

IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA LEY CONSTITUCIONAL ANTIBLOQUEO EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PETROLERA.

PROF. JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS.*

SUMARIO

I) Consideraciones preliminares. II) Invalidez de la Ley Antibloqueo. III) Posibles medidas a ser dictadas en el sector de los hidrocarburos líquidos con fundamento en la Ley Antibloqueo. A) Consideraciones preliminares. B) Posibles actuaciones del Poder Público Nacional. B.1. Restructuración de los esquemas de participación privada en el ejercicio de las actividades primarias. B.1.1. Variación en la composición accionarial de las empresas mixtas. B.1.2. Cabida a convenios no asociativos (concesiones). B.2. Comercialización de combustibles líquidos. B.2.1. Importación de combustibles líquidos. B.2.2. Comercio interno de combustibles líquidos. B.2.3. Exportación de crudo. B.3. Actividad de refinación. B.4. Reincorporación de bienes y servicios conexos. B.5. Impulso a la inversión privada. B.6. Administración de activos. B.6.1. Venta de acciones. B.6.2. Gravámenes de acciones. B.7. Operaciones de administración de pasivos. B.8. Mecanismos de contratación. V) Consideraciones finales. VI) Bibliografía.

* Abogado egresado de Universidad Católica Andrés Bello, Mención Summa Cum Laude, LL.M in Common Law de Georgetown University, Especialista en Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello, Mención Cum Laude. Aspirante al título de Doctor en Ciencias, Mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela (carga académica cumplida). Profesor de Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello y Profesor Invitado del Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA). Expresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Financiero y Expresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Sillón N° 30.

I) CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.583 Extraordinario de fecha 12 de octubre de 2020 apareció publicada la Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos, en lo sucesivo, “Ley Antibloqueo”.

De acuerdo con el artículo 1° del referido instrumento, aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), su propósito no es otro que establecer un marco normativo especial y temporal que provea al Poder Público Nacional de herramientas jurídicas para contrarrestar y reducir los efectos nocivos generados por la imposición contra la República y su población de medidas coercitivas unilaterales y otras restrictivas o punitivas, emanadas o dictadas por otros Estados, por organizaciones internacionales u otros entes públicos o privados foráneos, que afectan los derechos humanos del pueblo venezolano.

Conforme al artículo 21 y a la Disposición Transitoria Primera de la Ley Antibloqueo, esta tendrá aplicación preferente respecto de las normas legales y sublegales vigentes en el ordenamiento jurídico venezolano, incluidas las de rango orgánico, salvo las relativas a derechos humanos y a la división del Poder Público que no correspondan a potestades aprobatorias o autorizatorias. Finalmente, indica el referido texto que las medidas que con fundamento en él se adopten, seguirán surtiendo efectos aun cuando dicho instrumento haya cesado en su vigencia.

En otras palabras, es propósito de la Ley Antibloqueo que el Poder Público Nacional actúe libre de las ataduras que pueda suponer el ordenamiento jurídico vigente, cualquiera éstas sean, salvo por los casos excepcionales en ella señalados.

II) INVALIDEZ DE LA LEY ANTIBLOQUEO

Desde que el 27 de octubre de 2017 se formalizó la convocatoria a una ANC en el país, surgieron críticas, denuncias y protestas en cuanto a su necesidad y validez. Si bien el tema de su convocatoria se encuentra claramente regulado en el artículo 347¹ de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), el proceder de las ramas ejecutiva y judicial del Poder Público Nacional se apartó completamente de su letra.

Es así como en opinión del académico venezolano Rafael Badell Madrid, el Decreto N° 2.830 mediante el cual Nicolás Maduro convocó a una ANC, está viciado de inconstitucionalidad por cuanto usurpó la titularidad atribuida al pueblo en el artículo 347 de la Carta Magna, como depositario del poder constituyente, de decidir su convocatoria y de fijar sus objetivos a partir de la determinación de sus cometidos programáticos. Continúa señalando Badell, que el proceder del Presidente de la República violó también los principios de democracia y soberanía establecidos expresamente en los artículos 2, 3, 5, 62, 63, 70 y 71, entre otros, de la Ley Fundamental².

De conformidad con el artículo 348 de la Constitución, ciertos órganos de los poderes constituidos, entre otros, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, tienen la iniciativa de convocatoria de la ANC, lo cual quiere decir, que a lo sumo, tienen la facultad de promover tal convocatoria para que se consulte al pueblo, mediante referendo consultivo si quiere o no convocar a una ANC³.

La convocatoria a una ANC debió ser sometida a referendo consultivo, mediante votaciones libres, universales, directas y secretas (artículos 62 y 70, en concordancia con artículos 63 y 71), como había sido reconocido en el caso de la Constituyente de 1999.

¹ Artículo 347 CRBV: El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución.

² Rafael Badell Madrid, *La Asamblea Constituyente en la Constitución de 1999*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018, p. 90.

³ *Ibidem*, p. 90.

De esta forma, sostiene Badell que el Decreto N° 2.830 al omitir la voluntad del pueblo sobre la convocatoria de una ANC y accionar directamente este mecanismo de sustitución constitucional, contrarió también el principio de progresividad de los derechos (artículo 19 de la Constitución), en especial, el de participación ciudadana en el ejercicio de la soberanía popular (artículos 62 y 70 de la Constitución).

Termina sentenciando el jurista venezolano que, en virtud de lo expuesto, la ANC fue ilegítimamente “convocada” por el Presidente de la República en usurpación de la voluntad del pueblo, único depositario del poder constituyente originario.

Aquel vicio se profundizó aún más, cuando Nicolás Maduro dictó unilateralmente y sin consulta popular las bases comiciales sobre las que se llevaría a cabo la convocatoria, así como la conformación y funcionamiento de la ANC.

Frente a todas las denuncias efectuadas sobre la validez de aquel proceder del Primer Mandatario Nacional, la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en sentencia N° 378 de fecha 31 de mayo de 2017 determinó que no era necesario, ni constitucionalmente obligante, un referendo consultivo previo para la convocatoria de una ANC.

La SC determinó así que la CRBV al reconocer la soberanía popular en su artículo 5, dispone a su vez que dicha soberanía puede ejercerse tanto directa como indirectamente y, en este sentido declara la Sala que, si bien el pueblo puede ejercer la democracia participativa, también puede ejercer la democracia representativa, en ejercicio indirecto de la soberanía. Señala entonces que los órganos que ejercen el poder público pueden ejercer indirectamente y por vía de representación la soberanía popular y, por lo tanto, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, de acuerdo con el artículo 348 del Texto Fundamental, puede decidir convocar a una constituyente sin que sea necesario consultar al pueblo.

Tal decisión en nuestra opinión, que es a su vez la de un sector mayoritario de la doctrina patria, arrebató al pueblo de Venezuela el ejercicio de la soberanía relativo al poder constituyente que atribuye el precitado artículo 347 de la Carta Magna.

Con el camino despejado por la SC, el Presidente de la República continuó avanzando. Fue así, como el 4 de junio de 2017 dictó el Decreto N° 2.889 contentivo de las bases para la elección de los integrantes de la ANC, quienes serían electos en el ámbito territorial y sectorial mediante el voto universal, directo y secreto, sin perjuicio de los integrantes de la población indígena, lo que también representó un exceso del Primer Mandatario Nacional.

El día 30 de julio de 2017 se llevó a cabo el proceso comicial dirigido a la elección de los llamados “constituyentistas”, en el que únicamente participaron candidatos pertenecientes al sector oficialista, quienes terminaron siendo juramentados en un número de 545 el día 4 de agosto de 2017.

La inconstitucionalidad de la ANC no sólo se ha atribuido a su origen sino también a su desempeño. Ha sido sostenido que el poder constituyente, cuando es ejercido por su titular originario que no es otro que el pueblo, reviste carácter ilimitado, quedando a salvo, sin embargo, por una parte, los valores naturales y absolutos y, por la otra, los términos establecidos por el poder constituyente originario, es decir, por lo que disponga el pueblo en ejercicio directo de su soberanía.

“Debido a que precisamente la ANC no detenta un poder ilimitado o absoluto, como el que sí detenta el pueblo en ejercicio de su soberanía y del poder constituyente originario, ésta no puede modificar o suspender el ordenamiento jurídico vigente. Es decir, la ANC no tiene la facultad de alterar o impedir la vigencia de la Constitución durante su funcionamiento, al no detentar el carácter originario. La ANC, en la labor de redactar la nueva Constitución debe respetar el ordenamiento constitucional y legal vigente. Está sometida a las normas y principios constitucionales vigentes para su conformación, siendo que la supremacía del texto fundamental (artículo 7 de la Constitución) impide que ésta pierda su vigencia (artículo 333 de la Constitución), hasta tanto el poder constituyente originario, que solo corresponde al pueblo, lo decida mediante referendo consultivo que resulte en la adopción de una Constitución⁴”.

⁴ Rafael Badell Madrid, Ob. Cit., p. 69.

De acuerdo con el artículo 347 de la Carta Magna, la ANC tiene por objeto: 1) transformar el Estado, 2) crear un nuevo ordenamiento jurídico y 3) redactar una nueva Constitución. De forma tal que las actuaciones de la ANC deben estar circunscritas a esos propósitos esenciales.

“Se sigue de la norma que no es que el proceso constituyente da lugar a un régimen de facto que pueda por vías de hecho eliminar o destruir el ordenamiento vigente ni los poderes constituidos. Cualquier sustitución o modificación del orden existente ha de producirse con la aprobación de la nueva Constitución, y en caso de que dicha aprobatoria no proceda, porque el pueblo la rechace, continuará vigente el ordenamiento constitucional y sus poderes constituidos en el ejercicio de sus funciones, que no ha de interrumpirse, salvo que una nueva Constitución aprobada por el pueblo lo ordene y en los términos en los cuales sus disposiciones transitorias lo regulen⁵”.

Según el abogado venezolano, Fernando Sanquírigo:

“La consecuencia jurídica de esta norma [347 CRBV] es clara: la Asamblea Nacional Constituyente está sometida a lo que determina la Constitución. Inclusive, la Constitución reconoce la existencia conjunta tanto de los Poderes tradicionales constituidos: Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral; por lo que la Asamblea Nacional Constituyente, por cuanto está sometida a la Constitución y su única función es la de redactar una nueva Constitución, no puede desconocer a dichos Poderes Constituidos⁶”.

No obstante, es claro que la ANC ha pretendido ejercer poderes “originarios” y “plenipotenciarios”, y de esa forma se ha considerado a sí misma habilitada para exceder los límites y objeto que deben informar las actuaciones de una institución de su tipo. Fundamentada en ese criterio de la “supraconstitucionalidad”, ha dispuesto que sus

⁵ Ibidem, p. 70.

⁶ Fernando Sanquírigo Pittevil, “Las facultades (i) limitadas de la Asamblea Nacional Constituyente de acuerdo a la Constitución de la república”, en Allan Brewer-Carías, y Carlos García Soto (compiladores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente*, Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá/Caracas, 2017, p. 433.

decisiones y actos son incluso de “superior” rango que las previstas en la Constitución.

Fue así como al dictar la ANC las “Normas para garantizar el pleno funcionamiento institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en armonía con los Poderes Públicos Constituidos” de fecha 8 de agosto de 2017, dispuso en su artículo quinto que:

“(...)

QUINTO: Todos los organismos del Poder Público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente, y están obligados a cumplir y a hacer cumplir los actos jurídicos que emanen de dicha Asamblea ...”

En opinión de Rafael Badell, esta disposición es violatoria del ordenamiento constitucional, por cuanto pretende situar a los actos y decisiones que dicte la ANC por encima de la Constitución, así como de los órganos regulados en ella, a pesar de lo dispuesto en el artículo 7 de la Carta Magna, que prevé la supremacía del Texto Fundamental.

