos en parte, el riesgo de la operación. Por su lado, el contrato de producción compartida requiere un grado menor de control del Estado –asociada a su participación directa en la producción- sin que el Estado asuma al riesgo de la operación. Finalmente, el contrato de concesión otorga un menor grado de control del Estado en el sentido que la gestión de las actividades primarias es confiada enteramente a la inversión privada, quien asume la totalidad del riesgo.

En cuanto a la propiedad sobre el crudo producido, el contrato de concesión es el que otorga mayor grado de libertad, pues el inversionista adquiere la propiedad a boca de pozo, con la excepción del crudo que debe pagarse a concepto de regalía –si el pago de la regalía se pacta en especie-. En el contrato de producción compartida la propiedad solo se transfiere en el proceso de exportación, mientras que en el contrato de servicio no hay trans-

al punto que nunca adquiere la propiedad del crudo producido. Esto marca una diferencia importante con el contrato de concesión, en el cual el contratista actúa a nombre propio. *Vid.: Duval, Claude et al. International Petroleum Exploration and exploitation agreements, cit., p. 70*

ferencia del derecho de propiedad –aun cuando el pago del servicio puede hacerse en especie-. En el contrato de explotación conjunta, la propiedad puede quedar en manos del Estado, más allá del derecho del accionista minoritario a participar en esa producción como parte del dividendo al cual tiene derecho.

Desde tal perspectiva, los contratos E&P podrían conducirse a tres grandes grupos: (i) aquellos que trasladan el derecho exclusivo de realizar actividades primarias al inversionista privado; (ii) aquellos que trasladan el derecho exclusivo de realizar actividades primarias a la gestión conjunta del Estado y del inversionista privado y (iii) aquellos que no trasladan el derecho a realizar actividades primarias, las cuales sin embargo se encomiendan al contratista quien actúa por nombre y cuenta del Estado.

La reforma energética en México demuestra la conveniencia de reconocer la libertad de contratación, en el sentido que el Estado debe tener libertad para diseñar el contrato de exploración y explotación que más se adecúe a las características de cada proyecto, tomando en cuenta las variables entre la libertad del contratista y el grado de control exigido por parte del Estado⁵¹⁰. Se insiste así que el régimen fiscal no depende del modelo contractual pues, en suma, con un marco regulatorio flexible, la participación del Estado (por medio de ingresos tributarios y no tributarios) puede ser similar en modelos contractuales diferentes.

⁵¹⁰ La reforma energética en México, igualmente, reconoció el principio de libertad contractual, a través de los llamados *contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos*.

Para el caso de Venezuela, por ello, la propuesta consiste en reconocer la libertad contractual, permitiendo al Estado definir el modelo específico de contrato que más se ajuste a las necesidades de cada proyecto. Para preservar el derecho a la igualdad, se deberían regular condiciones contractuales generales para los distintos tipos de contratos mencionados, dejando a las condiciones particulares la concreción necesaria de acuerdo con las particularidades de cada proyecto.

Sin perjuicio de ello, estimamos que el contrato que más se ajusta a los requerimientos actuales de la industria petrolera es el modelo de contrato de concesión, por las razones que de seguidas se señalan:

En *primer* lugar, el contrato de concesión confía la gestión integral del proyecto a la inversión privada a su cuenta y riesgo. Luego, al ser el contrato que mayor amplitud otorga a la inversión privada, más incentivos puede generar para atraer la inversión requerida para la recuperación de la industria petrolera. En especial, pues la inversión privada adquiere la propiedad del crudo producido –más allá de lo pactado por concepto de regalía. Es posible en todo caso modular la distribución del riesgo, a los fines de crear incentivos para las inversiones en capital que la industria requiere.

En *segundo* lugar, el contrato de concesión no depende de la mermada capacidad de PDVSA y sus empresas filiales, pues el Estado no interviene directamente en la gestión del contrato. Por el contrario, el Estado circunscribe su actuación a la supervisión de la actuación del contratista, para lo cual la propuesta de reforma plantea la creación de una Administración sectorial –la agencia venezolana de los hidrocarburos– que asumirá la supervisión del contrato. De esa manera, bajo la reforma de la Ley,

PDVSA y sus filiales no estarían a cargo de administrar el contrato E&P, sino solo de llevar a cabo las actividades primarias que preserven.

En *tercer* lugar, el contrato de concesión permite canalizar la inversión privada necesaria para la recuperación de la industria, sin exigencias de inversión por parte del Estado. Al confiar a la inversión privada la gestión integral del proyecto, podría facilitarse además la búsqueda de financiamiento externo.

En *cuarto* lugar, es importante insistir que el contrato de concesión no implica –necesariamente– un menor grado de ingresos petroleros para el Estado en comparación con el contrato de producción compartida, pues, en suma, la regalía permitiría al Estado captar ingresos similares a los derivados del contrato de producción compartida. Frente a ello, el contrato de concesión tiene importantes ventajas, a saber, la transferencia de la propiedad de los hidrocarburos a boca de pozo, y un grado técnico de intervención administrativa sobre la ejecución del contrato.

En todo caso, es preciso recordar que junto al diseño de las cláusulas del contrato E&P, es igualmente relevante la definición del *government take*, el cual debería ser flexible y progresivo, esto es, atado al precio de los crudos producidos. Si bien el régimen impositivo encuentra importantes limitaciones para su ajuste a las particularidades de cada contrato, el régimen de las regalías –y en general, de cualquier otro derecho patrimonial contractual– sí permite mayor flexibilidad, pues su fundamento sería contractual⁵¹¹.

⁵¹¹ Le Leuch, Honoré, “Recent Trends in Upstream Petroleum Agreements: Policy, Contractual, Fiscal, and Legal Issues”, en

En tal sentido, el contrato de E&P sería suscrito entre la República y el inversionista privado. La República actuaría como propietaria de los yacimientos de hidrocarburos de conformidad con el artículo 12 constitucional. Tal propiedad pública ha sido una constante en nuestra historia, pese a que Venezuela no siempre ha sido un Petro-Estado. Así, en los orígenes de la industria, la propiedad pública de los yacimientos era concebida como una nuda propiedad, o sea, un título que solo permite al Estado adjudicar derechos de uso a la inversión privada⁵¹². Por ello, es posible que la reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos limite el derecho de propiedad de la República a la competencia para adjudicar derechos de uso sobre yacimientos a través de procedimientos licitatorios, considerando a tales derechos como un recurso escaso⁵¹³. A tal fin, la nueva Ley creará a la agencia como la autoridad técnica y autónoma para adjudicar tales derechos y supervisar el contrato.

Pero, en cualquier caso, el contrato se celebraría entre la Administración Pública y el inversionista, con lo cual, de cara al Derecho venezolano, sería un “contrato administrativo”, en tanto su objeto o causa sería la atención del interés general. Sin embargo, someter al contrato de E&P al régimen del contrato administrativo desestimularía la inversión privada, vista los “poderes exorbitantes” que la

The Handbook of Global Energy Policy, John Wiley & Sons, Ltd., 2013, pp. 123 y ss.

⁵¹² Es lo que hemos llamado la etapa propietarista. *Vid.* Hernández G., José Ignacio, *Pensamiento jurídico de los hidrocarburos en el Derecho Venezolano*, *cit.*, pp. 10 y ss.

⁵¹³ Fernández-Bermejo, Dolores, “La adjudicación administrativa de recursos escasos”, en *La adjudicación administrativa de recursos escasos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 26 y ss.

Administración Pública puede ejercer en el marco de tal contrato administrativo y que afectan su estabilidad y la certidumbre jurídica.

Por ello –y como sucedió en los orígenes de la industria petrolera venezolana- el contrato de E&P debe ser considerado un contrato público, regido por los principios generales del Derecho Privado, sin perjuicio de la aplicación de la regulación de Derecho Administrativo derivada de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y la Ley de Contrataciones Públicas⁵¹⁴. Tres ventajas derivarán de lo anterior: (i) la Administración contratante solo podrá ejercer los derechos expresamente reconocidos en el contrato, sin poder invocar “poderes extracontractuales” y (ii) todas las decisiones y disputas derivadas de la ejecución del contrato podrían someterse a arbitraje⁵¹⁵. Además, (iii) se

⁵¹⁴ Sobre el régimen jurídico de la concesión en los orígenes de la industria petrolera, véase lo que hemos señalado en Hernández G., José Ignacio, “Hacia los orígenes históricos del Derecho Administrativo venezolano: la construcción del contrato administrativo, entre el Derecho Público y el Derecho Privado”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 147, Caracas, 2009, pp. 41 y ss.

⁵¹⁵ Actualmente el ámbito del arbitraje en el Derecho doméstico venezolano es muy reducido, pues se circunscribe al arbitraje para resolver controversias comerciales con la Administración, sin que se admita el arbitraje para revisar actos administrativos. Por ello, el arbitraje es limitado en los contratos administrativos, pues no podría emplearse para dirimir controversias derivadas de los actos administrativos dictados por la Administración Pública en el marco de tal contrato. En sintonía con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la propuesta reconoce que el arbitraje podrá emplearse para dirimir cualquier controversia relacionada con el contrato, para lo cual podrán aplicarse las disposiciones generales de la Ley de Arbitraje

suprimirá el poder de la Administración Pública de terminar unilateralmente el contrato por razones de interés general, como sucede en el régimen general del contrato administrativo. En realidad, tal terminación por razones de interés general equivale a la expropiación de derechos contractuales, con lo cual queda amparada por las garantías del artículo 115 constitucional –garantías que el régimen del contrato administrativo ignora⁵¹⁶.

En adición, las condiciones generales del contrato de E&P deberían incluir algunas disposiciones orientadas a incrementar la seguridad jurídica, especialmente tomando en cuenta la inestabilidad regulatoria del sector de hidrocarburos venezolanos. A tal efecto, es vital introducir cláusulas de estabilidad jurídica que protejan la confianza legítima del contratista respecto del marco jurídico vigente al momento de celebrar el contrato.

Este régimen, en suma, debe ser diseñado para procurar un equilibrio entre las potestades de ordenación y limitación de la Administración Pública sobre el sector petrolero, y la libertad necesaria para que la inversión privada, en régimen de propiedad privada, gestione directamente tales actividades. A tal fin, deberá tenerse en cuenta que la promoción de la inversión privada para la recuperación de la industria será afectada por las precarias condiciones políticas, económicas y sociales de Vene-

Comercial y del Código de Procedimiento Civil. Cfr.: Hernández G, José Ignacio, *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, cit., pp. 213 y ss. Todo ello deja a salvo la aplicación de los Tratados Bilaterales de Inversión y otros tratados similares.

⁵¹⁶ La terminación unilateral del contrato por razones de interés general es una medida expropiatoria, como explicamos en Hernández G., José Ignacio, *La expropiación en el Derecho Administrativo venezolano*, Caracas, 2014, pp. 123 y ss.

zuela, todo lo cual aconseja diseñar ventajas competitivas que compensen los riesgos derivados de tales condiciones. Tanto más, observamos, si la transición energética incide en la competencia entre países para atraer inversiones en proyectos de hidrocarburos, en un posible escenario de declive del consumo.

Junto a ello, es también vital tener en cuenta que las condiciones generales deben permitir la adecuación del contrato E&P a las características únicas de cada proyecto, lo que dependerá en parte del tipo de crudo objeto del contrato. De allí la importancia de la definición de las condiciones especiales, que, de acuerdo con la propuesta de reforma de la Ley, deberán tomar en cuenta, en especial, el *government take*⁵¹⁷.

En resumen, el régimen del contrato E&P debe ser diseñado para crear ventajas competitivas que no menoscaben ni los ingresos petroleros del Estado ni la competencia de la Administración para supervisar la ejecución del contrato. A tal fin, considerando las tendencias del Derecho Comparado, esas ventajas competitivas no solo responden al régimen económico o *government take*. Además, es preciso diseñar las cláusulas del contrato E&P para reforzar las garantías jurídicas del contratista,

⁵¹⁷ Se ha dicho, y con razón, que Venezuela integra a tres países petroleros: el país de los crudos convencionales, el país de los crudos extra-pesados y el país gasífero. De allí la imposibilidad de establecer un único régimen para todos los proyectos. Cfr.: López, Leopoldo y Baquero, Gustavo, *Venezuela energética*, La Hoja del Norte, Caracas, 2017, pp. 175 y ss.

especialmente, frente a cambios sobrevenidos o medidas expropiatorias o de efecto equivalente⁵¹⁸.

Un aspecto que tendrá que abordarse es qué hacer con los contratos suscritos en el marco de la privatización de *facto*, como sería el caso de lo que hemos llamado contratos de servicios petroleros. Una opción es que el ente público contratante, previo procedimiento, determine la ilegalidad de esos contratos, lo que eventualmente podría dar lugar a demandas judiciales o arbitrales. Pero esta opción no es necesariamente la más eficiente. Otra alternativa es depurar cualquier vicio de esos contratos, mediante su conversión en el contrato E&P, como ha sucedido en Venezuela, por ejemplo, en el sector minero. Esta conversión pasa por avalar la capacidad del contratista para realizar las operaciones petroleras, regularizando además el régimen financiero de esa operación.

6. *El problema de los ingresos petroleros: la creación del fondo soberano de petróleo*

Las medidas descritas anteriormente no toman en cuenta los riesgos derivados de la disposición de los ingresos petroleros por el Gobierno Nacional. En efecto, ya explicamos que el artículo 303 constitucional exige no solo preservar PDVSA sino parte de las empresas públicas operadoras, con lo cual, la República percibiría ingresos por concepto de dividendos pagados por esas empresas públicas. Además, siempre percibiría ingresos por tributos y por regalías, contribuciones que aplican por igual a empresas operadoras públicas y privadas. Esto quiere decir que, incluso abriendo el sector de hidrocarburos a la

⁵¹⁸ Véase a Hogan, William *et al.* "Contracts and Investment in Natural Resources", en *The Natural Resource Trap*, cit., pp. 1 y ss.

iniciativa privada, promoviendo además la privatización de empresas públicas operadoras, la República continuaría recibiendo ingresos petroleros.