La más reciente expresión de aquel inaceptable proceder de la ANC la representa precisamente la Ley Antibloqueo aquí a ser analizada. Evidencia clara de aquella política la constituyen sus artículos 19 y 21, así como su Disposición Transitoria Primera, en los que se prevé la posibilidad para el Ejecutivo Nacional de “inaplicar” normas de rango legal y sublegal, salvo las relativas a derechos humanos y a la división del Poder Público **que no correspondan a potestades aprobatorias o autorizatorias**. Tras dicha “inaplicación”, que valga señalar sólo corresponde en principio al Poder Judicial (Art. 334⁷ CRBV) y únicamente por razones de inconstitucionalidad, pretenderá seguramente el Ejecutivo Nacional regular materias sujetas a reserva de ley⁸, así como liberarse de los controles que corresponde ejercer a la AN, todo lo cual se traducirá en la violación, entre otros, de los artículos 2, 7, 112, 136, 137, 138, 302, 312, 313 y 334 de la Carta Magna.

⁷ Control difuso y concentrado de la constitución.

⁸ La reserva de ley en materia de libertad de empresa se encuentra consagrada en el artículo 112 de la CRBV, cuando se señala que “todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes...”

III) POSIBLES MEDIDAS A SER DICTADAS EN EL SECTOR DE LOS HIDROCARBUROS LÍQUIDOS CON FUNDAMENTO EN LA LEY ANTIBLOQUEO

A) Consideraciones preliminares

Nadie pone en duda la grave crisis por la que atraviesa nuestro país desde que se instauró la llamada “Revolución Chavista” en 1999. La presencia omnímoda del Estado que ha desarticulado el régimen económico consagrado en la CRBV, debilitando y achicando considerablemente al sector privado⁹; la sistemática violación del ordenamiento jurídico que ha desmontado el estado de Derecho consagrado en la Carta Magna; los cada vez más evidentes y burdos fraudes electorales que han atentado contra el carácter democrático del Estado y los impresentables indicadores de insatisfacción y violación de los derechos humanos que evidencian la injusticia en la que viven los venezolanos, alejan a nuestro Estado del modelo democrático, social de Derecho y de Justicia consagrado en el Texto Fundamental, acercándolo más bien a un Estado Totalitario.

En lo económico, que es el tema que nos ocupa, el balance de tan lamentable gestión en términos de cifras, que generalmente dicen mucho más que las palabras, puede resumirse como sigue:

- *Reducción del PIB* en 57,6% entre el primer trimestre de 2013 y el primer trimestre de 2019¹⁰.
- *Niveles acumulados de inflación* de 185.175.451% entre noviembre de 2017 y septiembre de 2020.
- *Correlación entre el Bolívar y el Dólar* que pasó entre el 21 de agosto de 2018 y el 20 de noviembre de 2020 de Bs.S. 60/US\$1 a Bs.S. 710.701/US\$1, lo que implica que la cotización del dólar ha aumentado en poco más de dos años en 1.184.501,66%¹¹ respecto del Bolívar Soberano.

⁹ Según reporta la encuestas de Coyuntura Industrial efectuada por CONINDUSTRIA para el 2019, la capacidad productiva del sector industrial se encontraba en 21%. Ese año habían salido del mercado aproximadamente 400 empresas. En las últimas dos décadas el parque industrial reflejaba un descenso de cerca de 13.000 unidades a 2.145. En: www.fedecamaras.org.ve/comunicadoconindustria/

¹⁰ bcv.org.ve

¹¹ bcv.org.ve

- *Endeudamiento* con un saldo de deuda pública externa en 2008 estimado en cerca de US\$ 50.000 mm que se aprecia podría alcanzar US\$ 141.000 mm para finales de 2020. Si bien el incremento en niveles absolutos es notable, lo es aún más si se relaciona el saldo de la deuda con el monto de las exportaciones, un indicador usual del peso relativo del endeudamiento para una economía. En este sentido, mientras que en 2008 el saldo de la deuda pública externa representaba el 53% de los ingresos por exportaciones, para finales de 2020 se estima que podría significar cerca de 1.900%. Con base en esta última cifra, Venezuela es, sin duda, la economía relativamente más endeudada, no sólo de Latinoamérica sino del mundo¹².
- *Caída de la producción petrolera* que según la OPEP ha registrado un descenso de 86% al haber pasado de una producción de 2.776.000 b/d en septiembre 2014 a 367.000 b/d en octubre 2020¹³. En lo que respecta a la gasolina, en algunas oportunidades se ha logrado alcanzar últimamente un máximo de 60.000 b/d, a pesar de que el mercado interno consume entre 100.000 y 120.000 b/d, tras la drástica disminución del parque automotor nacional. El déficit ha tenido que ser cubierto con combustible importado, quedando generalmente desabastecida buena parte del interior del país.

Si bien estos indicadores son contundentes, la crisis venezolana no puede medirse únicamente con base en ellos, en tanto también es necesario referirla a los índices sociales e institucionales. Al respecto puede decirse que:

- El sistema eléctrico se encuentra hoy día en una crisis estructural nunca vista en la historia del país, habiéndose registrado una contracción de 35% entre 2013 y 2020¹⁴.

¹² Informe de Coyuntura de septiembre del Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la UCAB dirigido por Luis Zambrano Sequín, p. 16.

¹³ https://www.opec.org/opec_web/en/publications/337.htm

¹⁴ <https://www.voanoticias.com/venezuela/colapso-electrico-en-venezuela-un-ingrediente-mas-de-la-profunda-crisis>

- En los últimos años se ha exacerbado la escasez de agua. En este sentido, el Observatorio Venezolano de Servicios Públicos realizó una encuesta en la que tan solo un 23% de las familias venezolanas afirmó recibir agua potable siempre. Se calcula que en los últimos 20 años han sido gastados cerca de USD 10.000 millones en obras fracasadas para mejorar el servicio¹⁵. Hoy día, solo funciona alrededor de 55% de la capacidad instalada de la infraestructura del sistema. Afirma José Norberto Bausson, expresidente de Hidrocapital, que en 1999 era posible repartir 140.000 litros por segundo de agua potable, teniendo el 82% de la población acceso a agua continua y de buena calidad. Hoy, esto se reduce a entre 18% y 20% de los venezolanos.¹⁶
- El costo de la canasta básica para julio de 2020 rondaba los USD 202, siendo inaccesible para la mayoría de los venezolanos cuyo salario mínimo mensual era en ese momento de US\$ 1,95¹⁷.
- El sistema de salud del país se encuentra, en gran parte, inoperativo. Las estadísticas muestran escasez de medicinas básicas, y suministros médicos. Asimismo, alrededor del 79% de los centros de salud no tienen agua potable.¹⁸
- El Fondo Monetario Internacional proyectaba una tasa de desempleo de 47.9% para Venezuela en 2020 (sin tomar en cuenta el impacto del COVID19), tomando en cuenta que en 2019 dicha tasa fue de 44.3%.¹⁹

¹⁵ elcomercio.com. “La escasez de agua, otra cara de la crisis en Venezuela”. 28 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/escasez-agua-crisis-venezuela-economia.html>.

¹⁶ *Prodavinci*, “Por qué no hay agua en Venezuela”, 8 de abril de 2019. Disponible en: <http://factor.prodavinci.com/porquenoahayaguaencaracas/index.html> y “Vivir sin agua”, 21 de marzo de 2018. Disponible en: <http://factor.prodavinci.com/vivirsinagua/>

¹⁷ Centro de Documentación y Análisis para los Trabajadores (CENDA), “Resumen del mes CAT y CBT”, s/f, Disponible en: <http://cenda.org.ve/noticias.asp>

¹⁸ CNN en español, “El sistema de salud de Venezuela está en peores condiciones de lo que se cree, según encuesta”. 28 de marzo de 2018. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2018/03/28/el-sistema-de-salud-de-venezuela-esta-en-peores-condiciones-de-lo-que-se-cree-segun-encuesta/>

¹⁹ Crónica uno, “FMI prevé tasa de desempleo en Venezuela de 47.9% para 2020”. 9 de abril de 2019. Disponible en: [https://cronica.uno/fmi-preve-tasa-de-desempleo-en-venezuela-de-479-para-2020/#:~:text=El%20Fondo%20Monetario%20Internacional%20\(FMI,ubican%20en%2044%2C3%20%25.&text=El%20organismo%20calcula%20que%20en%202019%20y%202020%20la%20inflaci%C3%B3n,cierre%20en%2010.000.000%20%25.>](https://cronica.uno/fmi-preve-tasa-de-desempleo-en-venezuela-de-479-para-2020/#:~:text=El%20Fondo%20Monetario%20Internacional%20(FMI,ubican%20en%2044%2C3%20%25.&text=El%20organismo%20calcula%20que%20en%202019%20y%202020%20la%20inflaci%C3%B3n,cierre%20en%2010.000.000%20%25.>)

Resultan alarmantes los niveles de insatisfacción y violación de los derechos socioeconómicos de la población venezolana atribuibles a las gestiones gubernamentales del periodo comprendido entre 1999 y 2020, que han conducido al reconocimiento por parte de organizaciones nacionales e internacionales (OEA, ONU, etc.) de la configuración de una crisis humanitaria en el país, que aunada a la falta de legitimidad de origen y de desempeño del gobierno de turno, han conducido a que un importante sector califique al Estado venezolano de “fallido”.

En el ámbito institucional, las constantes violaciones a los principios rectores del Estado democrático, social de Derecho y de Justicia que comenzaron con la convocatoria a la ANC de 1999 y cuya más reciente muestra la representa precisamente la Ley Antibloqueo que aquí nos ocupa, son las principales responsables de aquellos resultados económicos, sociales e institucionales que, no son peores o no llegaron antes a esos niveles, gracias a circunstancias ajenas a la gestión gubernamental, entre otras, el comportamiento del mercado petrolero entre los años 2008 y 2014²⁰, aunque los conductores de la Revolución Chavista en sus delirios pretendan atribuírselo como una victoria de la política impulsada en la materia por el para entonces Presidente de la República Bolivariana de Venezuela.

Independientemente del impacto que en la economía nacional han tenido las denominadas por la Ley Antibloqueo, “Medidas Coercitivas Unilaterales”, dentro de las cuales destacan las Órdenes Ejecutivas (Sanciones) dictadas por Barack Obama (2015) y Donald Trump (2018), debe recalcar que la caótica situación por la que atraviesa Venezuela es fundamentalmente consecuencia de las nefastas gestiones gubernamentales de Nicolás Maduro Moros y Hugo Rafael Chávez Frías.

²⁰ En 2003, la Guerra de Irak unida a la demanda de los países asiáticos hizo que el precio de barril de petróleo volviera a aumentar. Lo propio ocurre en 2006, producto del conflicto en el Medio Oriente, específicamente entre Israel y la Milicia Chiita Libanesa Hezbulá. Brasil, Rusia, China e India, a lo largo de la primera década de los años 2000, son los principales demandantes de crudo, haciendo que a lo largo de esos años el precio de dicho recurso se mantuviera en alza. En el año 2008, el precio del barril alcanza su récord histórico de US\$ 147/b, producto de la fuerte demanda de China y del enfrentamiento entre EE.UU. e Irak; sin embargo, luego se registra una estrepitosa baja que lo llevó ese mismo año a US\$ 31/b, producto de la caída en la demanda.

Frente al estado calamitoso que viene registrando Venezuela desde hace varios años, el Poder Público Nacional ha recurrido a diversas herramientas previstas en el ordenamiento jurídico, que vale observar han sido instrumentadas de manera abusiva e irregular, al punto de haberse convertido en inconstitucionales, entre ellas, leyes habilitantes, declaratorias de Estado de Excepción e instalación de una ANC.

En ese contexto, la última de las invenciones a las que ha echado mano el Poder Público Nacional es la Ley Antibloqueo que, en lo económico, según se desprende de su artículo 5, persigue los siguientes objetivos:

- Generar fuentes de trabajo (Arts. 87 -93 CRBV)
- Incrementar el Valor Agregado Nacional (Art. 299 CRBV)
- Elevar el nivel de vida de la población (Art. 299 CRBV)
- Fortalecer la soberanía económica y tecnológica del país (Art. 299 CRBV)
- Alcanzar la plena soberanía sobre las riquezas naturales (Arts. 113 y 302 CRBV)
- Proteger los derechos, intereses y patrimonios de la República y de terceros, incluidos los de otros Estados que invierten en el país (Arts. 299 y 301 CRBV).

Más allá de la letra expresa de la Ley Antibloqueo, de los mensajes implícitos que ella encierra y de algunas señales que comienzan a revelarse en declaraciones de ciertos voceros oficialistas, puede especularse que en el ámbito económico el Poder Público Nacional recurrirá a políticas de privatización, entendida ésta en su acepción amplia, con miras a lograr la desestatización (disminución del intervencionismo), desnacionalización (desprendimiento de bienes, servicios y actividades) y despublicalización (liberación o flexibilización de reservas) de sectores estratégicos.

En este ámbito resulta evidente la intención que tiene el Poder Público Nacional de tomar acciones respecto de una serie de sectores económicos que fueron objeto de reserva por parte del Estado o en los que la República adquirió empresas o bienes por compra, expropiación o a través de vías de hecho.

Dentro del primer grupo encontramos a los sectores petrolero, minero estratégico (oro, coltán, diamantes), petroquímico y eléctrico, entre muchos otros. En el segundo grupo, es decir, sectores cuyas empresas más representativas fueron “adquiridas” por el Estado, pero en los que no media reserva, encontramos casos como los de las empresas cementeras, agrícolas y bancarias, por tan solo mencionar unas pocas.

En rueda de prensa internacional organizada por la Presidencia de la República el día 28 de octubre de 2020, ante la pregunta formulada por un periodista extranjero acerca de los planes de inversión que se llevarían a cabo en Venezuela en el marco de la comentada actuación de la ANC, Nicolás Maduro afirmó: **“Con la Ley Antibloqueo podemos hacer todo”**. Ese “todo” al que con arrogancia se refirió el Primer Mandatario Nacional, encierra la idea de que la recuperación de la economía nacional depende de la liberación del Poder Público Nacional del ordenamiento jurídico vigente, como si el ordenamiento jurídico fuera un obstáculo para lograrla. Pareciera entonces que hemos retrocedido, en poco más de dos décadas, hasta el Estado Absoluto del que nos separan más de dos siglos.

Lo que no pareciera terminar de entender Nicolás Maduro, es que si en algún sector de la vida en sociedad no opera la fuerza bruta que supone el ejercicio desmedido del poder, ese es el económico. En contrapartida, también debe admitirse que, siempre habrá quienes estén dispuestos a incursionar en semejante aventura, “pescando en río revuelto”. Frente a una decisión de ese tipo, vale simplemente alertar a quienes transiten ese camino que, si al final del recorrido surgen contratiempos no les será posible alegar el “principio de la buena fe”, porque “el juego está cantado” y “nadie puede alegar su propia torpeza”.

Lo que comienza mal, igualmente mal ha de terminar. No serán un acto normativo, inválido y una gestión de gobierno arbitraria, los que logren encauzar la economía, mucho menos, aplicando la misma receta que la condujo al abismo.

Antes de proceder a efectuar algunos comentarios concretos en torno a las medidas que en el ámbito de los hidrocarburos líquidos pudiera tener en mente adoptar el Poder Público Nacional con base en la Ley Antibloqueo, debe advertirse que el 6 de diciembre de 2020 (6D2020) tendrá lugar un proceso eleccionario dirigido a la conformación de la

AN para el período 2021-2026. Con la celebración de esas elecciones el Oficialismo aspira zanjar la problemática que ha venido confrontando desde el 5 de enero de 2016 cuando dejó de contar con la mayoría parlamentaria, frente a lo cual no encontró otra alternativa que instrumentar la estratagema del llamado “Fraude del Estado Amazonas” y la subsiguiente declaratoria del “Desacato” por parte del órgano legislativo. No obstante que se da por descartado el triunfo del partido de gobierno ante la decisión adoptada por la mayoría democrática opositora de no participar en dicho evento electoral, la consecución del objetivo trazado por el Ejecutivo Nacional pudiera verse obstaculizada dada la postura asumida por la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Unión Europea (UE) de desconocer ese proceso por considerarlo contrario a las reglas democráticas universalmente aceptadas²¹. En esa materia y muchas otras, habrá que ver cuál será la posición del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica bajo la administración de Joe Biden, más allá que Donald Trump ya se había pronunciado en el sentido de no reconocer a la nueva AN. En todo caso, el 5 de enero de 2021, con seguridad se instalará una AN con mayoría calificada oficialista que legislará al margen de las reacciones externas que se produzcan, sin que haya un Poder Judicial que controle la validez de sus actos.

Para terminar de visualizar el campo de actuación en el que se desenvolverá el Poder Público Nacional en lo sucesivo, es adicionalmente necesario referirse nuevamente a la Disposición Transitoria Primera de la Ley Antibloqueo, conforme a la cual, ese instrumento coexiste con el decreto que establece el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio nacional, aunque siempre privando en caso

²¹ Unión Europea (UE), “*Venezuela: Comunicado de prensa sobre el diálogo de la UE con las partes interesadas en Caracas (traducción no oficial)*”, 30 de septiembre, 2020. Disponible en: <https://eeas.europa.eu/delegations/venezuela/86155/venezuela-comunicado-de-prensa-sobre-el-di%C3%A1logo-de-la-ue-con-las-partes-interesadas-en-caracas_es> y Organización de Estados Americanos (OEA) “*Nota de la misión permanente de Colombia mediante la cual adjunta el proyecto de resolución ‘La carencia de condiciones democráticas mínimas, para garantizar elecciones libres, justas y transparentes en la República Bolivariana de Venezuela’ con el copatrocinio de Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela*”, 19 de octubre, 2020. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/481061946/Resolucion-Venezuela#from_embed>.

de conflicto o de que la normativa derivada de este último represente un obstáculo.

En otras palabras, pareciera que el Poder Público Nacional, según lo requiera, pretende actuar en lo sucesivo con base en: i) Ley Antibloqueo; ii) Decreto que acuerda el Estado de Excepción y de Emergencia Económica; iii) normas de rango legal y sublegal integradoras del ordenamiento jurídico ordinario vigente; iv) Leyes sancionadas por la AN; v) Decretos-Leyes dictados con base en leyes habilitantes que con seguridad sancionará la AN a favor del Presidente de la República, todo sin perjuicio de lo previsto en el Texto Fundamental, al que mencionamos en último lugar intencionalmente, porque a ese puesto pareciera pretender relegarsele.

En ese contexto, la Ley Antibloqueo lejos de contribuir a crear un escenario signado por la claridad, transparencia y seguridad jurídica, tan necesarias para que la economía del país se encauce, abonará la discrecionalidad y arbitrariedad, todo a la sombra del secretismo y la falta de discusión, lo que agravará aún más la crisis económica, social e institucional que tanto agobia a los venezolanos.

B) Posibles actuaciones del Poder Público Nacional

Varias son las acciones con directa incidencia en el ejercicio de actividades económicas que pudieran ser adoptadas por el Poder Público Nacional conforme a la letra del Capítulo II de la Ley Antibloqueo, unas, dirigidas a generar ingresos públicos, otras, enrumadas a la mejora de los niveles de satisfacción de los derechos fundamentales de la población venezolana y, según algunos, todas, enfocadas a lograr la permanencia del régimen.

Entre esas posibles acciones vale mencionar las siguientes:

- Inaplicación de normas de rango legal o sublegal que resulten contraproducentes para enfrentar los efectos producidos por las “medidas coercitivas unilaterales”
- Implementación de mecanismos financieros a gran escala que permitan restituir progresivamente el valor de las prestaciones sociales, beneficios acumulados y ahorros obtenidos por los trabajadores

- Celebración de actos y negocios requeridos para revertir e impedir la inmovilización de activos
- Reorganización de entes descentralizados con fines empresariales, dentro y fuera del país
- Modificación de los mecanismos de constitución, gestión, administración y participación del Estado en determinadas empresas públicas o mixtas en el territorio nacional o en el exterior
- Implementación de operaciones a nivel nacional e internacional dirigidas a mejorar la administración de pasivos y activos
- Diseño e implantación de mecanismos excepcionales de contratación, compra y pago de bienes y servicios, preferentemente de producción nacional
- Impulso a la inversión privada nacional y extranjera
- Incorporación al desarrollo nacional de todo activo en poder del Estado producto de procesos administrativos o judiciales
- Protección de sectores estratégicos
- Levantamiento de restricciones en la comercialización de ciertos bienes
- Estímulo a la iniciativa social.

Dada la magnitud de las referidas medidas y a los términos de su previsión en la Ley Antibloqueo, a efectos del presente análisis nos centraremos únicamente en el examen de su impacto en el sector de los hidrocarburos líquidos.

B.1. Restructuración de los esquemas de participación privada en el ejercicio de las actividades primarias

La Ley Antibloqueo alude en su artículo 25 a la facultad que se confiere al Ejecutivo Nacional para adoptar mecanismos dirigidos a la organización y reorganización de los entes descentralizados con fines empresariales, dentro y fuera del país. Tales medidas han de ir dirigidas a la modernización y mejora de los mecanismos de constitución, gestión, administración, funcionamiento y participación del Estado en ese tipo de entidad, todo ello, **sin perjuicio de lo previsto en la CRBV.**

En virtud de las características del sector petrolero nacional y lo que representa para el país²², no cabe duda, que respecto de él actuará prioritariamente el Poder Público Nacional con base en el instrumento en comentario o por cualquier otra de las vías que están a su disposición (AN/Estado de Emergencia/Ley Habilitante).

El proyecto de Ley Antibloqueo presentado por Nicolas Maduro Moros a la ANC en octubre de 2020 era explícito en lo que respecta al sector petrolero, al punto que dedicaba tres artículos a esa materia. Independientemente de que esas normas fueron suprimidas del texto finalmente aprobado por la ANC, su esencia quedó igualmente plasmada en su artículo 25.

En materia petrolera, resulta evidente la intención que tiene el Poder Público Nacional de modificar la modalidad bajo la cual actualmente participa el sector privado en el ejercicio de las actividades reservadas, reconocida como una de las causas de la debacle de la Industria Petrolera Nacional (IPN) que actualmente ni siquiera es capaz de cubrir la demanda interna de combustibles líquidos y ha retrocedido en sus niveles de producción de crudo a los años cuarenta del siglo pasado.

Muestra adicional de que sobre ese sector actuará el Poder Público Nacional la representa la intervención del actual presidente de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), Asdrúbal Chávez en reunión celebrada con la Cámara Petrolera Venezolana (CPV), en la que informó sobre los planes que existían en ese sentido y frente a lo cual pareciera haber encontrado receptividad entre sus interlocutores²³.

²² Hace una década la exportación de petróleo y sus derivados representaba 90.000 millones de dólares para la República. En 2020 cuando mucho generará 2.300 millones de dólares para el Tesoro Nacional. En: <https://www.nytimes.com/es/2020/10/07/espanol/america-latina/venezuela-petroleo-maduro.html>

²³ Declaración de presidente de la CPV, Reinaldo Quintero: “Tenemos que coexistir y llegar a un acuerdo nacional y poner por delante los temas económicos y operativos que afectan a la mayoría de la población. Estamos trabajando en la rehabilitación de la industria y para eso partimos de que ambos sectores políticos (Gobierno y oposición) tienen propuestas parecidas como no limitar la participación de privados, permitir la comercialización de productos por parte de privados, gobernabilidad y repago”. <http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/presidente-de-pdvsa-propuso-la-cpv-apertura-en-empresas-mixtas-e-importaci%C3%B3n-de>

B.1.1. Variación en la composición accionarial de las empresas mixtas

Desde hace varios años diversos sectores del mundo petrolero nacional han venido planteando la urgente necesidad de flexibilizar el régimen de las llamadas empresas mixtas previsto en el artículo 22 de la vigente LOH de 2006, en las que el Estado, de manera directa o indirecta, ha de mantener una participación accionarial superior al 50%, así como permitir el ejercicio de actividades primarias a través de entes totalmente privados, mediante opciones contractuales que no impliquen asociación con el Estado, a través de la figura de la concesión.