En tal sentido, es importante recordar que, de acuerdo con la Constitución, el Gobierno Nacional no puede usar a su arbitrio los ingresos petroleros. Así, la Constitución de 1999 contiene diversas técnicas que limitan el uso discrecional de la renta petrolera por el Gobierno Nacional.

De acuerdo con el artículo 311: *“el ingreso que se genere por la explotación de la riqueza del subsuelo y los minerales, en general, propenderá a financiar la inversión real productiva, la educación y la salud”*. Por su parte, de conformidad con el artículo 321:

“Se establecerá por ley un fondo de estabilización macroeconómica destinado a garantizar la estabilidad de los gastos del Estado en los niveles nacional, regional y municipal, ante las fluctuaciones de los ingresos ordinarios. Las reglas de funcionamiento del fondo tendrán como principios básicos la eficiencia, equidad y no discriminación entre las entidades públicas que aporten recursos al mismo”.

Cuando el citado artículo 321 alude a la “fluctuación de los ingresos ordinarios”, implícitamente está aludiendo a los ingresos ordinarios petroleros, que ante la variación del precio del petróleo devienen en ingresos fluctuantes. Junto a lo anterior, es preciso recordar que la distribución de la renta petrolera en fondos ajenos al presupuesto nacional que no respondan a reglas fiscales de estabilidad e inversión, como se ha venido haciendo hasta ahora, contradice el principio constitucional de unidad del tesoro previsto en los artículos 311 y siguientes del Texto de 1999.

De esa manera, puede concluirse que el marco constitucional justifica el diseño de controles especiales sobre el Petro-Estado, orientados atender, cuando menos, una de sus consecuencias más perjudiciales: la autonomía económica del Estado que fortalece al Poder Ejecutivo Nacional al otorgarle discrecionalidad para la utilización de la renta que capta. Tales controles impedirían el indebido fortalecimiento del Gobierno Nacional y, además, evitarían las consecuencias económicas adversas de la expansión del gasto público a través de los ingresos petroleros que son empleados para políticas populistas y paternalistas. Una de las propuestas que se ha formulado, en este sentido, es crear un fondo especial con los ingresos petroleros. Estas propuestas colocan en evidencia que las consecuencias adversas de la propiedad pública sobre los yacimientos e incluso, la figura del Estado empresario, pueden paliarse controlando el uso dado a los ingresos petroleros por parte del Gobierno Nacional.

La creación de reglas fiscales especiales para administrar el ingreso fiscal petrolero no es una propuesta nueva en Venezuela. Así, debido a la dependencia fiscal del Estado a la renta petrolera, el pensamiento jurídico en Venezuela evolucionó hasta asignar al Estado -entiéndase, el Poder Ejecutivo Nacional- el rol central en la economía, tal y como Arturo Uslar Pietri explicó⁵¹⁹. Asimismo, a partir del rol del Estado empresario -esto es, la atención de

⁵¹⁹ Uslar Pietri, Arturo, *Sumario de economía venezolana para alivio de los estudiantes*, Fundación Eugenio Mendoza, Caracas, 1958, pp. 268 y ss. En resumen, Uslar concluyó que debido al impacto económico del ingreso petrolero -con su tendencia a la apreciación del tipo de cambio real y al aumento de los precios- se justificaba la intervención del Estado para controlar el tipo de cambio y los precios, así como para asegurar la correcta distribución de tal ingreso.

cometidos públicos por medio de empresas públicas- el Poder Ejecutivo Nacional aumentó su rol, lo que puede explicarse en función a la distribución del ingreso fiscal petrolero. Tal fue el propósito de la Corporación Venezolana de Fomento, así como de la primera empresa pública petrolera creada, a saber, la Corporación Venezolana de Petróleo. Básicamente, la propuesta de “sembrar el petróleo” pasó por reconocer al Estado el rol central de distribuir el ingreso petrolero⁵²⁰.

El peso de los ingresos fiscales petroleros en las finanzas públicas se elevó debido a la ampliación de la participación del Estado sobre industria. Esa ampliación fue parte sustancial del debate político de la década de los cuarenta, y encontró en el Gobierno de la Junta Revolucionaria de Gobierno (1945-1948) su mayor impulso. A partir de entonces, y con la excepción de la dictadura de Pérez Jiménez (1948-1958) la intervención del Estado sobre el sector petrolero aumentó progresivamente, y con ello los ingresos fiscales petroleros. El punto culminante de ello fue la nacionalización petrolera de 1975, a partir de la cual Venezuela quedó formalmente organizada como un Petro-Estado, con el poder discrecional del Gobierno Nacional de captar y distribuir el ingreso petrolero, principalmente, a través de un vasto sector empresarial público.

El *boom* petrolero iniciado en 1973 impulsó la intervención del Estado en la economía. Así, el aumento del ingreso fiscal petrolero llevó a la expansión del gasto público, traducido principalmente en los amplios cometidos que el Estado debía cumplir en la economía como

⁵²⁰ Baptista, Asdrúbal y Mommer, Bernard, *El petróleo en el pensamiento económico venezolano, cit.*, pp. 67 y ss.

resultado del proyecto conocido como “La Gran Venezuela”. El súbito incremento de los ingresos impulsó el endeudamiento público, todo lo cual expandió todavía más el gasto público. A finales de la década los setenta, el Estado era el principal actor de la economía, mientras que el sector privado tenía solo un rol secundario o tangencial⁵²¹.

Para ese momento, todas las patologías del Petro-Estado estaban presentes en Venezuela. Así, la forma de gobierno se había consolidado en torno a la concentración de funciones en la Presidencia de la República, especialmente a través del ejercicio de la función legislativa. A su vez, se acentuó el centralismo, mientras que la democracia quedó concentrada en la actuación de dos partidos políticos. Inevitablemente, estos condicionantes deterioraron los controles sobre el Poder Ejecutivo, en especial, debido al poder de éste en la administración de los cuantiosos ingresos petroleros: la búsqueda de rentas y la corrupción pasaron a ser elementos cada vez más estructurales del Estado venezolano⁵²².

Desde una perspectiva institucional, estos condicionantes llevaron a organizar a Venezuela como un Estado centralizado, presidencialista, con un muy debilitado

⁵²¹ Véase especialmente a Bourguignon, François, “Venezuela: absorption without Growth”, en *Oil Windfalls. Blessing or Curse?*, World Bank, Washington D.C., 1988, pp. 289 y ss. Tal y como resume el autor, las lecciones luego de los *booms* registrados entre 1973 y 1982, es que los ingresos extraordinarios poco contribuyeron al crecimiento del PIB no-petrolero: el consumo, por el contrario, fue el único ganador (p. 322).

⁵²² Sobre el centralismo del Estado venezolano, *vid.* Rachadell, Manuel, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario*, *cit.*, pp. 438 y ss.

sistema de pesos y contrapesos, con un sistema democrático concentrado en el llamado Estado de los partidos, y con un sector público cada vez más extenso, sujeto a controles debilitados y, por ende, más propenso para la corrupción. Para tratar de revisar todas estas deficiencias, en 1984 fue creada la Comisión para la Reforma del Estado (COPRE), cuya propuesta básica consistió en reformar al Estado venezolano para transformarlo en un Estado descentralizado, con cauces de participación ciudadana directa y con un sistema reforzado de pesos y contrapesos que permitiesen el control efectivo del Poder Ejecutivo. Todo ello justificaba además diversificar la economía abandonando el llamado modelo rentista, o sea, el modelo de desarrollo apalancado en la renta petrolera⁵²³.

Pero esos cambios no lograron implementarse, salvo las reformas políticas y económicas del segundo Gobierno de Pérez, y la llamada apertura petrolera, del segundo Gobierno de Caldera, que promovió la inversión privada en el sector, reduciendo en parte el rol del Estado. Empero, la apertura petrolera no modificó los fundamentos del Petro-Estado, en el sentido que preservó el monopolio público refrendado en la Ley de nacionalización de 1975⁵²⁴.

Tal y como han resumido Hausmann y Rodríguez, para la década de los ochenta del pasado siglo eran ya evidentes los signos del colapso de esa economía rentista,

⁵²³ Caballero, Manuel, *Las crisis de la Venezuela contemporánea (1903-1992)* Alfadil, Caracas, 2007, pp. 173 y ss. Véase también, de la Comisión Para la Reforma del Estado, *El rol del Estado venezolano en una nueva estrategia económica*, Caracas, 1989, pp. 22 y ss.

⁵²⁴ Hernández G., José Ignacio, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*, cit., pp. 71 y ss.

caracterizada por la amplia intervención del Estado, en su doble rol de Estado regulador y Estado empresario⁵²⁵. Ese colapso podía medirse en función a la caída de la producción y el incremento de la inflación, muy especialmente luego de la crisis de 1983.

Ahora bien, la dependencia de la economía venezolana al ingreso petrolero, la volatilidad de éste y el impacto negativo de tal volatilidad sobre la economía, fueron los factores determinantes para la creación de un fondo llamado a promover la estabilización macroeconómica a fines de la década de los noventa. En realidad, la idea de crear fondos especiales con los ingresos tributarios surgió durante el primer Gobierno de Pérez. Así, en 1974 se creó el Fondo de Inversiones de Venezuela, con el propósito de administrar parte del ingreso petrolero –en concreto, el cincuenta 50% del total de los ingresos provenientes de los impuestos sobre la explotación del petróleo y del gas, incluyendo el

⁵²⁵ Hasta la década de los setenta la economía venezolana se caracterizó por un sostenido crecimiento económico, situación que comenzó a revertirse a fines de esa década. La caída de la producción se mantuvo por los próximos 23 años, para un total acumulado de 18,6%. La causa de esta caída, calificada como colapso, ha sido ubicada en tres factores: (i) la caída del ingreso petrolero per cápita; (ii) la caída de la productividad del factor laboral y (iii) la ausencia de exportaciones especializadas (Hausmann, Ricardo y Rodríguez, Francisco, “Why did Venezuelan Growth collapse?”, en *Venezuela before Chávez*, The Pennsylvania State University Press, Pensilvania, 2014, pp. 15-16). Con lo cual, para inicios de la década de los ochenta, la economía venezolana se enfrentó a dos shocks: (i) la caída del ingreso fiscal petrolero y (ii) la crisis de la deuda pública –que aumentó durante los booms. La política económica venezolana no estaba preparada para adecuarse a estos cambios, todo lo cual desencadenó otras consecuencias adversas (Hausmann, Ricardo y Rodríguez, Francisco, “Understanding the collapse”, en *Venezuela before Chávez*, cit., p. 427).

impuesto sobre la renta-. Empero, la falta de autonomía del Fondo, y el desvío de su actividad hacia otros objetivos, impidió la creación de un auténtico fondo para la administración del ingreso petrolero⁵²⁶.

Así, fue durante el segundo Gobierno de Pérez que se retomó la idea de un fondo especial, en concreto, de un fondo de estabilización macroeconómica, propuesta del entonces ministro Ricardo Hausmann (1990) que, sin embargo, no contó con el apoyo del entonces Congreso⁵²⁷. Algunos años después (1997) la propuesta fue retomada durante el segundo Gobierno de Caldera. Ya para ese año se había creado un fondo de rescate de la deuda pública, en parte, financiado con ingresos petroleros, lo que demostraba la intención de crear reglas presupuestarias especiales⁵²⁸. A tal fin, se consideró necesario crear un fondo de estabilización macroeconómica.

⁵²⁶ Cfr.: Rodríguez, Pedro Luis y Rodríguez, Luis Roberto, *El petróleo como instrumento del progreso*, cit., pp. 70 y ss. Para un completo análisis de este punto, vid. París, Francisco Eugenio, *Institutional failure in Venezuela: the cases of spending oil revenues and the governance of PDVSA (1975-2005)*, Tesis Doctoral, London School of Economics, Departamento de Gobierno, Londres, 2006, pp. 78 y ss.

⁵²⁷ París, Francisco Eugenio, *Institutional failure in Venezuela: the cases of spending oil revenues and the governance of PDVSA (1975-2005)*, cit. p. 161.

⁵²⁸ Cabe hacer mención a la *Ley Orgánica de Creación del Fondo de Rescate de la Deuda Pública de Venezuela* (Gaceta Oficial N° 36.349 de 5 de diciembre de 1997). De acuerdo con esa Ley, el patrimonio de Fondo de la Deuda Pública de Venezuela estaba constituido, entre otros, por "el excedente de los ingresos brutos provenientes de las ventas de los incrementos en los volúmenes de hidrocarburos que correspondan al Fisco por regalía y que excedan del monto

Tal y como fue señalado en el seminario organizado por el Banco Central de Venezuela sobre el tema, la idea básica era crear un fondo separado del tesoro nacional que permitiese contrarrestar externalidades derivadas de la volatilidad del ingreso fiscal petrolero, todo ello basado en una regla ahorro-gasto⁵²⁹. Considerando que la variación de los precios del petróleo es un *shock* externo con efectos económicos adversos, la propuesta se diseñó como una solución al manejo procíclico de la política fiscal (Hernández Delfino), es decir, que mientras la política fiscal es expansiva en épocas de alza del precio del petróleo, ella se contrae en épocas de caída de ese precio, todo lo cual impacta negativamente el desempeño de la economía⁵³⁰.

Ahora bien, como explicó Ricardo Hausmann, esta regla de ahorro-gasto se justifica no solo considerando el efecto económico adverso del ingreso fiscal petrolero,

total registrado, por tal concepto, en ejercicio fiscal vigente”, así como por el “el cincuenta por ciento (50%) de los ingresos percibidos por el Fisco por concepto de los bonos de rentabilidad (PEG) de los Convenios de Asociación bajo el esquema de ganancias compartidas, según las normas aprobadas por el Congreso de la República el 04 de julio de 1995. Igualmente, el cincuenta por ciento (50%) de los bonos que, por licitación se obtengan de estos Convenios” (artículo 3). Este Fondo fue eliminado en 2003, con la creación formal del Fondo de Estabilización Macroeconómica, como luego veremos.