Cualesquiera sean los planes que en ese sentido tenga en mente el Poder Público Nacional, partiendo del “respeto que se debe a la CRBV²⁴” al que alude en varias oportunidades la propia Ley Antibloqueo, ha de tenerse en cuenta que en materia de hidrocarburos líquidos media una reserva de rango constitucional (Art. 302) que debe ser instrumentada mediante ley orgánica. En ella puede darse cabida a la participación privada, tanto por la vía contractual asociativa, en la que el Estado tenga cualquier nivel de participación accionarial, como por la vía contractual no asociativa (concesiones). Independientemente de la modalidad que adopte el legislador respecto de la reserva, en ella siempre ha de intervenir PDVSA o el ente corporativo que la sustituya bajo la exclusiva propiedad de la República²⁵.

En virtud de que la puesta en práctica de este tipo de medidas exige la intervención de la AN, quien ha de sancionar una ley orgánica a esos efectos, nos preguntamos **¿Cómo pretende actuar a esos fines el Ejecutivo Nacional con base en la Ley Antibloqueo, sin quebrantar adicionalmente al Texto Fundamental?**

Se trata de una materia sujeta al Principio de Reserva de Ley, respecto de la cual debe tenerse presente, sin embargo, el precedente de

²⁴ Artículo 7.- La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder público están sujetos a esta Constitución.

²⁵ Sobre este tema sugerimos la lectura del artículo “Relanzamiento de la Actividad Energética en Venezuela. Primera Entrega. Modalidades de Participación del Sector Privado en las Actividades Primarias. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 160.

haber sido regulada en el pasado a través de un Decreto-Ley (2006). Si bien ha sido objeto de polémica el que respecto de este tipo de materia pueda mediar habilitación o tratamiento a través de decretos en el marco de un Estado de Excepción, lo que si pareciera claro es que los principios democráticos que encierra la condición impuesta por el artículo 302 de la CRBV al condicionar la regulación de una materia tan importante como la petrolera a la sanción de una ley orgánica, no podría considerarse válidamente satisfecha mediante una actuación del Presidente de la República fundamentada en una supuesta “Ley Constitucional Antibloqueo”, no prevista en nuestro Texto Fundamental y dictada por una ANC ilegítima en su origen y desempeño.

La sujeción constitucional de determinadas materias al Principio de Reserva Legal supone una decisión por parte del constituyente de considerar ciertos temas de especial relevancia debiendo ser únicamente regulados por el Poder Legislativo. De esa forma el órgano electo popularmente en el que está representada la población (mayorías y minorías), queda a cargo de la sanción del instrumento legal correspondiente, además, sujetándolo a un procedimiento que garantiza la discusión y la consulta, es decir, el pleno ejercicio de la democracia, no sólo representativa, sino también, participativa.

Tal premisa no sólo aplica respecto de lo previsto en el artículo 302 de la Carta Magna, sino también de lo contemplado en su artículo 112, según el cual, la garantía de la libertad económica no es absoluta pudiendo ser objeto de las limitaciones establecidas por **las leyes**, por razones de desarrollo humano, seguridad, protección del ambiente u otras de interés social.

Pese a la mala redacción del artículo 21 de la Ley Antibloqueo, de él pareciera desprenderse que su propósito no es otro que el de permitir al Ejecutivo Nacional “inaplicar” normas, entre ellas, las que condicionan sus actuaciones a la previa autorización de la AN. Al respecto vale preguntarse si la pretensión de la ANC de que el Ejecutivo Nacional desaplique normas de rango legal abarca también a las dictadas por mandato constitucional, como ocurre precisamente en el caso que aquí nos ocupa.

Si el artículo 302 de la CRBV ordena que la reserva petrolera sea desarrollada por una ley que, además debe ser orgánica, no es posible,

aun en el supuesto de que se aceptara la figura de la “inaplicación” que, tras el ejercicio de esa facultad, el vacío dejado sea llenado por una prescripción de rango sublegal. Ello supondría una clara violación del referido mandato constitucional que conduciría a la nulidad de lo actuado, tal como lo prevé el artículo 138²⁶ del Texto Fundamental.

Por más que la Ley Antibloqueo faculte al Ejecutivo Nacional a “inaplicar” leyes, incluidas las orgánicas, con lo que se pretendería obviar el extremo previsto en el artículo 22 de la LOH en virtud del cual el Estado debe contar con una participación mayor al 50% de las acciones de las empresas mixtas, el vacío que ello dejaría únicamente podría ser llenado por otra ley orgánica que debería ser sancionada por una AN legítimamente electa y posteriormente promulgada por un Presidente de la República, igualmente electo de manera legítima.

De inaplicar el Presidente de la República el artículo 22 de la LOH (inaplicación de primer grado) y dictar un acto que permita una participación estatal distinta a la expresamente prevista, estaría incurriendo en un claro caso de usurpación de funciones, evidentemente inconstitucional y nulo, que se vería reforzado con la inaplicación que, adicionalmente supondría del artículo 302 constitucional (inaplicación de segunda grado).

Ante la mácula que impondría tal proceder en una materia tan sensible como la petrolera, pudiera pensarse que el Ejecutivo Nacional actuara más bien a través de la AN que resulte electa el 6D2020, con lo cual eliminaría buena parte de los problemas que suscitaría el operar con base en la Ley Antibloqueo. En ese hipotético escenario, quedaría pendiente, sin embargo, medir el impacto que tendría en ese acto legal a ser dictado, la ilegitimidad que atribuirá buena parte del mundo democrático al cuerpo parlamentario resultante de tan cuestionable proceso electoral, al que valga señalar, pertenecen los inversionistas más atractivos en un mundo tan especializado como el petrolero.

Un tercer escenario que pudiera presentarse respecto del tema aquí tratado es que la AN electa el 6D 2020 habilite al Presidente de la República a legislar y que con base en ello, como ocurrió en 2006, Nicolás Maduro Moros reforme la LOH o dicte una nueva LOH. En ese caso, a

²⁶ Artículo 138.- Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.

pesar del antecedente de 2006, tal proceder pudiera considerarse violatorio del artículo 302 constitucional por contrariar la “Reserva de Ley” en él consagrada, lo que, aunado a la ilegitimidad de esa AN, mantendría un margen de inseguridad jurídica de considerable magnitud.

La opción que tiene el Ejecutivo Nacional de continuar regulando materias sujetas al Principio de Reserva de Ley mediante decretos dictados con base en la declaratoria de Estados de Emergencia Económica, por períodos que exceden groseramente los límites establecidos en el artículo 338 de la CRBV (60 días prorrogable por otro tanto con la aprobación de la AN), sería también cuestionable, lo que conduce nuevamente a un escenario incierto desde el punto de vista jurídico.

Más allá de la inaplicación del artículo 22 de la LOH, sería necesario, además, que el Ejecutivo Nacional “inaplicara” el artículo 33 eiusdem, según el cual, la constitución de empresas mixtas y las condiciones que regirán la realización de las actividades primarias, requerirán la **aprobación previa de la AN**.

Es precisamente de ese rol contralor de la AN del que pretende liberarse el Ejecutivo Nacional, para lo cual la Ley Antibloqueo incluyó el artículo 21²⁷.

Ha sido tradicionalmente considerado que, especialmente en el marco de una reserva de actividad a favor del Estado, contratos del tipo de los de asociación califican como de interés público nacional, por lo que la LOH, como también lo hizo en su momento la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (LOREICH), supedita su celebración a la aprobación previa de la AN conforme lo dispone el artículo 150²⁸ de la CRBV.

De la norma antes mencionada puede observarse cómo la actuación de la AN no se limita a legislar, sino que también juega un importante papel, junto con otros órganos contralores del Poder Público Nacional, en el resguardo del interés público en referencia a los actos del Ejecutivo Nacional.

²⁷ Artículo 21 (...). En ningún caso podrá inaplicarse normas relativas al ejercicio de derechos humanos, ni aquellas relativas a la división del Poder Público que no correspondan a potestades aprobatorias o autorizatorias.

²⁸ Artículo 150.- La celebración de los contratos de interés público nacional requerirán la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley.

En cuanto a la autorización legislativa, comenta Allan Brewer Carías que la misma tiene por función evitar la adopción de medidas de interés general y vital para la nación sin la intervención del Poder Legislativo. Dicha autorización, previa a la conclusión del contrato, se verifica a través de acuerdos, vale decir, actos emanados de la Asamblea Nacional en sesión plena, que habilitan a la administración para ejercer el poder jurídico de contratar. El referido autor considera que se trata de actos legislativos en su fondo y en su forma, dictados a instancia de la administración pública y que pueden contener determinaciones sobre las oportunidades, formas y condiciones para que la Administración contrate²⁹.

Es importante, sin embargo, tener en cuenta que el artículo 150 de la CRBV deja en manos del legislador el exigir si un contrato de interés público nacional requiere o no de autorización previa para ser celebrado. Es decir, que, aun tratándose de contratos de ese tipo, si el legislador no condiciona su celebración al referido control parlamentario, estos pueden celebrarse válidamente sin intervención de la AN.

En un caso como el planteado, si con base en la Ley Antibloqueo se “inaplicara” el artículo 33 (inaplicación de primer grado), no sería necesario inaplicar el artículo 150 de la CRBV, aun cuando en el fondo se estaría atentando contra su espíritu, propósito y razón de ser.

B.1.2. Cabida a convenios no asociativos (concesiones)

Hemos venido sosteniendo en otros estudios que los términos en que fue consagrada constitucionalmente la reserva de actividades relativas a los hidrocarburos líquidos en los artículos 302 y 303 de la CRBV, permiten la celebración de contratos no asociativos entre el Estado y los particulares, en virtud de los cuales estos últimos puedan ejercer actividades primarias.

En caso de que el Ejecutivo Nacional con base en la Ley Antibloqueo pretenda instrumentar esa opción, tendría que inaplicar la LOH,

²⁹ Allan Brewer-Carías; *Contratos administrativos en procedimiento parlamentario para la aprobación de contratos de interés nacional*. Imprenta del Congreso de la República, Caracas, 1973, pp. 80-89.

por cuanto ella no está prevista en su texto. El dictar una nueva normativa que la regule a través de un acto distinto de una ley orgánica, conduciría al mismo escenario antes planteado de violación del artículo 302 de la CRBV, lo que estaría viciado de nulidad absoluta conforme al artículo 138 eiusdem.

B.2. Comercialización de combustibles líquidos

De acuerdo con el artículo 31 de la Ley Antibloqueo, cuando resulte necesario proteger sectores productivos fundamentales del país y a los actores que en ellos participan, se autoriza el levantamiento de restricciones a la comercialización de determinadas categorías de sujetos en actividades estratégicas de la economía nacional.

En ese contexto y teniendo en cuenta la crisis que viene registrando el país desde hace algún tiempo en lo que respecta a la producción y, por ende, suministro de combustibles líquidos (gasolina, gasoil y diesel, etc.), otra de las medidas que se comenta pudiera adoptar el Ejecutivo Nacional es la de permitirle a los particulares la importación, distribución y expendio de tales productos.

Al respecto lo primero que debe tenerse presente es que en nuestra opinión la reserva de la actividad petrolera consagrada en el artículo 302 constitucional no abarca el comercio interno y externo de derivados de los hidrocarburos líquidos. Así lo asumió el legislador al desarrollar la materia en la LOH al señalar que el comercio interior y exterior de productos derivados de hidrocarburos líquidos puede ser llevado a cabo por particulares previo permiso expedido por el ministerio competente, salvo el que tenga por objeto productos y derivados que el Ejecutivo Nacional haya señalado vía decreto de exclusiva comercialización por empresas de total propiedad de PDVSA (arts. 56 al 58 LOH).

Dos años después de dictada la LOH de 2006, fue sancionada la Ley Orgánica de Reordenamiento del Mercado Interno de los Combustibles Líquidos (LORMICL), publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.019 del 18 de septiembre de 2008, en virtud de la cual se reservó al Estado la actividad de intermediación para el suministro de combustibles líquidos, realizada por PDVSA, sus filiales y los establecimientos dedicados a su expendio.

En la LORMICL, se reservan también las actividades de transporte terrestre, acuático y de cabotaje de combustibles líquidos. Como consecuencia de tal medida fueron declarados de utilidad pública y de interés social, los bienes, obras, trabajos y servicios que fueren necesarios o complementarios para realizar dichas actividades.