⁵²⁹ Rivero, Luis, editor, *Fondos de Estabilización Macroeconómica*, cit.

⁵³⁰ En resumen, para Carlos Hernández-Delfino, la creación del fondo de estabilización macroeconómica se justifica para implementar “una regla de ahorro y gasto que modere el impacto de las variaciones de los ingresos fiscales sobre el gasto público, evitando un ajuste repentino y procíclico frente a shocks, mientras se adoptan medidas de fondo, si fuese el caso que tales medidas se hacen necesarias” (“El ciclo de expansión y recesión en los programas de ajustes: Una nota sobre el caso venezolano”, *Fondos de Estabilización Macroeconómica*, cit., pp. 95 y ss.).

sino en especial, debido a las condiciones institucionales que favorecen a que el Gobierno actúe de manera procíclica. En efecto, el *boom* petrolero crea incentivos colectivos –así como incentivos en el mercado internacional– para expandir el gasto público en épocas de crecimiento del ingreso petrolero, a la par que desestimula el ahorro⁵³¹.

En otras palabras: en el caso venezolano la propuesta de crear un fondo para la estabilización macroeconómica se basó no solo en argumentos económicos; además, se consideró la incapacidad institucional del Estado venezolano para implementar políticas contra-cíclicas frente a los *shocks* externos. Este es un dato que conviene retener al momento de analizar el proceso de desmantelamiento del fondo de estabilización macroeconómica, así como nuestra propuesta para la creación de un fondo especial petrolero.

En 1998 –pocas semanas antes de la elección presidencial– fue dictada la *Ley que crea el Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica*, tomando en cuenta las propuestas trabajadas desde el año anterior⁵³². El fondo fue diseñado como un servicio sin personalidad jurídica administrado por el Banco Central de Venezuela, esto es,

⁵³¹ Para Hausmann, “estas son razones por las cuales las decisiones discrecionales de un grupo colectivo en democracia pueden llevar a resultados ineficientes, y son razones, además, para constreñir esas decisiones. Eso no quiere decir que le vamos a restringir a los diputados y a los senadores sus decisiones; lo que quiere decir es que los diputados y los senadores, sabiendo que están atrapados en este juego, deciden cambiar las reglas del juego para no caer en él”. (“Implicaciones de los fondos para la estabilidad macroeconómica en Venezuela”, *Fondos de Estabilización Macroeconómica*, cit. p. 241).

⁵³² Gaceta Oficial N° 36.575 de 5 de noviembre de 1998.

que no se concibió como una persona jurídica sino como un patrimonio separado⁵³³. Su objeto, según el artículo 1, fue “*procurar que las fluctuaciones del ingreso petrolero no afecten el necesario equilibrio fiscal, cambiario y monetario del país*”.

El fondo administraba *parte* de los ingresos petrolero que la República debía transferir, de conformidad con las reglas definidas en el artículo 4. Así, por un lado, el fondo administraría *ciertos* ingresos fiscales petroleros considerados excedentarios⁵³⁴; por el otro, los ingresos por impuesto sobre la renta causado sobre los ingresos percibidos por PDVSA y sus empresas filiales constituidas en Venezuela derivados de las cuotas de participación pagadas por las compañías privadas precalificadas para participar en los procesos licitatorios para la apertura petrolera, de

⁵³³ Conviene aclarar que, desde la perspectiva del régimen presupuestario, el patrimonio está atado a la personalidad jurídica. Como regla, cada persona jurídica debe mantener un solo régimen presupuestario. Luego, para crear patrimonios separados pueden crearse personas jurídicas especiales –como el Banco Central de Venezuela– o, por el contrario, pueden crearse patrimonios separados sin personalidad jurídica, como fue el caso del Fondo.

⁵³⁴ Ello incluía: a) ingresos por impuesto sobre la renta causado en cabeza de las empresas dedicadas a la explotación de hidrocarburos y de actividades conexas, tales como la refinación y el transporte, o a la compra o adquisición de hidrocarburos y sus derivados para la exportación los, *percibidos en exceso del promedio de dichos ingresos recaudados en los últimos cinco años calendario*; b) ingresos por impuesto de explotación del petróleo y del gas *percibidos en exceso del promedio de dichos ingresos recaudados en los últimos cinco años calendario* y d) ingresos por dividendos decretados y pagados por Petróleos de Venezuela, S.A., *recibidos en exceso del promedio de dichos ingresos en los últimos cinco años calendario*. La regalía no fue regulada en esta Ley.

los bonos de desempate ofrecidos y pagados por las compañías ganadoras, de los bonos sobre la rentabilidad neta de los proyectos denominados “PEG” pagados en base al porcentaje ofrecido por los inversionistas y de cualquier otro similar⁵³⁵. Además, se dispuso que PDVSA debía “mantener” en el Fondo “*los ingresos por exportación de hidrocarburos y sus derivados, después de deducir únicamente los impuestos correspondientes, derivados del aumento del precio de exportación de los hidrocarburos y sus derivados respecto al precio promedio de exportación de los últimos cinco años calendario*”. Esto es, que la regla de ahorro se fijó en atención a la obtención de ciertos ingresos petroleros considerados excepcionales o extraordinarios.

A su vez, la Ley reguló los supuestos de transferencias de recursos en bolívares del Fondo, a la República, PDVSA y los estados, esto es, la regla del gasto. Así, en términos generales esa transferencia procedía en caso de reestimación de los ingresos que dieron lugar a los correspondientes aportes realizados ante su disminución

⁵³⁵ En todo caso, al monto a transferir debía deducirse “*la suma correspondiente al situado constitucional, la parte correspondiente que debe transferirse a los Estados de conformidad con la Ley de Asignaciones Económicas Especiales para los Estados Derivadas de Minas e Hidrocarburos y la porción de ingresos que conforme a la Ley Orgánica de Creación del Fondo de Rescate de la Deuda Pública de Venezuela debe destinarse a este último fondo*”. Sin embargo, también se previó la participación de los Estados en el fondo, de acuerdo con la regla del artículo 5: “*los ingresos que correspondan a las entidades estatales por concepto de situado constitucional y por concepto de asignación económica especial, derivados de los ingresos recibidos por la República por los conceptos y supuestos a que se refiere el artículo anterior, serán transferidos al Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica*”.

conforme al promedio que dio lugar a la estimación inicial⁵³⁶, previa opinión favorable del Poder Legislativo (artículo 12). Esto es, que la regla del gasto se fijó en función a la caída de los ingresos petroleros.

Como se observa, la regla ahorro-gasto se fijó solo respecto de ciertos ingresos petroleros, considerando el excedente –o disminución– de los ingresos promedios, de forma tal que en épocas de *boom* se regularon mecanismos de ahorro obligatorio, mientras que en épocas de contracción del precio del petróleo se regularon mecanismos de transferencia al presupuesto ordinario.

⁵³⁶ Según el artículo 9, en el caso de la República, ello procedía en estos casos: a) disminución de ingresos por impuesto sobre la renta respecto del promedio de dichos ingresos recaudados en los últimos cinco años calendario, y b) disminución de ingresos por impuesto de explotación del petróleo y del gas, respecto del promedio de dichos ingresos recaudados en los últimos cinco años calendario. En el caso de los Estados, el artículo 10 reguló la transferencia por: a) disminución de ingresos por situado constitucional derivada de la reducción de ingresos recibidos por la República por concepto de impuesto sobre la renta respecto del promedio de dichos ingresos recibidos en los últimos cinco años calendario; b) Disminución de ingresos por situado constitucional derivada de la reducción de ingresos recibidos por la República por concepto de impuesto de explotación del petróleo y del gas respecto del promedio de dichos ingresos recibidos en los últimos cinco años calendario, y c) disminución de ingresos por concepto de asignación económica especial respecto del promedio de dichos ingresos recibidos en los últimos cinco años calendario. Finalmente, el artículo 11 reguló la transferencia a PDVSA, cuando “*se reestimen los ingresos por exportación de hidrocarburos y sus derivados, como consecuencia de la disminución del precio de exportación de dichos productos respecto al precio promedio de exportación de los últimos cinco años calendario*”.

Empero, también se previó un mecanismo de transferencia cuando los recursos del Fondo excediesen el ochenta por ciento (80%) “del monto equivalente al promedio del producto de las exportaciones petroleras de los últimos cinco años calendario” (artículo 16). En tal caso, el excedente se transferiría, respectivamente, a la República, a PDVSA y a los estados. Nótese que aquí no regía la regla ahorrógasto, pues se trató de una limitación absoluta al monto de recursos que podían ser administrados por el Fondo.

La *Ley que crea el Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica* fue modificada en junio de 1999 bajo el Gobierno de Chávez⁵³⁷, básicamente, para permitir la transferencia de parte de los recursos al “Fondo Único Social”, tanto en caso de reestimación por disminución como de exceso de los recursos administrados por el Fondo⁵³⁸. Asimismo, se modificaron las reglas de estimación de ingresos hasta el 2004, a los fines de reducir o limitar los montos a transferir al Fondo⁵³⁹.

⁵³⁷ Gaceta Oficial N° 36.722 de 14 de junio de 1999.

⁵³⁸ En el caso de transferencia de recursos a la República, la reforma del artículo 9 previó la transferencia del 40% de tales recursos al Fondo Único Social. En cuanto a la transferencia de los recursos en excesos a la República, se previeron las siguientes reglas: el 40% sería destinado al Fondo Único Social; el 25% sería destinado al Fondo de Rescate de la Deuda Pública de Venezuela y el 35% sería destinada al Fondo de Inversiones de Venezuela.

⁵³⁹ Artículos 24 y 25. El artículo 24 fijó los promedios de ingreso para efectuar transferencias al Fondo. Por su parte, el artículo 25 estableció que “únicamente deberá transferirse o mantenerse en el Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica, una cantidad equivalente al cincuenta por ciento (50%) del total que exceda dichos parámetros”, en relación al excedente de ingresos por exportaciones petroleras.

Cabe destacar que el “*Fondo Único Social*” fue creado como un fondo extra-presupuestario para concentrar “*la captación y administración de recursos para lograr la optimización de las políticas, planes y regulación de los programas sociales*”⁵⁴⁰. Con lo cual, esta reforma se enmarca en lo que sería uno de los pilares del modelo socialista que comenzó a implementarse, a saber, la creación de fondos extra-presupuestarios para administrar ingresos petroleros.

En cuanto a la regla ahorro-gasto, en todo caso, la reforma de 1999 supuso un retroceso, pues la determinación de los recursos que serían transferidos al Fondo dejó de depender de criterios generales y abstractos, para pasar a ser definidos por el Poder Ejecutivo quien dictó la Ley en ejercicio de poderes normativos extraordinarios.

Ahora bien, el artículo 321 de la Constitución aprobada en diciembre de 1999 dispuso que “*se establecerá por ley un fondo de estabilización macroeconómica destinado a garantizar la estabilidad de los gastos del Estado en los niveles nacional, regional y municipal, ante las fluctuaciones de los ingresos ordinarios. Las reglas de funcionamiento del fondo tendrán como principios básicos la eficiencia, equidad y no discriminación entre las entidades públicas que aporten recursos al mismo*”. La recepción de la figura del fondo en la Constitución no solo generó el mandato al Legislador de regular su existencia sino, además, implicó una limitación, en el sentido que los Poderes Públicos no podían adoptar ninguna decisión orientada a desconocer el propósito del fondo, a saber, garantizar la estabilidad del gasto público ante la fluctuación del ingreso derivado de la volatilidad

⁵⁴⁰ Ley de Creación del Fondo Único Social (Gaceta Oficial N° 5.398 extraordinario de 26 de octubre de 1999).

del precio del petróleo. Esto es, que, según la Constitución, el fondo debe evitar la tendencia procíclica de la gestión fiscal.

Junto a ello, cabe recordar que de acuerdo con el artículo 311 constitucional, *“ el ingreso que se genere por la explotación de la riqueza del subsuelo y los minerales, en general, propenderá a financiar la inversión real productiva, la educación y la salud”*. Esta disposición constitucional debe ser interpretada en el sentido que el ingreso fiscal petrolero no debe quedar afectado por el principio de unidad del tesoro, en el sentido que ese ingreso debe destinarse a sufragar gastos especiales, relacionados con la provisión de bienes públicos, pero dentro de las reglas fiscales especiales que la Constitución prevé, para aumentar el control sobre estos ingresos.

Sin embargo, esas normas no fueron inmediatamente implementadas, en el sentido que se optó por mantener al Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica, cuya Ley fue modificada otra vez en 2001, de nuevo, por medio de Decreto-Ley⁵⁴¹. En este caso, la reforma limitó el monto de recursos a transferir al Fondo a un monto fijo de los ingresos petroleros (6%), porcentaje que se incrementaría hasta un total del 10% hasta el 2007.

En realidad, el Fondo de Estabilización Macroeconómica solo fue creado en 2003⁵⁴², extinguiéndose así el Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica. De esa manera, el nuevo Fondo mantuvo la misma finalidad y naturaleza del anterior, o sea, se trató de un

⁵⁴¹ Gaceta Oficial N° 37.308 de 22 de octubre de 2001.

⁵⁴² Ley que Crea el Fondo para la Estabilización Macroeconómica (Gaceta Oficial N° 37.827 de 27 de noviembre de 2003).

patrimonio separado sin personalidad jurídica creado con el propósito de *“lograr la estabilidad de los gastos del Estado en los niveles nacional, estatal y municipal, frente a las fluctuaciones de los ingresos ordinarios”*, gestionado por el Banco Central de Venezuela (artículo 1). La administración operativa del Fondo para la Estabilización Macroeconómica, sin embargo, se confió al Ejecutivo Nacional a través del *“Consejo General”* y del Directorio del Fondo, regulado en el artículo 2.