Si bien en 2008 estaba previsto que todos esos bienes fueran adquiridos por el Estado previo el pago de su valor a sus propietarios, se le facultó a ocuparlos, mientras esas negociaciones se llevaban a cabo. Hasta donde tenemos entendido, en la gran mayoría de los casos tales pagos no han tenido lugar aún.

Es importante reiterar que esta reserva, a diferencia de la relativa a las actividades primarias, no es de origen constitucional, sino legal, aun cuando instrumentada igualmente con base en la competencia que a tales fines se confiere a la AN en el artículo 302 del Texto Fundamental, a ser ejercida mediante ley orgánica, de allí pues que resulten aplicables respecto de ella los mismos argumentos expuestos en cuanto a la inaplicación de normas legales e incluso constitucionales.

A efectos del presente análisis, el tema de la distribución y expendio de combustibles puede dividirse en tres grandes bloques la importación, el expendió interno y la exportación.

B.2.1. Importación de combustibles líquidos

Podría decirse que es casi inexistente la normativa reguladora de la importación de gasolina a Venezuela por parte de particulares. Ello es hasta cierto punto lógico, pues bajo el modelo tradicionalmente adoptado en materia petrolera resultaba totalmente imprevisible un escenario de desabastecimiento como el que actualmente confronta el país.

De acuerdo con el artículo 56 de la LOH las actividades de comercialización comprenden el comercio interior y el exterior, de productos y derivados de los hidrocarburos naturales.

Salvo los productos y derivados señalados mediante decreto por el Ejecutivo Nacional, todos los demás pueden ser comercializados por empresas con participación pública y privada en cualquier proporción y por empresas privadas (Art. 58 LOH).

La importación de combustibles supone una operación aduanera que, al igual que su exportación, debería considerarse incluida dentro

de la noción de comercio exterior, por ende, al margen de la LORMICL que, como su nombre indica, regula únicamente el comercio interno de ese tipo de productos. Siendo ello así, el tratamiento de la importación de combustibles líquidos se limita a lo previsto en la LOH, tal como pareciera haberlo entendido el Ejecutivo Nacional cuando dictó el Decreto N° 4.220 publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 41.890 del 29 de mayo de 2020 mediante el cual exoneró de todas las tasas los combustibles derivados de los hidrocarburos y los aditivos necesarios para mejorar la calidad de la gasolina. La exención también aplica a las compras externas y ventas en el mercado interno hechas por PDVSA, “realizadas por el Estado directamente, o por empresas de su exclusiva propiedad, o por empresas mixtas con participación del capital estatal y privado en cualquier proporción **y por empresas privadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos**”.

Asume pues el Ejecutivo Nacional, que es perfectamente posible para los particulares importar combustible al país, lo cual luce consistente con lo previsto en la LOH.

Si bien pareciera posible que los particulares importen combustibles líquidos, previo el cumplimiento de los extremos que establezca el Ejecutivo Nacional, cosa distinta es que las sanciones impuestas por los EE.UU. y la Unión Europea permita el ejercicio de dicha actividad sin contratiempos³⁰.

De superarse exitosamente aquellos obstáculos, una vez el combustible ingrese al territorio nacional, su desembarco, almacenamiento y distribución hasta las estaciones de servicios, ameritará de infraestructura especializada y de unos medios actualmente en manos de PDVSA.

³⁰ En declaraciones del constituyente Julio García Zerpa: «Hemos tenido que enfrentar situaciones de facto al tener que traer gasolina» afirmó, al consultarlo por la importación de gasolina en el Zulia por parte de privados, lo cual no está contemplado en la Ley de Hidrocarburos. Dijo que la confidencialidad de la Ley Antibloqueo busca garantizar la reserva de los acuerdos entre el sector privado y el gobierno para evitar que los empresarios sean sancionados. Julio García Zerpa, Constituyente, admitió que el gobierno ha tenido que hasta caer en piratería para traer gasolina y está garantizado la confidencialidad para empresarios que decidan hacer negocios con el gobierno venezolano. Aseguró que la Ley Antibloqueo está por encima de las leyes orgánicas y por debajo de la Constitución. Disponible en: <<https://www.descifrado.com/2020/10/05/constituyente-garcia-zerpa-admite-el-gobierno-ha-tenido-que-enfrentar-situaciones-de-facto-para-traer-gasolina/>>

Ante esa realidad, quizá lo más sencillo para los importadores sea vender el producto a la estatal petrolera de manera que ella se encargue del resto. En ese caso, se agravará aún más el riesgo de que las sanciones recaigan sobre los actores privados involucrados³¹.

De no venderse el combustible a PDVSA, sería necesario aclarar temas como los siguientes: ¿Cómo se transportará al país?; ¿Cómo se desembarcará el producto?; ¿En qué tanques se almacenará?; ¿A través de qué poliductos se transportará? y; ¿Quién responderá por la seguridad, calidad y conservación del combustible?

B.2.2. Comercio interno de combustibles líquidos

De acuerdo con la LORMICL, la intermediación del suministro de combustibles líquidos realizada entre PDVSA y los establecimientos dedicados a su expendio, corresponde exclusivamente al Estado.

De igual manera se encuentra reservado el transporte terrestre, acuático y de cabotaje de combustibles líquidos.

Tal actividad ha sido calificada como servicio público de primera necesidad, correspondiéndole a PDVSA o a la filial que ella designe efectuar el abanderamiento de los expendios de combustibles líquidos y de las unidades de transporte reservadas.

Como fue indicado estamos ante una reserva dictada con fundamento en el artículo 302 constitucional, aunque distinta a la prevista respecto de las actividades primarias. Independientemente de que no tenga rango constitucional, como hemos señalado, toda reserva amerita para su consagración y regulación de una ley de rango orgánico, razón por la cual tienen plena validez en esta materia los argumentos

³¹ Horacio Medina, ex-gerente de PDVSA indicó al respecto que “Aun sin las sanciones esto sería un desastre. Con las sanciones esto se complica muchísimo más, porque, obviamente, es difícil encontrar quién venda la gasolina a un privado que tiene que presentar una serie de condiciones. Y, segundo, encontrar barcos que estén dispuestos a tomar el riesgo de venir al país, porque el problema está en que esa gasolina viene a Venezuela y el régimen que está sancionado es el de Venezuela”. En este orden de ideas, en junio de este año Estados Unidos sancionó a cuatro compañías marítimas internacionales que transportaron petróleo venezolano entre febrero y marzo. Además de esto, señala Medina que el bajo valor de la gasolina hace que, para que sea rentable su importación, lo mínimo que tendría que importar cada empresa sería 350.000 barriles. *Voz de América*, “¿Es viable la importación privada de gasolina en Venezuela?” 15 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.voanoticias.com/venezuela/es-viable-la-importacion-privada-de-gasolina-en-venezuela>

expresados en cuanto a la imposibilidad de inaplicar por la vía de la Ley Antibloqueo a la LOH, sin quebrantar adicionalmente a los artículos 302, 112 y 299 de la CRBV, así como a las que consagran el Principio de Separación de Poderes en la Carta Magna.

En caso de que se inaplique lo previsto en la LORMICL o ésta sea reformada por la AN, surgen dudas en cuanto a la suficiencia del actual “precio internacional” de la gasolina de US\$ 0,50/1Lt., tomando en cuenta que al expendedor le serán trasladados costos como: precio de adquisición del combustible en el exterior, flete internacional, descarga, almacenamiento y traslado, entre otros. ¿Será acaso posible manejar el mercado interno en ese escenario con base en un precio fijo, cuando aquellos costos variarán constantemente?; o ¿Tendrá que seguir asumiendo el Estado un margen de subsidio para mantenerlo estable?

Un aspecto adicional de especial relevancia en este campo es el relativo al estatus en que actualmente se encuentra la titularidad de los inmuebles (estaciones de servicios) y vehículos de carga cuya posesión tomó el Estado hace doce años y que a la fecha no han sido pagados a sus propietarios originales. ¿Cómo podrá el Ejecutivo Nacional efectuar actos de disposición sobre esos bienes, entre otros, asignarlos a terceros, si respecto de ellos no ha habido adquisición formal por parte del Estado?

B.2.3. Exportación de crudo

De acuerdo con el artículo 57 de la LOH, la comercialización de hidrocarburos en estado natural sólo puede ser llevada a cabo por las empresas a las que se refiere el artículo 27 *eiusdem*, esto es, las de exclusiva propiedad del Estado. De ahí que se obligue a las empresas mixtas a vender los hidrocarburos naturales que produzcan a esas mismas entidades.

Uno de los aspectos del modelo instrumentado con la LOH que los inversionistas privados claman porque sea modificado es precisamente el relativo a la exportación de los hidrocarburos líquidos en estado natural. Para que ello tenga lugar en el marco de la Ley Antibloqueo, el artículo 57 de la LOH tendría que ser inaplicado con todas las consecuencias jurídicas a las que hemos hecho referencia.

La AN a través de una reforma de la LOH pudiera atender tal requerimiento, aun cuando con el efecto negativo que supondría su falta de reconocimiento por buena parte del mundo democrático.

B.3. Actividad de refinación

Los artículos 27 y 29 de la Ley Antibloqueo, en los que se contempla la posibilidad de elaborar e implementar operaciones de administración de activos, así como medidas que estimulen y favorezcan la participación del sector privado en el desarrollo de la economía nacional, pudieran conducirnos a la intención que tiene el Ejecutivo Nacional, según se ha comentado, de dejar en manos de terceros particulares, nacionales o extranjeros, el manejo de las refinerías actualmente existentes en el país³².

A la fecha existen en Venezuela las siguientes refinerías:

- Centro Refinador Paraguaná:
 - Bajo Grande (Zulia) con capacidad para refinar 16 MBD
 - Amuay (Falcón) con capacidad para refinar 635 MBD
 - Cardón (Falcón) con capacidad para refinar 305 MBD
- Refinería de Puerto La Cruz (Anzoátegui) con capacidad para refinar 187 MBD
- Refinería de San Roque (Anzoátegui) con capacidad para refinar 5 MBD
- Refinería El Palito (Carabobo) con capacidad para refinar 140 MBD

De ese potencial refinador que asciende aproximadamente a 1.288MBD, se procesan al día un total de 200 MBD (a octubre de 2020).

Dada los constantes accidentes registrados por esa infraestructura, la falta de mantenimiento y actualización de sus componentes y los ingentes recursos económicos que se requieren para ponerla a producir a su total capacidad, de un tiempo a esta parte han corrido fuertes rumo-

³² Amuay, la mayor refinería de Venezuela, podría pasar a ser manejada por funcionarios del gobierno iraní. La medida formaría parte de un nuevo intento del régimen de Nicolás Maduro para “garantizar combustible para el pueblo”, en medio de una profunda escasez de gasolina, en un país que cuenta con las mayores reservas mundiales de petróleo. En: <https://www.cambio16.com/iran-y-maduro-intentan-reactivar-amuay-la-mayor-refineria-de-venezuela/>

res acerca de la posibilidad de que sean terceros, distintos de las operadoras de PDVSA, quienes se encarguen de tan importante actividad.

Si bien conforme al artículo 10 de la LOH las actividades de destilación, purificación y transformación de los hidrocarburos, es decir, la refinación, no está reservada, pudiendo ser llevada a cabo por particulares a través de licencias expedidas por el ministerio competente, las instalaciones propiedad del Estado que existían para el 2006, sus ampliaciones y modificaciones están reservadas a éste y han sido declaradas de utilidad pública e interés social.

La totalidad de las refinerías que existe en Venezuela son anteriores al año 2006, razón por la cual, pertenecen al Estado venezolano/PDVSA. Ello no impide que puedan celebrarse contratos con particulares dirigidos a su reparación y mejoramiento, así como a su operación. En el primer caso, el producto de esos trabajos siempre pertenecerá a la estatal petrolera. En los supuestos de operación por terceros, pudieran celebrarse convenios de gestión, arrendamiento y mejoramiento (*upgrade*), pero no de venta.

Situación distinta sería la de las refinerías que pretendan ser construidas a partir de este momento, respecto de las cuales la reserva en comentario no aplicaría. En todo caso, conforme al artículo 11 de la LOH, tales proyectos deberán responder a un plan nacional aprobado por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Petróleo y deberán tender a la obtención de combustibles limpios.