En cuanto a la regla de ahorro, se previó la transferencia de ingresos derivados de privatizaciones, así como de los ingresos petroleros *“adicionales”* (artículo 11). En tal sentido, los ingresos petroleros adicionales o excedentarios se definieron en función al parámetro de los tres últimos años, incluyendo ingresos tributarios, de regalías y por dividendos (artículo 12). Similares reglas se definieron para los ingresos excedentarios por situado a los estados y municipios. Adicionalmente, se previó un aporte de PDVSA equivalente al 50% de la diferencia en exceso entre los ingresos por exportación de petróleo y sus derivados, en dólares de los Estados Unidos de América, en función al promedio de dichos ingresos en los últimos tres años (artículo 13).

En cuanto a la regla de gasto, se previeron mecanismos de transferencia –en bolívares– en los supuestos definidos en el artículo 15, a saber, por disminución de la suma de los ingresos fiscales de origen petrolero totales y por exportación de petróleo y sus derivados, siempre tomando en cuenta el promedio de los tres años calendario. Se permitió además la realización de transferencias en estados de emergencia económica. Asimismo, el artículo 18 limitó el monto de recursos que podían ser transferidos al

Fondo⁵⁴³. Estas reglas se conciliaron con la figura del Fondo de Ahorro Intergeneracional, cuya creación se estipuló en 2000, pero que, sin embargo, no fue efectivamente implementado⁵⁴⁴.

Como se observa, esta Ley mantuvo la tendencia de limitar la regla de ahorro tal y como se había decidido desde 1999. Además, la autonomía del Fondo fue anulada, al someterse su gestión a las directrices del Ejecutivo Nacional.

Como explicamos en el segundo capítulo, a partir de 2002 Hugo Chávez adoptó un conjunto de decisiones inconstitucionales orientadas a incrementar su poder político, en parte, gracias a la concentración de funciones derivada de la asamblea nacional constituyente electa en

⁵⁴³ Bajo las reglas siguientes: para la República, el máximo de 30%; para las regiones, el 10% y para PDVSA, el 30%, en todos los casos, del promedio de las exportaciones petroleras de los últimos tres años. En el caso de la República y de PDVSA, la transferencia procedería al "Fondo de Ahorro Intergeneracional", salvo la posibilidad de destinar ese excedente a operaciones de compra o refinanciamiento de deuda pública externa e interna legalmente contraída. Se previó igualmente la consulta previa al Poder Legislativo. En la nota siguiente comentamos la figura del "Fondo de Ahorro Intergeneracional".

⁵⁴⁴ La primera Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (Gaceta Oficial N° 37.029 de 5 de septiembre de 2000) introdujo diversas reglas para promover la disciplina fiscal, no solo relacionadas con el Fondo de Estabilización Macroeconómica, sino con el Fondo de Ahorro Intergeneracional, que de acuerdo con el artículo 155, estaba "*destinado a garantizar la sostenibilidad Intergeneracional de las políticas públicas de desarrollo, especialmente la inversión real reproductiva, la educación y la salud, así como a promover y sostener la competitividad de las actividades productivas no petroleras*".

1999. Estas decisiones se orientaron a construir una estructura estatal paralela al Estado Constitucional, conocida como “Estado Comunal”, y basada en el modelo socialista. Como resultado de esas decisiones el principio de separación de poderes fue desmantelado, todo lo cual permitió a Chávez controlar políticamente a otros organismos del Poder Público como sucedió con el BCV⁵⁴⁵. Estos cambios permitieron a Chávez, desde 2005, desviar los ingresos petroleros al FONDEN⁵⁴⁶. Para perfeccionar ese objetivo, el Fondo de Estabilización Macroeconómica fue desmontado, en clara violación a la Constitución⁵⁴⁷.

Así, en 2005 es dictada una nueva Ley del Fondo de Estabilización Macroeconómica⁵⁴⁸ que reiteró su dependencia política al Ejecutivo Nacional. Además, la regla de ahorro fue sensiblemente modificada para condicionarla

⁵⁴⁵ Hernández G., José Ignacio, “Comentarios a la reforma de 2015 de la Ley del Banco Central de Venezuela y su defensa por la Sala Constitucional” en *Revista de Derecho Público* N° 145-146, Caracas, 2016, pp. 107 y ss.

⁵⁴⁶ La autonomía del Banco Central de Venezuela comenzó a resquebrajarse con la reforma de su Ley en 2005, la cual además obligó a PDVSA a desviar el ingreso petrolero en divisas al FONDEN. La reforma de la Ley fue publicada en la Gaceta Oficial N° 38.232 de 20 de julio de 2005. El FONDEN fue creado mediante Decreto N° 3.854, Gaceta Oficial N° 38.261 de 30 de agosto de 2005. Además de desviar los ingresos por exportaciones petroleras, el Gobierno de Chávez creó un impuesto por ganancias extraordinarias, que era enterado al FONDEN.

⁵⁴⁷ Santos, Miguel Ángel, “Venezuela: Running on Empty”, *LASAFORUM*, Volume XLVIII: Issue 1, 2017.

⁵⁴⁸ Gaceta Oficial N° 38.286 de 4 de octubre de 2005.

al superávit fiscal⁵⁴⁹, de forma tal que, en tales casos, el Ejecutivo Nacional debía adquirir divisas al Banco Central de Venezuela para su transferencia al Fondo, todo ello dentro de los límites definidos en la Ley⁵⁵⁰. Por su parte, la regla de gasto se condicionó -artículo 13- a la disminución de la suma de los ingresos totales, cualquiera sea su origen, respecto del promedio de dichos ingresos recaudados en los últimos tres años calendario, así como a situaciones de emergencia económica, sometido a la previa consulta al Poder Legislativo.

Nótese cómo la regla de ahorro fue sensiblemente alterada, pues ésta no se condicionó a la variación del ingreso petrolero, sino a la determinación del superávit fiscal, definido además en términos amplios, todo lo cual reconocía un importante margen de interpretación al Ejecutivo Nacional para aplicar tal regla. Pero, además, el artículo 26 de la Ley suspendió los aportes para el ejercicio

⁵⁴⁹ Según el artículo 9, el Ejecutivo Nacional "asignará en el Presupuesto de la República, al Fondo para la Estabilización Macroeconómica un monto equivalente no menor al veinte por ciento (20%) de la diferencia en exceso, en términos reales y comparables, entre los ingresos y los gastos ejecutados en el período fiscal inmediatamente anterior con el objetivo de sostener la tasa de crecimiento de la economía, la inversión pública y el nivel de gasto social necesario". Similar regla aplicó para estados y municipios.

⁵⁵⁰ Para la República se fijó un monto equivalente al 20% y para los estados y municipios un monto equivalente al 10%, en ambos casos, del promedio de las exportaciones petroleras de los últimos tres años.

2005, en una disposición que se repitió para el ejercicio 2006, en una nueva reformada aprobada en 2007⁵⁵¹, finalmente reiterada para el ejercicio 2008⁵⁵².

La reforma de 2008 es la última reforma aprobada a la Ley del Fondo de Estabilización Macroeconómica. Hasta el 2013, el Fondo de Estabilización Macroeconómica y el Fondo de Ahorro Intergeneracional contaron con una regulación especial en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, que fue sin embargo eliminada a partir de la reforma de 2014⁵⁵³. En cualquier caso, no fue necesario realizar nuevas reformas a la Ley del Fondo de Estabilización Macroeconómica a partir del ejercicio 2009, pues la indeterminación de la regla de ahorro prevista permitió en la práctica vaciar al Fondo.

Así, según cifras del BCV, el monto máximo que llegó a ahorrarse en el Fondo fue de 6.277 millones de dólares para el 2001⁵⁵⁴. Al año siguiente el monto se redujo a 2.857 millones, para caer a 700 millones en 2003, cifra que mantuvo aproximadamente estable hasta el 2011, cuando el monto cayó a 3 millones de USD, cifra que se mantiene en la actualidad⁵⁵⁵. En contraste, los ingresos petroleros por el boom (2005-2014) se han estimado en 700.000 millones⁵⁵⁶, mientras que los ingresos de PDVSA

⁵⁵¹ Gaceta Oficial N° 38.670 de 25 de abril de 2007.

⁵⁵² Gaceta Oficial N° 38.846 de 9 de enero de 2008.

⁵⁵³ Gaceta Oficial N° 6.154 de 19 de noviembre de 2014.

⁵⁵⁴ Recuérdese que hasta el 2003 existió el Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica.

⁵⁵⁵ <http://www.bcv.org.ve/estadisticas/reservas-internacionales>

⁵⁵⁶ Villasmil, Ricardo, "Superar la crisis e iniciar la recuperación nacional", 2016.

desviados del presupuesto nacional llegaron a alcanzar una cifra cercana al 70%⁵⁵⁷.

Siguiendo las propias cifras del BCV, también debe observarse que las reservas internacionales crecieron casi el doble entre 2004 y 2008, alcanzando ese año la cantidad de 42.299 millones. Pero desde entonces las reservas comenzaron a caer. Para 2013 habían caído cerca de la mitad, alcanzando los 8.873 millones en 2018. Desde entonces la caída ha continuado, pero con menor ritmo⁵⁵⁸.

De esa manera, la implementación del Fondo de Estabilización Macroeconómica fracasó en Venezuela como resultado de las políticas públicas que desarticularon el principio de separación de poderes, concentrando funciones en la Presidencia de la República sin controles efectivos. Ello permitió modificar la regla ahorro-gasto del Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica, y luego, desmontar progresivamente esa regla en el caso del Fondo de Estabilización Macroeconómica. Además, los controles derivados del principio de rendición de cuentas resultaron inefectivos como consecuencia de las

⁵⁵⁷ Rodríguez, Pedro Luis y Rodríguez, Luis Roberto, *El Petróleo como instrumento del progreso*, cit., p. 118.

⁵⁵⁸ Para el 2020 las reservas eran de 6.346 millones, registrándose un aumento a 10.914 millones para 2021, que probablemente responda al registro contable de los derechos especiales de giro. Para 2022 el estimado de reservas fue de 9.921 millones (lo que podría ser en realidad de apenas 4.921 millones, descontados esos derechos).

políticas clientelares que fueron financiadas con ingresos del *boom* petrolero, y que crearon una ilusión de bienestar social⁵⁵⁹.

Por lo anterior, el desmontaje del Petro-Estado requiere crear capacidades estatales para administrar el ingreso fiscal petrolero con base en reglas fiscales especiales de ahorro, gasto e inversión, a través del fondo soberano del petróleo⁵⁶⁰. Este tipo de fondos soberanos de ahorro pueden servir para múltiples propósitos, uno de los cuales es, precisamente, evitar las distorsiones económicas derivadas del ingreso petrolero⁵⁶¹. Por ello, una finalidad común de tales fondos es definir reglas claras para el ahorro del ingreso petrolero y su posterior gasto, evitando políticas fiscales procíclicas y efectos económicos adversos sobre el tipo de cambio, la inflación y los sectores no-transables de la economía, promoviendo además el ahorro intergeneracional⁵⁶².

⁵⁵⁹ Douglas, Barrios y Santos, Miguel Ángel, “¿Cuánto puede tomarle a Venezuela recuperarse del colapso económico y qué debemos hacer?”, cit.

⁵⁶⁰ Cfr.: Clark, Gordon L. *et al.* *Sovereign Wealth Funds*, Princeton University Press, Princeton, 2013, pp. 16-22, así como Gordon, Mark y Niles, Sebastian V., “Sovereign Wealth Funds An Overview” en *Sovereign Investment: Concerns and Policy Reactions*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 24-55. Véase igualmente a Sachs, Jeffrey, “How to handle the macroeconomic of oil wealth”, en *Escaping the resource curse*, *cit.*, 173.

⁵⁶¹ Cfr.: Rodríguez, Pedro Luis y Rodríguez, Luis Roberto, *El petróleo como instrumento del progreso*, *cit.*, pp. 100 y ss.

⁵⁶² Para un estudio comparado, *vid.* Alsweilem, Khalid A., *et al.*, *A comparative study of sovereign investor models: Sovereign fund profiles*, Belfer Center-Center for International Development, Harvard Kennedy School, 2015.

Por lo anterior, deben crearse reglas fiscales especiales para la administración del ingreso fiscal petrolero causado por el *government take*, y que como hemos explicado, depende actualmente de los tributos, regalías (y otros pagos de origen contractual) y dividendos. Así, para prevenir los efectos adversos del Petro-Estado sobre el Estado de Derecho no es suficiente con implementar el Fondo de Estabilización Macroeconómica. En realidad, lo importante es definir un conjunto de reglas presupuestarias especiales al ingreso fiscal petrolero, que eliminen el poder discrecional del Gobierno Nacional para captar y distribuir ese ingreso, junto con medidas que igualmente propenden a disminuir el rol del Gobierno Nacional dentro de la industria.

De esa manera, si los arreglos formales del Petro-Estado se mantienen intactos, existirán incentivos adversos a la efectiva implementación de ese Fondo, como lo demuestra nuestra reciente experiencia. Por ello, el primer paso para garantizar la efectiva implementación del Fondo debe ser desmontar los arreglos institucionales que organizan a Venezuela como Petro-Estado.

Así, en la reforma integral del sector, el fondo petrolero puede ser definido como el conjunto de reglas especiales que eliminan la capacidad discrecional del Gobierno Nacional de distribuir el ingreso petrolero, y que, por ello, propenden a desmontar al Petro-Estado.

El fondo especial petrolero debe basarse en reglas de ahorro-gasto. Esto permitiría estabilizar el ingreso petrolero al margen de los *booms* o colapsos derivados de la variación del precio del petróleo. Empero, observamos que esta regla solo afecta a una parte del ingreso petrolero, a saber, aquella derivada de *booms*. Por ello, y para dar cumplimiento al artículo 311 constitucional, el fondo

especial petrolero debe además crear reglas especiales para la administración del ingreso fiscal petrolero, que deben exceptuar a ese ingreso de la regla de la unidad del tesoro. La justificación de esa excepción es doble: por un lado, la naturaleza única del ingreso petrolero impide someter a éste al régimen de los ingresos fiscales; además, el propio artículo 311 constitucional define una regla que justifica exceptuar al ingreso fiscal petrolero del régimen ordinario de administración de ingresos fiscales derivados del principio de unidad del tesoro.

Bajo estas reformas institucionales, el ingreso fiscal petrolero quedará sustraído del principio de unidad del tesoro bajo reglas especiales basadas en tres objetivos:

En *primer lugar*, ese ingreso podría destinarse al financiamiento de bienes públicos, en especial, obras de infraestructura, o al pago de la deuda pública⁵⁶³. La finalidad es evitar que el ingreso fiscal petrolero sea empleado para sufragar gastos corrientes, en tanto ello crea incentivos nocivos al Estado de Derecho. Ello promueve el llamado ahorro intergeneracional, esto es, el ahorro del ingreso fiscal petrolero para atender necesidades de generaciones futuras, evitando que ese ingreso sea destinado para financiar el consumo actual, todo lo cual incentiva el clientelismo. En especial, tal sería el caso de las inversiones necesarias para impulsar, en Venezuela, la descarbonización⁵⁶⁴.

⁵⁶³ En general, aludimos al pago de la deuda, así como a pagos derivados de la renegociación de la deuda.

⁵⁶⁴ Villasmil, Ricardo, "Sostenibilidad fiscal y fondos de ahorro intergeneracional: El caso de Venezuela", en *Temas de Coyuntura* N° 46, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales

En *segundo* lugar, podrían preverse reglas de asignación de un monto fijo del ingreso fiscal petrolero administrado por el fondo al fiscal nacional, para sufragar el gasto ordinario de acuerdo con el principio de unidad del tesoro. Esta regla debe valorarse con cuidado, pues al suponer la excepción a la exclusión de la unidad del tesoro, puede generar efectos adversos al Estado de Derecho. Empero, es preciso reconocer que el ingreso fiscal no-petrolero puede ser insuficiente para financiar el gasto público⁵⁶⁵. De igual manera pudieran preverse mecanismos excepcionales y limitados de transferencias en caso de insubsistencias sobrevenidas de los ingresos fiscales⁵⁶⁶.

En *tercer* lugar, podría contemplarse la asignación de cuotas de participación a los venezolanos sobre los recursos del fondo, de forma tal que los ciudadanos puedan disponer de esos recursos, no de manera libre -visto los

Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, pp. 5 y ss.

⁵⁶⁵ Al exceptuar el ingreso fiscal petrolero del principio de unidad del tesoro, éste quedaría conformado únicamente por el ingreso fiscal no petrolero. Empero, vista la predominancia del ingreso fiscal petrolero, podría justificarse el financiamiento parcial del presupuesto con el ingreso petrolero. Ello vale, por supuesto, para el gasto público no asociado a gastos de inversión en bienes públicos.

⁵⁶⁶ Razones imprevistas y sobrevenidas pueden determinar la insubsistencia del ingreso fiscal no-petrolero, justificándose así transferencias del fondo. Aquí aplicarían reglas similares a la regla del gasto prevista en el régimen del Fondo de Estabilización Macroeconómica, nuevamente, en el entendido que tal ingreso fiscal no será destinado a gastos en bienes públicos -pues para ello se prevén mecanismos especiales de financiamientos que consideran que, como regla, el ingreso fiscal petrolero debe destinarse a financiar bienes públicos.

efectos económicos adversos que ello produciría- sino para atender necesidades especiales, por ejemplo, en materia de educación, salud y pensiones. En relación con esta última opción se han formulado dos propuestas que queremos examinar.

La primera es de Pedro Luis y Luis Roberto Rodríguez, quienes proponen crear el “Fondo Patrimonial de los Venezolanos”, compuesto por la totalidad de los ingresos petroleros. Ese Fondo –administrado de manera independiente- realizará aportes al Fisco Nacional, en función al promedio de ingresos petroleros, los cuales deberán destinarse a gastos de inversión, típicamente, en bienes públicos. El excedente del Fondo se destinará a (i) crear un fideicomiso a favor de todos los venezolanos, para atender ciertos gastos a corto y largo plazo, como servicios de salud, educación y pensiones, y (ii) a inversiones en el exterior. Con esta propuesta se pretende limitar la discrecionalidad en el uso del ingreso petrolero, previniendo los desequilibrios macroeconómicos derivados de las políticas procíclicas, y fomentando además el ahorro intergeneracional. Todo ello, a través de la creación de vínculos específicos de los ciudadanos con el ingreso petrolero⁵⁶⁷.

Leopoldo López y Gustavo Baquero han retomado esta propuesta con algunas variaciones. A tal fin, proponen crear el “ingreso petrolero ciudadano”, compuesto por la sumatoria total de las regalías, el 16% del impuesto sobre la renta de origen petrolero y los dividendos pagados por PDVSA. Por su parte, el “ingreso petrolero del Estado” estaría compuesto por el 34% del impuesto sobre la renta de origen petrolero y el 50% del “ingreso petrolero ciudadano”. El “ingreso petrolero ciudadano” sería

⁵⁶⁷ *El petróleo como instrumento del progreso, cit. pp. 127 y ss.*

administrado por el Fondo Patrimonial de los venezolanos, constituido como una reserva en divisas en el Banco Central de Venezuela⁵⁶⁸.

En resumen, el fondo especial petrolero atendería a tres finalidades distintas: (i) establecer reglas de ahorro-gasto para prevenir desequilibrios macroeconómicos; (ii) definir reglas que propendan al uso del ingreso petrolero para financiar la provisión de bienes públicos y, en términos generales, fomentar el ahorro intergeneracional, y (iii) prever asignaciones del ingreso petrolero a los ciudadanos.

7. *A modo de recapitulación: la coyuntura de la riqueza petrolera en Venezuela y la privatización de iure del petróleo*

La recuperación de la industria petrolera venezolana, en términos de capacidad de producción, exportación y refinación, pasa por identificar y atender las causas que llevaron a su destrucción. De acuerdo con el diagnóstico de este libro, estas causas son tres.

La *primera* causa, y que luce como la restricción más vinculante, es el colapso del Estado venezolano, que hoy es un Estado frágil cuyas débiles instituciones han sido cooptadas por organizaciones informales y, en no pocas ocasiones, criminales. Esto impide al Estado ofrecer lo que en economía se llama bienes públicos, como la seguridad y defensa, y afecta además la calidad de infraestructuras, como el servicio eléctrico. De esa manera, el colapso del Estado limita la capacidad de producción de petróleo, por problemas que van desde la inseguridad personal hasta las fallas en infraestructuras.

⁵⁶⁸ Venezuela energética, cit., 244 y ss.

El origen de este colapso no ha sido atendido, pero sí se han adoptado medidas paliativas, en el marco de la privatización *de facto*, como es el caso de servicios privados de seguridad e instalaciones de autogeneración eléctrica. Al ser la industria petrolera un enclave, la privatización de bienes públicos podría paliar, en alguna medida, las restricciones a la producción, pero con límites evidentes. Es difícil pensar que Venezuela podrá retomar los niveles de producción de 1998, con una industria que dependa solo de bienes privados.

La *segunda* causa se asocia con el sobreendeudamiento y el déficit de divisas, cuya causa primera es el colapso del ingreso petrolero, fuente casi única de las divisas de exportación.

Hasta noviembre de 2017 el déficit de divisas se vio agravado por la decisión del Gobierno de servir la deuda, en lugar de renegociarla. En todo caso, desde 2018, y en el marco de la dolarización *de facto*, el Estado ha dejado de ser el principal oferente de divisas, las cuales provienen así del sector privado, pasando por las remesas hasta operaciones que, presumiblemente, se asocian a la legitimación de capitales.

Esta dolarización produjo, entre 2018 y 2022, la ilusión de recuperación económica, que también se proyectó en el sector petrolero, ante la incipiente recuperación de la producción. Pero la recuperación económica era no solo inestable y precaria, sino que, además, ella era, en realidad, síntoma del colapso estatal.

Las cuentas fiscales dejan en evidencia la gravedad de la situación: si descontamos los derechos especiales de giro, las reservas internacionales al cierre de 2022, según cifras del BCV, serían de apenas 5.000 millones de dólares, aproximadamente. Mientras tanto, los pasivos de la

deuda externa se siguen acumulando, lo que en el caso de PDVSA representa una cifra de aproximadamente 72.000 millones. Hasta tanto no se renegocie la deuda, la operación financiera de PDVSA es inviable. Pero la renegociación de la deuda debe formar parte de un programa de reformas económicas de mayor aliento, para el cual no hay ni capacidad ni condiciones políticas.

La *tercera* y última causa es la destrucción de los mecanismos de mercado, como resultado de las políticas predatorias que desnaturalizaron la libertad de empresa y la propiedad privada, y contribuyeron al colapso del PIB. En el sector petrolero, esto se tradujo en las políticas de expropiación que socavaron el rol de la inversión privada, cuya participación -en las empresas mixtas- era clave para la producción.

Más allá de la dolarización, y de la privatización *de facto* de la industria petrolera, los mecanismos de mercado no han sido restablecidos, como lo evidencia el índice de libertad económica de Venezuela. Sin mecanismos de mercado, cualquier crecimiento será inestable y, especialmente, agravará la desigualdad, como lo demuestra los datos de la Encuesta Nacional de Condiciones de Vida, correspondientes al 2022.

Es por lo anterior que, desde el punto de vista jurídico o institucional, cualquier recuperación de la producción petrolera, especialmente en el marco de la licencia otorgada a Chevron, será precaria e inestable. Tanto más: en el caso de Chevron, y más allá de las dudas en cuanto a la constitucionalidad y legalidad de los contratos suscritos para controlar la operación de las empresas mixtas, todo hace indicar que cualquier incremento de la producción será destinado al pago de la deuda de Chevron, sin que el Estado pueda recibir ingreso alguno, al menos, por un período aproximado de 16 meses.

Una condición necesaria, pero no suficiente, para promover la recuperación estable de la producción, es el restablecimiento de los mecanismos de mercado, esto es, adoptando un marco institucional que, como señaló Ramón Espinasa, permita apalancar la producción y atraer las inversiones en capital⁵⁶⁹. Esto pasa por reformar el régimen jurídico de los hidrocarburos, por medio de una nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos que además de introducir ese marco jurídico, desmonte los arreglos institucionales del Petro-Estado.

Estamos conscientes de que estas reformas institucionales no pueden implementarse de manera automática, mucho menos bajo las condiciones políticas imperantes. Tomando ello en cuenta, lo sigue es una sugerencia de cómo esa reforma podría implementarse de manera gradual.

En *primer* lugar, es necesario recuperar la gobernanza de la Administración Pública Petrolera, fracturada como resultado de su politización en el marco de la implementación del modelo socialista. Respecto de PDVSA, ello pasa por rescatar su autonomía técnica, deslastrando a esa empresa y sus filiales de las actividades no-petroleras. Esto puede dar lugar a la creación de una nueva empresa estatal petrolera, vistas las contingencias legales que recaen sobre PDVSA. Pero como observó Ramón Espinasa, reconstruir la capacidad de PDVSA no solo es tarea difícil, sino, además, insuficiente⁵⁷⁰:

⁵⁶⁹ Espinasa, Ramón, *75 Years after the 1943 Agreements*, *cit.*

⁵⁷⁰ Espinasa, Ramón, "La reconstrucción de la industria petrolera nacional", *Revista SIC* n° 710, 2008, p. 474.

“Reconstruir PDVSA tal como fue es muy difícil. Aun cuando cambiaran las circunstancias y el Estado venezolano recreara las condiciones institucionales de después de la nacionalización, y si invitara a regresar a los empleados despedidos, es difícil que muchos regresen (...) la reconstrucción del sector petrolero nacional requerirá la participación de un buen número de empresas petroleras además de PDVSA”.

En *segundo* lugar, es preciso incrementar los cauces de participación de la inversión privada, como condición necesaria para elevar la producción petrolera. Bajo el marco jurídico actual solo sería posible incrementar la participación bajo el cauce de las empresas mixtas y previo control parlamentario. Por ello es necesario reformar la Ley Orgánica de Hidrocarburos, a los fines de derogar la reserva sobre actividades primarias, permitiendo su realización por la inversión privada, como sucede con las actividades primarias en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos.

Esta reforma puede implementarse de dos maneras. Por un lado, puede adoptarse una reforma parcial de la Ley para permitir cauces directos de gestión privada de las actividades reservadas, brindando de esa manera transparencia y certidumbre a los contratos suscritos bajo la privatización *de facto*. La segunda opción, que es la óptima, es a través de una nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos. En cualquier caso, la reforma legislativa debe cubrir la conversión de los contratos suscritos bajo la privatización *de facto* en los nuevos títulos habilitantes previstos en la Ley.

En *tercer* lugar, es preciso revisar la arbitraria política de expropiaciones y nacionalizaciones adoptadas en el sector, a fin de restablecer los derechos de propiedad vulnerados. Esto pasa por el pago de las compensaciones

debidas por esas expropiaciones, todo lo cual podría dar lugar a acuerdos de canje de deuda por inversión, conducidos de manera transparente y como parte de la renegociación integral de la deuda pública externa.

En *cuarto* lugar, debe reformarse el régimen jurídico de las empresas mixtas que se preserven, a los fines de establecer normas especiales de control que, sin descuidar la adecuada supervisión del uso del patrimonio público, aporten flexibilidad a las operaciones comerciales de esas empresas, especialmente en lo que respecta a la procura pública. Esto puede lograrse por medio de la reforma parcial de la Ley o, de manera óptima, por medio de una nueva Ley. Claro está, hay una cuestión previa que debe precisarse, y es si las empresas mixtas se mantendrán, lo que pasa por un acuerdo con el socio minoritario.

Por último, y, en *quinto* lugar, deben implementarse controles especiales sobre los ingresos petroleros, a los fines de evitar su arbitraria disposición por el Gobierno mediante políticas populistas y paternalistas.

Todas estas reformas tienen un doble propósito: desmontar el Petro-Estado en Venezuela y establecer un nuevo marco institucional entre el Estado, los hidrocarburos y la sociedad, apalancado en una visión de desarrollo centrado en la persona.