De especial importancia resulta también lo previsto en el artículo 15 de la LOH, que a su vez remite al 34.3 *eiusdem*. En virtud de esa norma, las controversias que surjan con ocasión a las licencias para el ejercicio de actividades de refinación otorgadas a particulares, “que no se resuelvan por la vía amistosa, incluido el arbitraje en los casos permitidos por la ley de la materia, serán decididos por los Tribunales de la República de conformidad con las leyes nacionales”. A este tema volveremos más adelante.

En caso de que el Ejecutivo Nacional intentara implementar alguna medida con base en la Ley Antibloqueo, en términos distintos a los previstos en la LOH en materia de refinación, dependiendo de lo que decida hacer (Ej. venta), tendría que “inaplicar” algunas de las disposiciones comentadas, respecto de lo cual damos por reproducidos

nuestros comentarios en cuanto a la invalidez jurídica de tal proceder. En todo caso, estando reservada legalmente únicamente la propiedad de las instalaciones previas a 2006, no habría necesidad de inaplicar el artículo 57 de la LOH respecto de las que pretendan ser construidas en lo sucesivo.

Sin necesidad de echar mano a la Ley Antibloqueo, perfectamente podrían entonces celebrarse contratos de arrendamiento, mejoramiento y operación del parque refinador actual por parte de particulares, por así permitirlo el ordenamiento jurídico ordinario vigente en el país.

B.4. Reincorporación de bienes y servicios conexos

De acuerdo con el artículo 30 de la Ley Antibloqueo, respecto de los activos actualmente bajo la administración o gestión del Estado, producto de medidas administrativas o judiciales, podrán celebrarse “alianzas” con entidades del sector privado o con el Poder Popular organizado con miras a lograr su efectiva incorporación a los procesos productivos.

Vinculando dicha facultad con la materia petrolera, más allá de lo ya comentado respecto del expendio de combustible (gandolas y estaciones de servicios), lo primero que sale a relucir es la Ley Orgánica que Reserva al Estado los Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos (LOREBSCAPH), según la cual, se reservan al Estado, por su carácter estratégico, los bienes y servicios conexos a la realización de las actividades primarias previstas en la LOH, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.173 de fecha 7 de mayo de 2009.

De acuerdo con dicho instrumento las actividades reservadas serían ejecutadas directamente por la República, por PDVSA o por la filial que ésta designara al efecto, o a través de empresas mixtas bajo el control de PDVSA o sus filiales.

Entre los bienes y servicios conexos a la realización de las actividades primarias previstas en la LOH que fueron reservados se encuentran:

1. La inyección de agua, de vapor o de gas, que permita incrementar la energía de los yacimientos y mejorar el factor de recobro.
2. La compresión de gas.

3. Los destinados a las actividades en el lago de Maracaibo: lanchas para el transporte de personal, buzos y mantenimiento; de barcasas con grúa para transporte de materiales, diesel, agua industrial y otros insumos; remolcadores; gabarras planas, boyeras, grúas de ripio, de tendido o reemplazo de tuberías y cables subacuáticos; de mantenimiento de buques en talleres, muelles y diques de cualquier naturaleza.

Establece adicionalmente la ley que los contratos que hayan sido celebrados en las materias objeto de la reserva serán considerados como contratos administrativos, los cuales se extinguirán una vez que el ministerio del poder popular con competencia en materia petrolera lo determine mediante resolución.

Fueron declarados servicios públicos y de interés público y social las obras, bienes y servicios conexos para la realización de actividades primarias de hidrocarburos.

De conformidad con este instrumento, el Ejecutivo Nacional, a través de PDVSA, podía decretar la expropiación, total o parcial de las acciones o bienes de las empresas que realizaban los servicios referidos, de conformidad con lo previsto en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social. El pago sería efectuado con dinero efectivo, títulos valores u obligaciones de personas jurídicas públicas y en ningún caso se tomarían en cuenta ni el lucro cesante ni los daños indirectos para el cálculo de justiprecio, y para la valoración de los bienes se aplicaría el criterio de valor en libro y se deducirían los pasivos laborales y ambientales determinados por las autoridades competentes, si fuere el caso.

De igual forma, importa destacar en cuanto a esta reserva que las resoluciones administrativas del Ministerio de Energía y Petróleo N° 51 (G.O. N°39.174, del 8 de mayo de 2009), N° 54 (G.O N° 39.177 del 13 de mayo de 2009), N° 65 (G.O. N° 39.181, del 19 de mayo de 2009) y N° 67 (G.O N° 39.183, del 21 de mayo de 2009), establecieron los servicios, sectores, bienes y empresas afectados por las medidas de toma de posesión, habiendo pasado al control del Estado a través de PDVSA o de la filial por ésta designada.

PDVSA a través de la filial por ella designada (PDVSA Servicios, S.A./Divisiones Regionales), asumió el inmediato control de las operaciones adelantadas hasta ese momento por las referidas empresas, y tomó posesión de sus instalaciones, documentación, bienes y equipos.

En ese orden, en fecha 20 de mayo de 2009 se dictó la Resolución N° 066 publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.182, del 20 de mayo de 2009, mediante la cual se creó un Comité Estratégico de Ejecución bajo lineamientos del para entonces Ministerio de Energía y Petróleo, con el objeto de “garantizar la continuidad de las operaciones y el traspaso de los bienes y servicios” expropiados. A dicho Comité, integrado única y exclusivamente por empleados de PDVSA, le incumbiría determinar “la forma de operación de los servicios y la modalidad de transferencia de los bienes”.

Ahora bien, tomando en consideración la cláusula de reserva contenida en la LOREBSCAPH, los particulares quedaron excluidos de la realización de las actividades relativas a los servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos, en el entendido de que éstas sólo pueden ser realizadas por la República, PDVSA, la filial que ésta designare al efecto, o por empresas mixtas sometidas al control de PDVSA o de las filiales por ella designadas.

No obstante haberse dictado la LOREBSCAPH, sin hacer alusión a ella como si se tratara de materias independientes, sorprendió la posterior publicación en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 40.845 de fecha 10 de febrero de 2015 del Decreto N° 2.231, mediante el cual se autoriza la creación de la Compañía Anónima Militar de Industrias Mineras, Petrolíferas y de Gas (CAMIMPEG).

A pesar del objeto social de la empresa CAMIMPEG, se adscribe al Ministerio del Poder Popular para la Defensa. Dentro del largo listado de actividades que definen su cometido, vale destacar las siguientes:

- a) Servicios requeridos en el área de rehabilitación y mantenimiento de pozos petroleros
- b) Reparación, mantenimiento y administración de taladros de perforación
- c) Fabricación, reparación y mantenimiento de estaciones de flujo, bombeo y plantas compresoras en áreas terrestres y marinas

- d) Servicios de transporte a nivel nacional e internacional, en las áreas de transporte lacustre, marítimo y terrestre, nacional e internacional, mediante el suministro de lanchas, barcazas, gabarras, etc.
- e) Construcción de obras civiles en general
- f) Asistencia técnica.

A mediados del año 2016 se intentó revertir la reserva en comentarios, en una negociación que adelantaba el entonces exministro de petróleo y expresidente de PDVSA, Eulogio Del Pino, quien en un acto de la CPV aseguró que esta medida había sido un error. Sin embargo, nunca se concretó la devolución de las empresas al sector privado por la crítica que hicieron dirigentes del PSUV como Diosdado Cabello, Elías Jaua y el expresidente de PDVSA, Rafael Ramírez³³.

En julio de 2018, la AN sancionó la Reforma de la LOREBSCAPH, con el fin de rectificar parcialmente la decisión del presidente Chávez del año 2009. Sin embargo, esta normativa no se promulgó en tanto, según decisión del TSJ, la AN se encontraba en desacato al momento de aprobarla³⁴.

Visto lo anterior para permitir la actuación del sector privado en la utilización de esos bienes y en el ejercicio de las actividades reservadas por la LOREBSCAPH, tendría que pasarse por la previa inaplicación de la totalidad de ese instrumento o por su reforma por parte de la AN, con las mismas implicaciones en cuanto a invalidez que hemos venido comentando.

La AN pudiera optar por derogar o reformar a la LOREBSCAPH, con las mismas consecuencias comentadas.

³³ Petroguía, “Parlamento venezolano aprobó devolver a privados empresas de servicios petroleros estatizadas por Chávez”, 12 de julio, 2018. Disponible en: <<http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/parlamento-venezolano-aprob%C3%B3-devolver-privados-empresas-de-servicios-petroleros>>

³⁴ Finanzas Digital, “AN: Sancionada ley que permitirá la participación privada en las actividades de hidrocarburos”, 10 de julio, 2018. Disponible en: <<https://www.finanzasdigital.com/2018/07/an-sancionada-ley-que-permitira-la-participacion-privada-en-las-actividades-de-hidrocarburos/>>

B.5. Impulso a la inversión privada

De acuerdo con el artículo 29 de la Ley Antibloqueo, el Ejecutivo Nacional instrumentará medidas que estimulen la participación del sector privado nacional e internacional en la economía del país.

El artículo 34 *eiusdem*, en función de ese objetivo, contempla la posibilidad de que se acuerden cláusulas de protección de la inversión y de resolución de controversias, a los fines de generar confianza y estabilidad.

Las condiciones mínimas requeridas para que la economía opere apropiadamente, son comunes tanto respecto de la inversión privada nacional como de la extranjera, entre ellas, la seguridad jurídica. El riesgo de invertir en el propio país y más aún en uno ajeno, sujeto a actos dictados por órganos electos y/o que operen de manera ilegítima; manifiestamente contrarios al texto constitucional; expuestos todos a una futura declaratoria de nulidad y a sanciones dictadas por terceros Estados luce, por decir lo menos, temerario, aunque los menos escrupulosos vean en ello, una oportunidad de intentar hacer un negocio, no con miras a contribuir al desarrollo del país, sino a la consolidación de su patrimonio personal.

Respecto al propósito que se desprende del artículo 34 de la Ley Antibloqueo de incluir mecanismos alternativos de resolución de conflictos en los contratos a ser suscritos por la República con inversionistas privados, entre ellos, el arbitraje, lo primero que debe mencionarse es lo previsto en el artículo 151 constitucional en virtud del cual, a los contratos de interés público, **si no fuere improcedente de acuerdo con su naturaleza**, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula, según la cual, las controversias habrán de ser decididas por los tribunales de la República conforme a las leyes nacionales.

En materia de hidrocarburos líquidos, en lo atinente a los contratos de asociación de los que devienen las empresas mixtas, el artículo 34 de la LOH repitió lo previsto en el artículo 151 constitucional, pero los Acuerdos dictados por la AN respecto de cada empresa mixta dieron un paso hacia adelante al sujetar la resolución de disputas a los tribunales y a las leyes venezolanas, excluyendo así el arbitraje como opción.

Como fue adelantado, lo propio ocurre en materia de conflictos suscitados con ocasión a las licencias para el ejercicio de actividades de refinación.

Sobre este tema, aunque en el contexto de la llamada Apertura Petrolera (1994), la extinta Corte Suprema de Justicia (CSJ) mediante sentencia de fecha 17 de agosto de 1999 en pleno accidental señaló que si bien no cabían dudas acerca del carácter de interés público que tenían los convenios de asociación, tal condición no era suficiente para considerarlos sujetos en forma exclusiva a la jurisdicción de los tribunales de la República, por cuanto ello dependía de que “...no fuera improcedente con la naturaleza de los mismos”. Se enfatizaba así que la Constitución de 1961 se había acogido “... al sistema de inmunidad relativa que había sido establecido en la Constitución de 1947. Sistema que, por lo demás, impera en los países desarrollados que permanentemente someten sus controversias internacionales a los árbitros que elijan uno y otro Estado, buscando con ello evitar que la jurisdicción interna de alguno de ellos tienda –como pareciera inevitable– a favorecer a su país en la disputa de que se trate”.

Al respecto señaló la CSJ que el artículo 127 de la Constitución Nacional de 1961 (hoy día, 151 CRBV) no se circunscribía únicamente a los contratos celebrados entre Estados soberanos o entre un Estado soberano y organismos de derecho internacional público, resultando por tanto aplicable también a contratos suscritos por instrumentalidades del Estado, como era el caso de una filial de PDVSA.