Por supuesto, estas reformas jurídicas son tan solo parte de las políticas de mayor envergadura orientadas a atender las causas estructurales del colapso económico y social en Venezuela, incluyendo la recuperación del monopolio legítimo de la violencia, que se ha fracturado en el marco del colapso de Venezuela. Y ninguna de esas políticas puede implementarse hasta tanto no se avance en una transición política.

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

En especial, la recuperación de la industria petrolera es incompatible con la política de sanciones impuesta por Estados Unidos, que tendría que desmontarse completamente (pues las licencias son insuficientes para la recuperación de todo el sector). Es un error conceptual, sin embargo, postular que la reforma institucional debe comenzar por levantar las sanciones, por dos razones. Primero, pues las sanciones no son la restricción más vinculante, existiendo incluso el riesgo de que, sin sanciones, se eleve la capacidad para adoptar políticas predatorias. Segundo, pues la reforma institucional que requiere el sector petrolero venezolano pasa por negociaciones políticas, y las sanciones son el principal incentivo para avanzar en esas negociaciones.

Ante la imposibilidad de abarcar esta reforma integral, se ha optado por un objetivo de menor envergadura, cual es promover acuerdos que, al margen de la Constitución y la Ley, avancen en la privatización *de facto* bajo la llamada "ley antibloqueo". Estos acuerdos no solo son claramente insuficientes, sino que, además, ellos no derivarán en el uso de la renta petrolera para aliviar la emergencia humanitaria compleja, sino -en el mejor de los escenarios- para aliviar algunos de los problemas de la deuda pública externa venezolana.

Además, si bien es cierto que hoy no hay condiciones políticas para adelantar la reforma legislativa integral del sector, lo cierto es que la privatización *de facto* no solo no soluciona las causas de ese colapso, sino que, además, ella obstaculiza la recuperación de la industria, ante la necesidad de reversar su informalización. En especial, esta privatización plantea el reto jurídico de la existencia de contratos que, como los llamados contratos de servicios petroleros, no coinciden con el marco formal en vigor.

Mientras más se avance en esa privatización de *facto*, más compleja será la recuperación de la industria.

En cierto modo, la reforma institucional que proponemos se orienta a sustituir la privatización *de facto* por una privatización *de iure*. Mientras que la privatización *de facto* es resultado de políticas opacas, ineficientes y en ocasiones, antijurídicas, por medio de las cuales se ha trasladado al sector privado activos y derechos de la industria petrolera bajo control del Estado, la privatización *de iure* se basa en políticas transparentes, eficientes y acordes con el ordenamiento jurídico, mediante las cuales se transfiere al sector privado bienes y derechos que hoy están bajo el control -más nominal que real- del Estado.

De conformidad con nuestra propuesta, la privatización del petróleo no pasa por la privatización de los yacimientos, política que además de requerir una reforma constitucional, es muy difícil de implementar. Tampoco creemos que PDVSA, como sociedad mercantil, sea privatizable, y no solo en virtud de lo dispuesto en la Constitución. Así, como sociedad mercantil, PDVSA es irrecuperable, debido a las contingencias derivadas de su endeudamiento y uso en ilícitos económicos transnacionales. En realidad, respecto de PDVSA, la prioridad debería ser lograr el control técnico de sus operaciones y proceder a su reestructuración, eventualmente, judicial.

La privatización *de iure* a la cual aludimos consiste en la necesidad de abolir las reservas al Estado en la industria y, de esa manera, permitir a la inversión privada la realización directa de actividades de exploración, producción y comercialización, lo cual puede incluso derivar en la transferencia, al sector privado, de derechos petroleros asignados a empresas operadoras, tanto públicas como mixtas. Respecto de éstas, sería también posible enajenar

parte de las acciones de la CVP al socio privado, en especial, si éste decide mantener la sociedad para la realización de actividades primarias.

Esta privatización no debe ser entendida como la abdicación del rol del Estado sobre el sector petrolero, sino más bien, ella apunta al cambio de ese rol. Así, del Estado empresario basado en el pensamiento estatista, se pasaría al Estado regulador, con capacidades para ordenar y limitar el ejercicio de actividades petroleras, especialmente, por la iniciativa privada.

Hoy día pareciera que no está en discusión la necesidad de avanzar en esa privatización. La duda es cómo ésta es implementada. Hasta ahora, la privatización ha sido resultado de hechos, por medio de políticas poco transparentes, ineficientes y probablemente antijurídicas. Para lograr atraer las inversiones en capital que requerirá la industria, en la ventana de oportunidades que ofrece la transición energética, es necesario reconducir esas políticas *de facto* por políticas *de iure*, que reconozcan derechos económicos privados en la realización de las actividades petroleras.

Estamos conscientes de que, a pesar del colapso del Petro-Estado, todavía persiste la imagen colectiva de la riqueza de Venezuela representada por las “*mayores reservas petroleras del mundo*”, reservas que deben ser del “pueblo”, expresión que en realidad ha aludido, en el pensamiento político iniciado hacia la segunda mitad del siglo XX, al Estado⁵⁷¹. La realidad es muy distinta: la destruida

⁵⁷¹ La nacionalización petrolera se justificó en la idea según la cual el petróleo pasaba a ser de los venezolanos. Esta idea se retomó en las políticas del socialismo del siglo XXI, bajo la consigna de

industria petrolera ha sido privatizada *de facto*, y en el marco del colapso estatal y el mercado energético global, es insostenible pensar que su recuperación puede depender solo la iniciativa pública. La mejor manera de poner la riqueza petrolera al servicio de las personas es desmontando las bases del Petro-Estado con técnicas de privatización *de iure*, que den forma al Estado regulador y garante.

Por ello, hoy día la riqueza petrolera en Venezuela se enfrenta a esta encrucijada. Por un lado, esta riqueza puede basarse en acuerdos informales, de dudosa legalidad, que provean cierto alivio en beneficio de ciertos operadores o sectores, incluso, al amparo de algunas licencias emitidas por el Gobierno de Estados Unidos. En este escenario, la recuperación de la industria será ciertamente muy limitada y precaria, y lo más importante, la riqueza petrolera generada será insuficiente para paliar la emergencia humanitaria compleja.

Por el otro lado, esa riqueza puede orientarse a paliar la emergencia humanitaria compleja, a través de un marco institucional que, en el contexto de la transición energética, cree condiciones para atraer la inversión privada necesaria para la reconstrucción del sector petrolero, todo lo cual pasa por un nuevo marco jurídico.

que *PDVA es de todos*. Ambas frases no fueron más que una distorsión de la realidad. En la nacionalización, el petróleo pasó a ser administrado por el Poder Ejecutivo Nacional, quien en teoría debía servir a los intereses de las personas, aun cuando en la práctica la calidad de la democracia constitucional se vio mermada. En el modelo socialista, el petróleo pasó a estar dominado por la élite gobernante que, con instituciones patrimoniales, desvió la riqueza petrolera.

En esta encrucijada, debe tenerse en cuenta el trascendente cambio que ha operado, y que ha quedado silenciado en el medio de la profunda crisis política, económica y social: la destrucción del Petro-Estado venezolano. La economía venezolana ya no depende de la renta petrolera, y muy probablemente no volverá a depender nunca más, pues el petróleo ya le quedó pequeño a Venezuela⁵⁷². Esto es, que más allá del imaginario sobre la dimensión de las reservas petroleras, lo cierto es que la recuperación económica de Venezuela no puede depender solo del petróleo⁵⁷³.

Es por ello preciso insistir en el contexto de esta encrucijada: lo que está en riesgo no es el futuro del Petro-Estado, pues éste colapsó con ocasión a la destrucción ocasionada por el modelo socialista. Quedan, ciertamente, los arreglos formales del Petro-Estado, pero como cascarones vacíos. La Venezuela petrolera pasó a la Venezuela post-petrolera, pues el autoritarismo populista destruyó la producción petrolera. El Petro-Estado venezolano devoró al Petro-Estado.

No puede pensarse en el marco jurídico del Petro-Estado con una visión estatista. Por el contrario -y pese al lugar común- hace falta en Venezuela un nuevo Derecho de los hidrocarburos. Nuevo Derecho pues el marco institu-

⁵⁷² Como explican Ramón Key y Claudina Villaroel, la recuperación de la industria petrolera venezolana es insuficiente para superar el colapso económico. *Vid.*: “El petróleo será insuficiente: el colapso de la industria petrolera y la crisis venezolana”, *Debates IESA, Volumen XXIII, Número 2, 2018, pp. 26 y ss.*

⁵⁷³ Barrios, Douglas y Santos, Miguel Ángel, “¿Cuánto puede tomarle a Venezuela recuperarse del colapso económico y qué debemos hacer?”, *cit.*

cional se orientará a dar forma al Estado regulador del petróleo en la Venezuela postpetrolera. Quizás, paradójicamente, la destrucción del Petro-Estado puede haber creado condiciones únicas para avanzar en ese nuevo Derecho: no es lo mismo postular un nuevo marco jurídico que reduzca el rol del poderoso Estado productor de petróleo, que postular ese mismo marco jurídico luego del colapso -irrecuperable ya- del Estado productor.

Si no se asume esta visión, se corre el riesgo de que, bajo las condiciones políticas adecuadas, logre recuperarse la producción petrolera, pero bajo los arreglos institucionales del Petro-Estado, que, al concentrar funciones en la Presidencia de la República, crearán riesgos que podrían volver a erosionar la producción petrolera. La reforma legislativa, por ello, debe desmontar los arreglos institucionales del Petro-Estado y fundar las bases del Estado regulador de la Venezuela postpetrolera, como parte de un nuevo pacto social para Venezuela.

Hasta tanto no se asuma esta realidad, y se emprendan los complejos arreglos políticos y económicos necesarios para establecer el nuevo Derecho de los hidrocarburos de la Venezuela postpetrolera, el sector seguirá avanzando hacia una creciente informalización y privatización de *facto* que hará más difícil la puesta en ejecución de este nuevo marco institucional.

ANEXO I

CRONOLOGÍA DE EVENTOS, PRODUCCIÓN Y PRECIO DEL PETRÓLEO

Año	Hechos	Producción	Precio
1998	Elección de Hugo Chávez	3.120	11,44
1999	Nueva regulación del gas y aprobación de la Constitución	2.800,4	16,31
2001	Nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos	2.791,9	26,31
2002	Despido arbitrario de trabajadores de PDVSA	2.782	22,61
2003	Controles centralizados sobre la economía	2.643	26,97
2004	Designan a Rafael Ramírez en la presidencia de PDVSA	3.009,4	33,66
2005	Nace Petrocaribe. Creación del FONDEN y desmantelamiento del Fondo de Estabilización Macroeconómica. Plan Siembra Petrolera	3.066,8	40,53

2006	Reelección de Chávez. Inicio de la política de expropiación	3.035,6	52,01
2007	Culmina la política de expropiación. Inicio del Fondo Chino y de la política de endeudamiento insostenible	2.949,5	61,8
2010	Centralización absoluta del control cambiario	2.853,6	69,7
2013	Muerte de Chávez-Elección fraudulenta de Maduro	2.789,5	96,66
2014	Crisis de la deuda pública. Caída de los precios del petróleo. Represión de protestas civiles. Rafael Ramírez sale de la presidencia de PDVSA	2.682,6	86,88
2015	Elección de la Asamblea Nacional. Citgo paga fraudulentamente dividendos a PDVSA	2.653,9	41,11
2016	Emisión de los Bonos 2020	2.372,5	34,02
2017	Sistemáticas violaciones a derechos humanos. Inicio del default. Las sanciones se extienden a títulos de deuda del Gobierno de Venezuela. Manuel Quevedo es designado presidente de PDVSA. Aprobación de la Ley antibloqueo.	2.034,8	47,63

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

2018	Contratos de servicios petroleros. Primera reorganización de PDVSA	1.510,2	66,47
2019	Sanción a PDVSA y reconocimiento del presidente encargado (enero). Sanciones secundarias (agosto)	1.012,6	54,04
2020	Sanción a Rosneft. Segunda reorganización de PDVSA. La OFAC limita las operaciones de Chevron	570	28,12
2021	Acuerdo con Irán. Licencia sobre el gas licuado de petróleo	640	51,45
2022	Rusia invade a Ucrania. Se permiten de nuevo operaciones de canje de deuda por petróleo a favor de Eni y Repsol. La OFAC emite licencia a Chevron (noviembre)	685	63,58
2023	Investigaciones de corrupción en PDVSA (2013)	695	57,25

Cuadro N° 5

Cronología y producción de petróleo, en miles de barriles por día. Precio de referencia del crudo venezolano, en dólares de los Estados Unidos

BIBLIOGRAFÍA

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

ABUELAFIA, Emmanuel y SABOIN, José Luis, *Una mirada a futuro para Venezuela*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2020.

ACEMOGLU, Daron y ROBINSON, James, "Alfred Marshall Lecture: Kleptocracy and Divide-and-Rule: A Model of Personal Rule", en *Journal of the European Economic Association* 2, N° 2/3, 2004.

AGUIAR, Asdrúbal y BREWER-CARÍAS, Allan, *El final del encargado de la presidencia y el gobierno parlamentario en Venezuela*, IDEA-Editorial Jurídica Venezolana, Panamá, 2023.

ALSWEILEM, Khalid A., *et al.*, *A comparative study of sovereign investor models: Sovereign fund profiles*, Belfer Center-Center for International Development, Harvard Kennedy School, 2015.

ANDUEZA, Luis Ernesto, "El régimen jurídico aplicable a las empresas mixtas a las que se refiere el artículo 22 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos", en *Revista Derecho y Social* N° 8, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila, Caracas, 2009.

ARAUJO-JUÁREZ, José, “La reserva al Estado y la participación del sector privado en la industria petrolera en Venezuela”, en *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos, Tomo II*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

_____, “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.

_____, *Derecho Administrativo General. Acto y contrato administrativo*, Paredes, Caracas, 2011.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar y DEL GUAYO, Iñigo, “La nueva regulación de las instalaciones en la Ley de Hidrocarburos y en la Directiva Europea del Gas”, *Privatización y Liberalización de Servicios*, Universidad Autónoma de Madrid, 1999.

ARNOLD, Ralph *et al.*, *Venezuela petrolera. Primeros pasos. 1911-1916*, Andrés Duarte Vivas Editor, Caracas, 2008.

AYUSO, Anna y GRATIUS, Susanne “¿Sanciones como instrumentos de coerción: cuán similares son las políticas de Estados Unidos y la Unión Europea hacia Venezuela?”, en Puente, José Manuel y Gratius, Susanne (ed), *Venezuela en la encrucijada. Radiografía de un colapso*, AB Ediciones-IESA-Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2021.

BADELL MADRID, Rafael, “Contratos de interés público”, en *Revista de Derecho Público número 159-160*, Caracas, 2020.

_____, *Del Estado Federal al Estado Comunal*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021.

BAHAR, Danny *et al.*, *Impact of the 2017 sanctions on Venezuela. Revisiting the evidence*, Policy Brief, Global Economy and Development at Brookings, mayo de 2019.

BALZA, Roland, "El FONDEN, Fondos Chinos y sector externo en Venezuela: 2005 a 2014", en Balza, Ronald y García Larralde, Humberto (ed), *Fragmentos de Venezuela. 20 escritos sobre economía*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Caracas, 2019.

BAPTISTA, Asdrúbal y MOMMER, Bernard, *El petróleo en el pensamiento económico venezolano*, Ediciones IESA, Caracas, 1997.

BAPTISTA, Asdrúbal, *El relevo del capitalismo rentístico. Hacia un nuevo balance de poder*, Fundación Polar, Caracas, 2004.

_____, *Itinerario por la economía política*, Ediciones IESA, Caracas, 2012.

BARRIOS, Douglas y SANTOS, Miguel Ángel, "¿Cuánto puede tomarle a Venezuela recuperarse del colapso económico y qué debemos hacer?", en Balza, Ronald y García Larralde, Humberto (ed), *Fragmentos de Venezuela. 20 escritos sobre economía*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Caracas, 2019.

BELLORÍN, Carlos, "Régimen fiscal y contractual de los proyectos de la Faja Petrolífera del Orinoco", Tablante, Carlos, (ed), *Petróleo ¿bendición o maldición? 100 años del Zumaque 1*, La Hoja del Norte, Caracas, 2014.

BERMÚDEZ, Diógenes, *Régimen jurídico de los hidrocarburos gaseosos en Venezuela*, Editorial jurídica venezolana, Caracas, 2007.

BETANCOURT, Rómulo, *Venezuela, política y petróleo*, Monte Ávila Editores Latinoamericana, Caracas, 1999.

BOONE, Peter *et al.*, *Sanctions against Iraq. Cost and failure*, Report for the Center for Economic and Social Rights, noviembre de 1997.

BOSCÁN DE RUESTA, Isabel, “Consideraciones sobre la naturaleza legal de Petróleos de Venezuela, S.A.”, en *Revista de Derecho Público* N° 9, Caracas, 1982.

_____, *La actividad petrolera y la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos*, FUNEDA, Caracas, 2002.

BOURGUIGNON, François, “Venezuela: absortion without Growth”, en *Oil Windsfalls. Blessing or Curse?*, World Bank, Washington D.C., 1988.

BREWER-CARÍAS, Allan y HERNÁNDEZ G., José Ignacio, *The Defense of the Rights and Interests of the Venezuelan State by the Interim Government Before Foreign Courts. 2019-2020*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021.

_____, *Venezuela: La ilegítima e inconstitucional convocatoria de las elecciones parlamentarias en 2020*, IDEA-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

BREWER-CARÍAS, Allan, *Evolución del régimen legal de la economía 1939-1979*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980.

_____, “Aspectos organizativos de la industria petrolera nacional en Venezuela”, en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela, Tomo I*, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981.

_____, “Introducción al régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela”, en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela, Tomo I*, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981.

_____, “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.

_____, “El régimen de participación de capital privado en las industrias petrolera y minera: desnacionalización y técnicas de regulación a partir de la Constitución de 1999”, en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías, El Principio de Legalidad y el Ordenamiento Jurídico-Administrativo de la Libertad Económica*, FUNEDA, Caracas, 2004.

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

_____, “La terminación anticipada y unilateral mediante Leyes de 2006 y 2007 de los convenios operativos y de asociación petroleros que permitían la participación del capital privado en las actividades primarias suscritos antes de 2002”, *Revista de Derecho Público* N° 109, Caracas, 2007.

_____, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VIII. Golpe de estado constituyente Estado constitucional y democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

_____, *Dictadura Judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas, 2016.

_____, “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.

_____, *Crónica de una destrucción. Concesión, nacionalización, apertura, constitucionalización, desnacionalización, estatización, entrega y degradación de la industria petrolera*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018.

_____, *El desmantelamiento de la democracia y el Estado totalitario. Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XV, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018.

_____, “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.

_____, “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.

_____, *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021.

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

_____, *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.

_____, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022.

_____, “La transformación de Petróleos de Venezuela S.A.: de la constitución exitosa de una empresa del Estado a su total destrucción institucional posterior”, en *Libro homenaje a Jesús Caballero Ortíz, Tomo I*, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-FUNEDA, Caracas, 2022.

_____, “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.

BULL, Benedicte y ROSALES, Antulio, “How Sanctions Led to Authoritarian Capitalism in Venezuela”, *Current History*, febrero de 2023.

CABALLERO ORTIZ, Jesús, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982.

_____, “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.

CABALLERO, Manuel, *Las crisis de la Venezuela contemporánea (1903-1992)* Alfadil, Caracas, 2007.

CARMONA, Juan Cristóbal, *Actividad petrolera y finanzas públicas en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016.

CLARK, Gordon L. *et al.* *Sovereign Wealth Funds*, Princeton University Press, Princeton, 2013.

CORONEL, Gustavo y SÁEZ, Sergio, *¿Quién destruyó a PDVSA? Balance de la gestión de Rafael Ramírez*, Ediciones Dahbar, Caracas, 2021.

CORONIL ÍMBER, Fernando, *El Estado mágico*, Editorial Alfa, Caracas, 2016.

CORRALES, Javier, y PENFOLD, Michael, *Dragon in the Tropics: The Legacy of Hugo Chávez*, Brookings Latin America Initiative Book, Washington, D.C., 2015.

CORRALES, Javier, *Autocracy rising. How Venezuela transitioned to authoritarianism*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2022.

CRUZ FERRER, Juan de la, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002.

CURIEL, Claudia, *De las sanciones a la Negociación: un tema de economía política*, Institute for Integrated Transitions, 2021.

DUQUE CORREDOR, Román, *El Derecho de la nacionalización petrolera*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978.

_____, "Nulidad de los Bonos PDVSA 2020", *Revista de Derecho Público* número 160-161, Caracas, 2020.

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

DUVAL, Claude *et al.* *International Petroleum Exploration and exploitation agreements*, Barrows, Nueva York, 2009.

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

_____, “La reconstrucción de la industria petrolera nacional”, *Revista SIC n° 710*, 2008.

_____, “Marco Institucional y el Desempeño de las Empresas Estatales productoras de Petróleo”, Washington D.C., 2008.

_____, *75 Years after the 1943 Agreements*, CSIS, Washington, D.C., 2018.

ESPINASA, Ramón y SUCRE, Carlos, *La caída y el colapso de la industria petrolera venezolana*, agosto de 2017, consultado en original.

ESPINASA, Ramón, et al., *La Ley y los hidrocarburos: comparación de marcos legales de América Latina y el Caribe*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., 2016.

FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores, “La adjudicación administrativa de recursos escasos”, en *La adjudicación administrativa de recursos escasos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

FRONJOSA LASALLE, Ernesto, *Auge y caída de un petroestado. La historia de la industria petrolera en Venezuela*, Universidad Metropolitana, Caracas, 2018.

GARANTÓN, Juan Carlos, “Aspectos normativos y contractuales esenciales para una sana política petrolera. La ineludible participación privada y las alternativas para su manejo”, en *Régimen legal de los hidrocarburos*. VII Jornadas Aníbal Dominici, AB Ediciones, Caracas, 2018.

_____, “El agotamiento del esquema de empresas mixtas y las alternativas para la participación de los particulares en actividades primarias”, en Balza, Roland et al. (ed), *Petróleo y extractivismo en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2021.

GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”, en *Estudios sobre la Constitución española*. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Tomo V, Tomo V, Civitas, Madrid, 1991.

GONZÁLEZ BERTI, Luis, *La nacionalización de la industria petrolera*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982.

GONZÁLEZ MIRANDA, Rufino, *Estudios acerca del régimen legal del petróleo en Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1958.

GONZÁLEZ, Diego, “Cambios institucionales que desmantelaron y destruyeron a la estatal PDVSA”, en Oliveros, Luis, (editor), *La industria petrolera en la era chavista. Crónica de un fracaso*, AB Ediciones, Caracas, 2019.

GORDON, Joy “When Unilateralism Is Invisible: A Different Perspective on the Oil-for-Food Scandal”, en *Global Governance* N°13-1, 2007.

GORDON, Mark y NILES, Sebastian V., “Sovereign Wealth Funds An Overview” en *Sovereign Investment: Concerns and Policy Reactions*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

GRAU, María Amparo, *Régimen jurídico de la actividad petrolera en Venezuela: Análisis normativo*, Badell & Grau Editores, Caracas, 2007.

_____, “El Estado empresario. Justificación y límites”, en *IX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo y Público en General Allan R. Brewer-Carías*, FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana, Santo Domingo, 2021.

Grupo de Trabajo de Venezuela, *Exploring humanitarian frameworks for Venezuela*, The Atlantic Council, Washington D.C., 2022.

HALFF, Antoine, et al., *Apocalypse Now: Venezuela, Oil and Reconstruction*, Columbia Center on Global Energy Policy, 2017.

HAPPOLD, Matthew “Economic Sanctions and International Law: An Introduction”, in Eden, Paul, and Matthew Happold (ed) *Economic Sanctions and International Law: Law and Practice*, Hart Publishing, Oregon, 2016.

HAUSMANN, Ricardo y RODRÍGUEZ, Francisco, “Why did Venezuelan Growth collapse?”, en Hausmann, Ricardo y Rodríguez, Francisco (ed), *Venezuela before Chávez*, The Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 2014.

HAUSMANN, Ricardo, “Implicaciones de los fondos para la estabilidad macroeconómica en Venezuela”, en Rivero, Luis (ed), *Fondos de Estabilización Macroeconómica*, Banco Central de Venezuela, Caracas, 2001.

HERNÁNDEZ Delfino, Carlos, “Carlos Andrés Pérez (Primer gobierno)”, en *Tierra nuestra: 1498-2009*, Fundación Venezuela Positiva, Caracas, 2009.

HERNÁNDEZ G., José Ignacio, “Intervención económica y liberalización de servicios esenciales en Venezuela”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 10, Caracas, 2000.

_____, “Reflexiones sobre la nueva ordenación de los hidrocarburos gaseosos en Venezuela”, *Separata de Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Colección Libros Homenaje número 7, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002.

_____, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, IESA-FUNEDA, Caracas, 2004.

_____, “Evolución y situación actual de la regulación de los hidrocarburos en Venezuela”, en *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red* N° 27, Madrid, 2006.

_____, “Reflexiones en torno a la migración de los convenios operativos al modelo de empresas mixtas”, *Venamcham. Trabajos jurídicos II*, Caracas, 2006.

_____, *Derecho administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

_____, *Reflexiones sobre la Constitución y el modelo socioeconómico en Venezuela*, FUNEDA, 2008.

_____, “Hacia los orígenes históricos del Derecho Administrativo venezolano: la construcción del contrato administrativo, entre el Derecho Público y el Derecho Privado”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 147, Caracas, 2009.

_____, *La expropiación en el Derecho Administrativo venezolano*, Caracas, 2014.

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

_____, *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, CIDEP-EJV, Caracas, 2016.

_____, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016.

_____, "La regulación de los hidrocarburos en Venezuela: situación actual y propuestas de reforma", en *Revista de Direito Econômico e Socioambiental* N° 3, Volumen 8, Pontificia Universidad Católica de Paraná, 2017.

_____, "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 Domínicí*, AB Ediciones, Caracas, 2018.

_____, "Hacia una regulación mercantil de protección de activos de empresas públicas en caso de insolvencias", en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 15, Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Caracas, 2018.

_____, "La apertura petrolera o el primer intento por desmontar el pensamiento estatista petrolero en Venezuela", en Brewer-Carías, Allan, *Crónica de una destrucción. Concesión, nacionalización, apertura, constitucionalización, desnacionalización, estatización, entrega y degradación de la industria petrolera*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018.

_____, "Hacia una nueva la Ley orgánica de hidrocarburos", en *Libro homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón. Tomo III*, Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas, Caracas, 2019.

_____, “Aspectos jurídicos de la reconstrucción de la industria petrolera nacional: hacia un nuevo marco para promover la inversión privada”, en Oliveros, Luis, (editor), *La industria petrolera en la era chavista. Crónica de un fracaso*, AB Ediciones, Caracas, 2019.

_____, “Fighting Against Imperialism: The Latin American Approach to International Sanctions”, Columbia Center on Global Energy Policy, 2020.

_____, “El nuevo proyecto de la Ley Orgánica de Hidrocarburos presentado por Comisión Permanente de Energía y Minas en septiembre de 2020”, en *Revista de Derecho Público* N° 163-164, Caracas, 2020.

_____, “Las filiales extranjeras de empresas del Estado en el Derecho Administrativo venezolano. El caso de Citgo”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 16, Caracas, 2020.

_____, “A propósito del caso de los bonos PDVSA 2020 y la interaplicación del Derecho Mercantil y Constitucional” en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 6, 2021.

_____, “Aspectos institucionales para la creación del fondo petrolero para Venezuela”, en Balza, Roland et al. (ed), *Petróleo y extractivismo en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2021.