El tema central respecto de esta denuncia era la naturaleza del contrato, que obviamente aludía a algo distinto a su carácter de “contrato de interés público”, su contenido práctico. Al respecto estableció el sentenciador:

“Considera esta Corte, además, que esa ‘naturaleza’ a la que se refiere el artículo in comento no puede reducirse única y exclusivamente a la índole comercial, pues se incurriría en el error de excluir otro tipo de contrataciones que, no siendo de naturaleza mercantil, las circunstancias de la negociación también exigen o recomiendan la inclusión de la cláusula arbitral. Esto conlleva [sic] a concluir, que la Administración puede y debe estimar la circunstancia especí-

fica del caso, y siempre que en ella esté involucrado el interés general, el interés público, en definitiva, la conveniencia del colectivo, la idoneidad del arbitraje como mecanismo que coadyuve al mejor cumplimiento de los fines perseguidos con la contratación, lo que de ninguna manera postula una discrecionalidad en sentido lato, pues, se preserva de ello el artículo 126 de la Constitución, cuando exige la aprobación del Congreso Nacional al tratarse de contratos de interés nacional.

[...] En razón de lo expuesto, estima esta Corte que, en el caso concreto de los Convenios de Asociación autorizados por el Acuerdo del Congreso de fecha 4 de julio de 1995, su naturaleza no solamente comercial sino de trascendencia para la consecución de las medidas económicas adoptadas por la Administración y validadas por el Congreso Nacional, se subsume en el supuesto previsto en la norma constitucional, por lo que al no infringirla debe declararse improcedente el alegato de inconstitucionalidad por esta causa y así se declara”.

A pesar de ser aquella la postura de la extinta CSJ, la AN al dictar los acuerdos definitivos de los términos y condiciones de constitución de empresas mixtas a partir del año 2007, asumió la posición de que las controversias que no se resolvieran amigablemente entre las partes, lo serían únicamente a través de los tribunales de la República.

En virtud de lo anterior, para proceder en el sentido que pudiera pensarse aspira el Ejecutivo Nacional, éste es, dándole cabida al arbitraje, entre otros, en el caso de las controversias surgidas entre accionistas de empresas mixtas, los acuerdos de la AN tendrían que ser inaplicados por el Ejecutivo Nacional o reformados por la nueva AN, con todas las consecuencias que hemos venido comentando.

Respecto de la implementación de esta medida vale preguntarse hasta qué punto tendrá efectividad y validez una cláusula arbitral que haya sido incorporada en un contrato con fundamento en una medida inconstitucionalmente adoptada por el Ejecutivo Nacional, como lo sería la que inaplique lo previsto en el Acuerdo de la Asamblea Nacional.

Respecto de otras materias, aun dentro del mundo petrolero, debe tenerse presente al artículo 61 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen

de Concesiones publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999 (DLOPIP), según el cual, para la solución de los conflictos que surjan con motivo de la ejecución, desarrollo o extinción de los contratos regulados por este Decreto-Ley, las partes podrán utilizar mecanismos de solución directa tales como la conciliación y la transacción. También se contempla la figura del Tribunal Arbitral.

Siendo ello así, respecto de cualquier contrato diferente a los que alude el artículo 151 de la CRBV, lo previsto en el precitado artículo puede ser adoptado como política, con o sin Ley Antibloqueo de por medio, siempre y cuando se modifique por los canales regulares el Acuerdo de la AN.

B.6. Administración de activos

De acuerdo con el artículo 27 de la Ley Antibloqueo se podrán adoptar medidas dirigidas a administrar activos de la República de la manera que se estime conveniente a los fines de incrementar el flujo de divisas, aumentar su rentabilidad y recuperar la calidad de vida del pueblo venezolano, todo sin perjuicio de lo establecido en la CRBV.

Dentro de este tipo de operaciones cabe avizorar, entre otras, ventas, arrendamientos, gravámenes, concesiones y alianzas de operación que tengan por objeto activos públicos.

Dependiendo del tipo de bien del que se trate, del sector al que pertenezcan y de quién sea su propietario, el tratamiento jurídico aplicable a la luz del ordenamiento jurídico ordinario variará, pudiendo verse afectado de distinta manera bajo la vigencia e instrumentación de la Ley Antibloqueo. Dada la amplia gama de escenarios que pudieran presentarse en ese ámbito, nos limitaremos simplemente a resaltar algunas notas relevantes de operaciones que tengan por objeto activos propiedad de PDVSA y sus empresas filiales, en Venezuela y el exterior.

En líneas generales los actos de disposición de los bienes públicos quedan sujetos a lo previsto en el Decreto Ley Orgánica de Bienes Públicos (DLOBP), publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.155 Extraordinario. De acuerdo con ese instrumento, califican de bienes públicos, por ende, sujetos a su normativa,

tanto los que son propiedad de la República, como los que pertenecen a las empresas del Estado (PDVSA y sus filiales).

Independientemente de que dentro de los bienes públicos existen diversas categorías, cada una sujeta a un régimen jurídico diferente, a los efectos que aquí interesa nos limitaremos a señalar que el DLOBP, adopta diversas medidas dirigidas a controlarlos, registrarlos y valorarlos para lo que se cuenta con la actuación de la Superintendencia de Bienes Públicos y la Comisión de Enajenación de Bienes Públicos de la AN, todo ello en línea con lo previsto en el artículo 141 de la CRBV, clara expresión de la llamada “Doctrina de la Buena Administración” que ha de imperar en el sector público.

Autorizaciones, notificaciones, motivación de ciertos actos, inscripción en registros, constitución de fianzas, cumplimiento de derechos de preferencia, avalúos de peritos autorizados, mínimo de ofertas públicas, carácter excepcional de la adjudicación directa, comisiones de licitación, prohibición de contratar con cierto tipo de personas, son algunas de las medidas adoptadas para la protección y correcta administración de los bienes públicos, alguna de las cuales pudiera pretender el Ejecutivo Nacional desaplicar con base en la Ley Antibloqueo.

Una clara opción para lograr la desnacionalización de determinados sectores o actividades económicas podemos encontrarla en las llamadas privatizaciones, una de cuyas expresiones o mecanismos de concreción es la transferencia onerosa a particulares de las acciones de las que es titular la República en sociedades mercantiles.

Como hemos señalado, el tratamiento a serle conferido a ese tipo de acto de disposición variará según el régimen jurídico aplicable a las empresas involucradas. En algunos casos, éstas operan en sectores reservados (Ej. PDVSA y sus operadoras), en otros, se consideran simples bienes del dominio privado sometidos a un régimen jurídico más flexible.

Es así, por ejemplo, que en el caso de PDVSA el artículo 303 constitucional es claro y contundente al prohibir la venta total o parcial de las acciones que tiene la República en la estatal petrolera. Caso distinto es el de las acciones de las filiales total propiedad de PDVSA y las empresas mixtas a que alude esa misma norma. Con relación a la venta de este tipo de bienes (acciones) de empresas básicas, el DLOBP remite

a la normativa reguladora de procesos de privatización, conservando, dicho decreto-ley, aplicación supletoria.

Respecto de los bienes públicos, no sólo la venta pudiera plantearse, sino también, la constitución de gravámenes, opciones estas a ser analizadas a continuación, siempre en el contexto de la IPN.

Uno de los problemas que confrontará el Ejecutivo Nacional en cualquiera de los escenarios planteados lo constituye el haber recurrido en el pasado a vías de hecho para tomar posesión de bienes propiedad privada. La posesión por parte del Estado de esos bienes en esos términos se torna ilícita e impide, hasta tanto el pago de su valor no se efectúe, realizar otros actos de disposición a favor de terceros del sector privado. Tal es el caso ya comentado de las estaciones de servicios y de los bienes vinculados a la prestación de servicios conexos al sector petrolero.

B.6.1. Venta de acciones

Como fue indicado, una de las medidas que con mayor urgencia pretende instrumentar el Ejecutivo Nacional tras la inaplicación o reforma del artículo 22 de la LOH es la venta de las acciones de las que es titular la Corporación Venezolana de Petroleros, S.A. (CVP) en las empresas mixtas.

Al respecto cabe preguntarse cuáles serían las implicaciones que frente a esa decisión pudiera tener la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Privatización publicada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5.199 Extraordinario del 30 de diciembre de 1997 que aún continúa vigente. Este instrumento señala en su artículo 11 que “La enajenación parcial o total de las acciones en empresas básicas o estratégicas, independientemente de cuál sea el porcentaje de participación del Estado en el capital social de las mismas, **deberá ser previamente aprobado por el Congreso de la República**”.

Si bien aquella norma es previa a la CRBV, ésta actualmente somete a autorización de la AN únicamente a la enajenación de bienes inmuebles del dominio privado de la Nación, con las excepciones que establezca la ley.

De acuerdo con los estatutos de las empresas mixtas, la CVP no puede transferir a particulares sus acciones sin el consentimiento previo del ministro de petróleo. No queda del todo claro si este tipo de venta tiene que ser aprobada por la AN, especialmente en aquellos casos que impliquen el ingreso de nuevos socios.

B.6.2. Gravámenes de acciones

A pesar de la controversia suscitada recientemente con el gravamen impuesto a las acciones de las que es propietaria PDVSA en CITGO, el Ejecutivo Nacional pudiera pretender repetir esa práctica, especialmente respecto de acciones de las que es titular la estatal petrolera en entidades constituidas en el exterior, así como de las que son propiedad de la República, directa o indirectamente, a través de otras empresas del Estado.

Es el caso que, PDVSA en forma directa o indirecta es titular de acciones de compañías constituidas en distintos países (aproximadamente 89) que son a su vez propietarias de refinerías o inmuebles de significativo valor. Aunque buena parte de esas compañías e instalaciones se encuentran domiciliadas y ubicadas en los Estados Unidos de Norteamérica³⁵, cuyas autoridades pudieran adoptar medidas restrictivas o prohibitivas adicionales a las dictadas respecto de CITGO³⁶, también hay entidades en otras jurisdicciones en las que esos impedimentos aún no existen.

En caso de que en el marco de algún endeudamiento público PDVSA pretendiera constituir gravámenes que tuvieran por objeto

³⁵ A) USA: i) Citgo International Corporation: Lake Charles (Golfo de México - 425 MBD), Corpus Christi (Golfo de México - 157 MBD), Lemont (Norte de EE.UU - 167 MBD); ii) Chalmentte Refining LLC en sociedad con ExxonMobil (Chalmette/Louisiana - 184 MBD); Mery Sweeny LP en sociedad con ConocoPhillips (Coquificadora Retardada - 58 MBD); HOVENSA (USA Virgin Islands - Terminal); B) Curazao: Refinería Islas (alquiler); C) Cuba: CUVEPETROL (Camilo Cienfuegos - 65 MBD); D) Jamaica: Petrojam Limited (en sociedad con Corporación de Crudo de Jamaica - 35 MBD); República Dominicana: REFIDONSA; D) Suecia: Nynas AB en asociación con Nestleoil, B.V. (con refinerías en Alemania e Inglaterra).

³⁶ El Departamento del tesoro emitió una licencia [Licencia General 5D] que restringía cualquier operación con las acciones de CITGO. Esta licencia fue extendida por la Licencia General 5E, hasta el 19 de enero de 2021.

acciones en algunas de sus filiales, más allá de lo que implican los estatutos de cada una de ellas y la normativa del país en la que están constituidas, a los efectos que aquí interesa, debe tenerse presente su calificación como operaciones de crédito público de acuerdo con el artículo 80 de la LOAFSP.

Respecto de este tipo de operaciones, el artículo 105 de esa ley establece que:

“Artículo 105.- No se podrá contratar operaciones de crédito público con garantía o privilegios sobre bienes o rentas nacionales, estatales o municipales.” (Subrayado nuestro)

Conforme al artículo 101 de la LOAFSP, PDVSA se encuentra liberada de la obligación de obtener autorización previa de la AN respecto de las operaciones de crédito público que pretenda celebrar, tal tratamiento aplica respecto de lo previsto en su Título V (Sistema de Crédito Público), razón por la cual, pudiera pensarse que a PDVSA no le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 105 antes transcrito.