_____, *Control de cambio y de precio. Auge y colapso institucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021.

_____, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022.

_____, “Los contratos de interés público nacional y las Empresas del Estado: el caso de PDVSA”, en Urdañeta, Gustavo *et al.*, (ed), *Homenaje a Caballero Ortiz, Tomo I*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2022.

HERNÁNDEZ G., José Ignacio (ed), *Estudios sobre la reforma del Estatuto de Transición 2022 y la continuidad constitucional*, IDEA-Editorial Jurídica Venezolana, Miami, 2022.

HERNÁNDEZ G., José Ignacio y BELLORÍN, Carlos, “The case for a new Venezuelan Hydrocarbons Law as the basis of a new Hydrocarbons Policy: unlocking the path for recovery, stabilization and growth”, en *The Journal of World Energy Law & Business*, Volume 12, Issue 5, October 2019.

HERNÁNDEZ-DELFINO, Carlos, “El ciclo de expansión y recesión en los programas de ajustes: Una nota sobre el caso venezolano”, en Rivero, Luis (ed), *Fondos de Estabilización Macroeconómica, Banco Central de Venezuela*, Caracas, 2001.

HERNÁNDEZ, Igor y LA ROSA REYES, José, *Reforming Venezuela’s oil and gas sector*, Chatham House, 2021.

HIRSCHFELD, Katherine, *Gangster States*, Palgrave Macmillan, London, 2015.

HOGAN, William *et al.* “Contracts and Investment in Natural Resources”, en Hogan, William, and Sturzenegger, Federico (ed), *The Natural Resource Trap*, The MIT Press, Cambridge, 2010.

HSIEH, Chang-Tai, y MORETTI Enrico, “Did Iraq Cheat the United Nations? Underpricing, Bribes, and the Oil for Food Program”, en *The Quarterly Journal of Economics* N° 121-4, 2006.

HULTS, David, "Hybrid governance: state Management of national oil companies", en *Oil and Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

HUMPHREYS, Macartan, "Introduction: What is the problem with natural resource wealth? en Humphreys, Macartan, *et al.*, (ed), *Escaping the resource curse*, Columbia University Press, New York, 2007.

JIMÉNEZ-GUANIPA, Jiménez, *El derecho de la energía en Venezuela. Petróleo, gas y electricidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

JOHNSTON, David, "How to evaluate the fiscal term of oil contracts", en Humphreys, Macartan, *et al.*, (ed), *Escaping the resource curse*, Columbia University Press, New York, 2007.

KARL, Terry Lynn, "Petroleum and Political Pacts: The Transition to Democracy in Venezuela", en *Latin American Research Review Vol. 22, No. 1*, 1987.

_____, *The Paradox of Plenty: Oil Booms and Petro-States*, University of California Press, 1997.

KEY, Ramón y VILLAROEL, Claudina, "Reflexiones sobre el colapso y la recuperación de la industria petrolera venezolana", en *Venezuela. La energía en cifras. Reporte 2016-2017*, Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), Caracas, 2017.

_____, "El petróleo será insuficiente: el colapso de la industria petrolera y la crisis venezolana", *Debates IESA, Volumen XXIII, Número 2*, 2018.

KEY, Ramón, "La política petrolera, su interacción con la política económica y la incidencia del sector petrolero en la actividad económica interna en Venezuela" *Nueva Economía* N° 32, 2010.

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

KORNBLITH, Miriam y QUINTANA, Luken, "Gestión fiscal y centralización del poder político en los gobiernos de Cipriano Castro y de Juan Vicente Gómez", en *Revista Politeia número 10*, Caracas, 1976.

KORNBLITH, Miriam, *La participación del Estado en los orígenes de la industria petrolera en Venezuela (1869-1910)*, CENDES, 1978.

LARES MARTÍNEZ, Eloy, "Contratos de interés nacional", en *Libro homenaje al profesor Antonio Moles Caubet, Tomo I*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981.

LARES, Mary Elena, et al., *Un modelo de agencia reguladora independencia de hidrocarburos*, Banco Interamericano de Desarrollo. Washington D.C., 2019.

LE LEUCH, Honoré, "Recent Trends in Upstream Petroleum Agreements: Policy, Contractual, Fiscal, and Legal Issues", en *The Handbook of Global Energy Policy*, John Wiley & Sons, Ltd., 2013.

LIEUWEN, Edwin, *Petroleum in Venezuela. A history*, University of California Press, Berkley, and Los Angeles, 1954.

LÓPEZ, Leopoldo y BAQUERO, Gustavo, *Venezuela energética*, La Hoja del Norte, Caracas, 2017.

LOWENTHAL, Abraham F., *Venezuela in 2023 and Beyond: Charting a New Course*, The Wilson Center, 2023.

MANZANO, Osmel y MONALDI, Francisco, "The political economy of oil contract renegotiation in Venezuela", en Hogan, William, and Sturzenegger, Federico (ed), *The Natural Resource Trap*, The MIT Press, Cambridge, 2010.

MARTÍN-RETORTILLO Baquer, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico, Tomo I*, La Ley, Madrid, 1991.

MATA GARCÍA, Cesar, *Manual de Derecho de los Hidrocarburos en Venezuela*, Editorial Arte, Caracas, 2016.

MCBETH, B.S., *Juan Vicente Gómez and the oil companies in Venezuela, 1908-1935*, Cambridge University Press, 1983.

MÉLICH ORSINI, José, *Doctrina General del Contrato*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993.

MONALDI, Francisco *et al.*, *The collapse of the Venezuelan oil industry: The role of above-ground risks limiting foreign investment*, Center for Energy Studies-Rice University's Baker Institute for Public Policy, 2021.

MONALDI, Francisco y HERNÁNDEZ, Igor, *Weathering Collapse: An Assessment of the Financial and Operational Situation of the Venezuelan Oil Industry*, CID Working Paper N° 327, 2016.

MONALDI, Francisco, *The Impact of the Decline in Oil Prices on the Economics, Politics and Oil Industry of Venezuela*, Columbia SIPA-Center for Global Policy, 2015.

_____, "El colapso de la industria petrolera venezolana y sus consecuencias globales", en Oliveros, Luis, (editor), *La industria petrolera en la era chavista. Crónica de un fracaso*, AB Ediciones, Caracas, 2019.

_____, *The Collapse of the Venezuelan Oil Industry and Its Global Consequences*, The Atlantic Council, marzo de 2018.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil, Tomo 2 (Las sociedades mercantiles)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2017.

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

MUCI-BORJAS, José Antonio, "La ley venezolana que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos: un ilícito de derecho internacional", en *Revista de Derecho Público* N° 118, 2009, pp. 113 y ss.

NASEEM, Mohammad, *International Energy Law*, Wolters Kluwer, Amsterdam, 2017.

NEPHEW, Richard, *The Art of Sanctions: A View from the Field*, Columbia University Press, Nueva York, 2018.

NORTH, Douglass, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, 1999.

O'SULLIVAN, Meghan L. *Shrewd Sanctions: Statecraft and State Sponsors of Terrorism*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2004.

_____, *Windfall*, Simon & Schuster, New York, 2017.

OLIVEROS Luis, "De la bonanza a la hiperinflación: cómo el chavismo generó un colapso en la industria petrolera venezolana", en Oliveros, Luis, (editor), *La industria petrolera en la era chavista. Crónica de un fracaso*, AB Ediciones, Caracas, 2019.

PACHECO, Luis, "Marco estratégico para el sector hidrocarburos. Algunas consideraciones", en Ugalde, Luis et al., *Detrás de la pobreza: percepciones, creencias, apreciaciones*, Asociación Civil para la Promoción de Estudios Sociales-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.

_____, "Venezuela's oil mythologies have hindered its development", Rice University's Baker Institute for Public Policy, Center for Energy Studies, 2018.

PALACIOS, Luisa y MONALDI, Francisco, *Venezuela Oil Sanctions: Not an Easy Fix*, Center for Global Energy Policy at Columbia University, marzo de 2022.

PALMA, Pedro, *La política cambiaria en Venezuela*, IESA-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

PARÍS, Francisco Eugenio, *Institutional failure in Venezuela: the cases of spending oil revenues and the governance of PDVSA (1975-2005)*, Tesis Doctoral, London School of Economics, Departamento de Gobierno, Londres, 2006.

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.

_____, "Contrato de servicios petroleros e industria petrolera venezolana", en *Régimen legal de los hidrocarburos. VII Jornadas Aníbal Domínguez*, AB Ediciones, Caracas, 2018.

_____, "Contratos petroleros en América Latina: una introducción", en *Derecho de la Energía en América Latina, Tomo I*, Universidad Externado de Colombia, 2017.

RACHADELL, Manuel, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2015.

REINISCH, August, "Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions", en *The American Journal of International Law* N° 95-4, 2001.

ROBERTS, Peter, *Petroleum Contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

RODRÍGUEZ, Francisco, *Toxic conflict: understanding Venezuela's economic collapse*, Kellogg Institute for International Studies, 2021.

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

RODRÍGUEZ SOSA, Pedro Luis y RODRÍGUEZ PARDO, Luis Roberto, *El Petróleo como instrumento del progreso*, IESA, Caracas, 2013.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *El régimen jurídico de los hidrocarburos*, Caracas, 2008, pp. 352 y ss. Para una crónica, vid. Salmerón, Víctor, *Petróleo y desmadre*, Editorial Alfa, 2013.

ROSS, Michael "Does Taxation Lead to Representation?", en *34 B.J.Pol.S.*, 2004.

_____, *The oil curse: How petroleum wealth shapes the development of nations*, Princeton University Press, Princeton, 2012.

ROUVINSKI, Vladimir, *Russia's Continuing Engagement with Venezuela in 2019 and Beyond - An Update*, Wilson Center, febrero de 2020.

SACHS, Jeffrey y WARNER, Andrew, "The Curse of Natural Resources", en *European Economic Review* Número 45, 2012, pp. 827 y ss., tomado de Van der Ploeg, Frederick y Venables, Anthony, *The economics of resource rich economies*, Elgar Research Collection, Cheltenham-Northampton, 2015.

SACHS, Jeffrey, "How to handle the macroeconomic of oil wealth", en Humphreys, Macartan, *et al.*, (ed), *Escaping the resource curse*, Columbia University Press, New York, 2007.

SALA ARQUER, José Manuel, "La empresa mixta como modo de gestión de los servicios públicos en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 90, 1996.

SANSÓ, Hildegard, *El impacto del petróleo en Venezuela*, cit., pp. 352 y ss. De la autora, también, vid. *Empresas mixtas en el ámbito del régimen de los hidrocarburos en Venezuela*, Caracas, 2014.

SANTOS, Miguel Ángel, "Venezuela: Running on Empty", *LASAFORUM*, Volume XLVIII: Issue 1, 2017.

SCHWARTZ, Eduardo, y TROLLE, Anders, "Pricing expropriation risk in natural resource contracts: a real options approach", en Hogan, William, and Sturzenegger, Federico (ed), *The Natural Resource Trap*, The MIT Press, Cambridge, 2010.

SHAFFER, Michael, *Winners and losers*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1994.

SOLANO-RODRÍGUEZ, Baltazar et al., *Implications of climate targets on oil production and fiscal revenues in Latin America and the Caribbean*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2019.

STICHER, Valerie, "Negotiating Peace with Your Enemy: The Problem of Costly Concessions", en *Journal of Global Security Studies*, Volume 6, Issue 4, 2021.

STRAKA, Tomás (ed), *Venezuela 1914-2014: cien años de industria petrolera*, UCAB-Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2014.

_____, "Introducción", en Straka, Tomás (ed.), *La Nación Petrolera: Venezuela, 1914-2014*, Academia Nacional de la Historia-Universidad Metropolitana, Caracas, 2014.

SZABO, Juan, "Intención de la licencia Chevron y sus efectos en Venezuela", *El Observador de Energía y Ambiente del Centro Internacional de Energía y Ambiente del Instituto de Estudios Superiores de Administración*, 14 de diciembre de 2022.

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

TABLANTE, Carlos, (ed), *Petróleo ¿bendición o maldición? 100 años del Zumaque 1*, La Hoja del Norte, Caracas, 2014.

TARASENKO, Pavel, "From Friend to Competitor: How Russia's War Has Strengthened Venezuela's Hand", *Carnegie Endowment for International Peace*, 12 de septiembre de 2022.

Transparencia Venezuela, *Economías ilícitas al amparo de la corrupción*, Caracas, 2022.

TUGWELL, Franklin, *The politics of Oil in Venezuela*, Stanford University Press, 1975.

TURUHPIAL, Héctor, *Teoría General y Régimen Jurídico del Dominio Público en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2008.

URBANEJA, Diego Bautista, *La renta y el reclamo*, Editorial Alfa, Caracas, 2013.

USLAR PIETRI, Arturo, *Sumario de economía venezolana para alivio de los estudiantes*, Fundación Eugenio Mendoza, Caracas, 1958.

VAN WIJNBERGEN, Sweder, "The Dutch Disease: a Disease after all?", *The Economic Journal* Número 41, 1982, pp. 42 y ss., tomado de Van der Ploeg, Frederick y Venables, Anthony, *The economics of resource rich economies*, Elgar Research Collection, Cheltenham-Northampton, 2015.

VILLAR PALASÍ, José Luis, "Naturaleza y regulación de la concesión minera", en *Revista de Administración Pública* número 1, Madrid, 1950.

VILLASMIL, Ricardo "Venezuela: Public Debate and the Management of Oil Resources and Revenues", en *Public Brainpower: Civil Society and Natural Resource Management*. Cham, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2018.

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

_____, "Sostenibilidad fiscal y fondos de ahorro intergeneracional: El caso de Venezuela", en *Temas de Coyuntura* N° 46, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002.

WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva, Tomo I*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.



A
GAS

**¡Somos
Tu mayor Legado!**

**¡Somos
Tu mayor Legado!**

Remember, you'll be
looking shrinkage
reform low oven tem

with gre



that there are



This Seal means that all
factual statements made in
advertisements are accepted
by the Council on Foods &
Nutrition of the American
Medical Association.

and Thursday mornings.

quarters, Chicago • Members throughout the U. S.