Adicionalmente, de interpretarse literalmente dicha norma, podría afirmarse que las acciones de PDVSA en tales compañías no son en principio bienes nacionales, en tanto, PDVSA, que es su titular, es una persona jurídica distinta de la República. Cabría la duda, sin embargo, de si es posible extender el alcance de aquella disposición no sólo a los bienes propiedad directa de la República, sino también, indirecta, es decir, los poseídos a través de sus instrumentalidades.

Ante tal reflexión resulta forzoso referirse a lo dispuesto en el DLOAB, en cuyo artículo 4 queda clara su aplicación, como parte del Sector Público a las sociedades mercantiles en las cuales: i) La República o las demás personas a que se refiere dicho artículo tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social; ii) las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional (PDVSA) y; iii) Las sociedades mercantiles en las cuales las personas a que se refiere el numeral anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social (Ej. Operadoras de PDVSA).

De acuerdo con el artículo 5 del DLOAB:

“Artículo 5.- Se consideran Bienes Públicos:

1. Los bienes muebles e inmuebles, títulos valor, acciones, cuotas o participaciones en sociedades y demás derechos, de dominio público o de dominio privado, que hayan adquirido o adquieran los órganos y entes que conforman el Sector Público, independientemente del nivel de gobierno al que pertenezcan;

(...)

Dentro de los Bienes Públicos, se establecen las siguientes categorías: Bienes Nacionales. Son Bienes Nacionales, los bienes públicos, de dominio público o privado propiedad de La República, de los institutos autónomos y de las empresas del Estado, de las demás personas en que los entes antes mencionados tengan una participación superior al 50% del capital social y de las consideradas fundaciones del Estado.” (Subrayado nuestro).

Con base en la precitada norma, no cabe duda, que las acciones de las que es titular la República en PDVSA, así como las que tiene PDVSA en sus filiales³⁷ y éstas en las empresas que a su vez posean, califican como Bienes Públicos Nacionales, sujetos al DLOAB, respecto de los cuales, conforme al artículo 105 de la LOAFSP, no pueden constituirse garantías.

Visto lo anterior, resulta forzoso preguntarse si esa noción se extiende también a las filiales que tenga PDVSA en el exterior, como es el caso de las aquí comentadas.

A aquellos fines resulta valioso el aporte efectuado por el abogado venezolano José Ignacio Hernández, referido al caso de CITGO, pero igualmente aplicable a cualquier otro supuesto que involucre filiales directa o indirectamente propiedad de PDVSA, según el cual:

“(...) en Venezuela, toda sociedad mercantil en la cual el Estado (directamente o por medio de cualquier ente público) tenga una participación decisiva, es una empresa pública o empresa del Estado que, como tal, forma parte del sector público. Ese es el caso,

³⁷ Según estudios efectuados por Transparencia Venezuela existen alrededor de 90 empresas de este tipo en el exterior.

precisamente, de Citgo, que indirectamente es una filial de Pdvsa, empresa en la cual la República es el único accionista.”³⁸

En lo que respecta a la aplicación extraterritorial de las leyes sobre patrimonio público señala José Ignacio Hernández, lo siguiente:

“Las Leyes, por lo general, solo aplican dentro del territorio del Estado que las dicta. Esto es lo que se llama “aplicación territorial de la Ley”. Por el contrario, en ciertos casos, la Ley puede aplicarse fuera del territorio del Estado que las dicta. Esto es lo que se llama “aplicación extraterritorial de la Ley”. Para que esa aplicación pueda darse se requiere algún punto de conexión con el Estado, como, por ejemplo, la nacionalidad. La lucha contra la corrupción es una de las materias en las cuales, precisamente, se establece la aplicación extraterritorial de la Ley. Bajo este principio, el Estado puede aplicar Leyes contra la corrupción, incluso, por actos cometidos por sus nacionales en el extranjero, y que supongan una violación al patrimonio público. Así sucede con la Ley contra la Corrupción. De acuerdo con su artículo 3, esa Ley aplica, incluso, a las personas que “cumplan funciones o realicen actividades fuera del territorio de la República” (artículo 3). Esto significa que las normas contra la corrupción, que protegen el patrimonio público, aplican a ese patrimonio, incluso, ubicado fuera del territorio venezolano. Citgo es, como vimos, una empresa pública. Esto implica que todos los activos de Citgo (entre ellos, tres refinerías y cerca de seis mil estaciones de gasolina) son bienes del patrimonio público (artículo 4, Ley contra la Corrupción). O sea, bienes del Estado venezolano que por tal razón se rigen por Leyes venezolanos, aun estando ubicados en el exterior³⁹.”

Compartimos plenamente la posición, según la cual, el hecho de que el objeto de la garantía que pretende ofrecer PDVSA sean acciones de una empresa constituida en el exterior, indirectamente por ella poseída, no las excluye de la noción de patrimonio público sujeta a los controles dirigidos a su sana administración que, permitan o justifican la aplicación extraterritorial de la ley.

³⁸ Hernández, José Ignacio. *Prodavinci*. 2014.

³⁹ Ídem.

Visto lo anterior, puede señalarse que: i) al no haber distinguido el legislador en cuanto a la ubicación de los bienes nacionales (Art. 105 LOAFSP); ii) venir dado su carácter en función de su titular y no de su ubicación (empresas del Estado); iii) ser el objeto de la garantía un bien nacional (acciones) y; iv) resultar aplicables extraterritorialmente las leyes dirigidas a preservar la sana administración del patrimonio público, surgen válidamente dudas en cuanto a la posibilidad que tendría PDVSA de pignorar las acciones de las que es titular en empresas constituidas en el exterior, tal como lo prohíbe el artículo 105 de la LOAFSP.

Bajo esta línea de pensamiento, pareciera tornarse inútil lo dispuesto en el artículo 101 eiusdem, por cuanto al ser las acciones de PDVSA o sus filiales, directa o indirectamente propiedad de la República y calificar de bienes públicos nacionales, nunca sería posible su gravamen, a pesar de estar exenta la estatal petrolera de lo previsto en el Título V de la LOAFSP. Se trata de un tema no muy bien tratado por el ordenamiento jurídico venezolano que valdría la pena precisar, respecto del cual en principio tendemos a sostener se traduce en una limitante no sólo para la República sino también para la estatal petrolera.

En todo caso, respecto de una pretensión de este tipo jugará papel importante el hecho de que, en buena parte de las empresas cuyas acciones pretendieran ser pignoradas, PDVSA no es el único accionista y que más allá de las refinerías ubicadas en Europa y EE.UU., las otras pueden resultar poco atractivas para quienes pretendan ver garantizados sus créditos contra la estatal petrolera.

Cualquier pretensión que aliente al Ejecutivo Nacional a constituir garantías que tengan por objeto bienes públicos, tendría que pasar por la inaplicación con base en la Ley Antibloqueo de los artículos 82 y 105 de la LOAFSP y 5 del DLOABP, pero más grave aún, desconocer el 312 de la CRBV.

B.7. Operaciones de administración de pasivos

Como fue señalado, una de las mayores dificultades que enfrenta el país la representa el nivel de endeudamiento alcanzado no sólo por la República, sino también, por PDVSA. Tal problemática se ve

incrementada por los pasivos contingentes que la afectan producto de los multimillonarios procesos y reclamos judiciales y extrajudiciales iniciados en su contra.

Son diversas las fuentes que conducen a los elevados niveles de endeudamiento de PDVSA reportados a la fecha, entre ellos:

- Bonos sin garantía emitidos por la República, PDVSA y la C.A. La Electricidad de Caracas.
- Bonos emitidos por PDVSA con garantía real sobre las acciones de Citgo Holding Inc. (Bonos 2020).
- Créditos otorgados por China y Rusia a cambio de venta a futuro de petróleo.
- Créditos de suplidores y contratistas.
- Reclamos e indemnizaciones derivadas de expropiaciones efectuadas por la República, que se encuentran en diferentes etapas litigiosas.
- Créditos de organismos multilaterales como el Banco Interamericano de Desarrollo y la Corporación Andina de Fomento.
- Otros créditos bilaterales, distintos a los otorgados por Rusia y China.
- Créditos del Banco de Cooperación Internacional de Japón contra Petróleos de Venezuela S.A. y otros créditos no financieros en contra de PDVSA⁴⁰.

Frente a la imposibilidad que ha registrado la República de asumir nueva deuda a nivel internacional, así como de reestructurar o refinanciar la existente, tanto por la situación de “desacato” en la que supuestamente se encuentra la AN como por las sanciones adoptadas por los EE.UU. y por otros países del mundo⁴¹, pudiera especularse que la Ley

⁴⁰ Rafael Guillod, “Comentarios sobre el Régimen Jurídico de la Deuda Pública Externa de Venezuela”. En: *Revista de Derecho Público* N° 151-152, Julio -Diciembre 2017, EJV, p. 132.

⁴¹ **La Unión Europea** sancionó a funcionarios venezolanos por ser señalados como autores del deterioro de la democracia; asimismo, aprobó un embargo de armas y material susceptible de ser utilizado para la represión en Venezuela. El Consejo de la Unión Europea en sesión del 12 de noviembre de 2020 extendió hasta el 14 de noviembre de 2021 las sanciones impuestas. **Panamá, Suiza, México, Canadá y el Reino Unido** son otros países que han aplicado sanciones [mayormente congelando los fondos de altos funcionarios].

Antibloqueo pretende habilitar algunos mecanismos para enfrentar tal situación, aunque también pudiera aspirar el Ejecutivo Nacional que tras las elecciones del 6D sea la nueva AN la que actúe en ese sentido.

De acuerdo con el artículo 312 de la CRBV, las operaciones de crédito público requieren, para su validez, de una ley especial que las autorice, salvo las excepciones que establezca la ley orgánica, entre las cuales, insistimos, se encuentran las celebradas por PDVSA.

PDVSA por su parte, no requiere de autorización de la AN a esos fines por lo cual no tendrá que recurrir a la Ley Antibloqueo, salvo por lo comentado respecto del artículo 105 de la LOAFSP que, de ser des-aplicado por el Ejecutivo Nacional, implicaría una violación adicional del artículo 312 constitucional.

B.8. Mecanismos de contratación:

Conforme al artículo 28 de la Ley Antibloqueo, el Ejecutivo Nacional diseñará e implementará mecanismos excepcionales de contratación, compra y pago de bienes y servicios, dando preferencia a la producción nacional. Se dará prioridad a aquellas contrataciones dirigidas a atender los derechos fundamentales, que generen divisas e impliquen sustitución selectiva de importaciones.

Si en algún ámbito cobra importancia lo establecido en el artículo 141 de la CRBV es en el relativo a la contratación pública. Principios como los de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, deben procurarse a lo largo de todo proceso de contratación, lo que podría verse empañado o violentado en el marco de la Ley Antibloqueo, dado que en ella impera la reserva, confidencialidad y divulgación limitada de información.

En materia de celebración de contratos por parte del sector público de especial relevancia es el Decreto - Ley de Contratación Pública publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014 (DLCP).

En dicho instrumento se desarrollan medidas de control orientados a garantizar que las fases de selección del contratista, así como la de

ejecución de las obras, se realicen fundamentadas en los principios de economía, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, y en cumplimiento de la normativa que regula la materia de contrataciones.

La conformación de comisiones de contratación, registro nacional de contratistas, acreditación, prohibición de fraccionamientos, concurso abierto y cerrado y garantías, son entre otras, medidas concretas previstas en el DLCP a esos fines.

Los principios sustanciales y formales de legalidad, concurrencia o competencia, igualdad, posibilidad de recurrir, formalismo moderado, publicidad, información, eficiencia, uniformidad, celeridad y buena fe son parte de los procesos de contratación pública.

Cuando existen Estados de excepción se permite suspender la aplicación de los procedimientos ordinarios de contratación.

La Ley Antibloqueo pareciera pretender liberar a la República de los procedimientos, limitaciones y controles previstos en el DLCP, lo que se torna altamente peligroso al tratarse la contratación pública de una materia generalmente propicia para actos de corrupción administrativa.

De acuerdo con el artículo 3 del DLCP este instrumento es aplicable a la República y a las empresas en las que ésta tenga una participación superior al 50% (PDVSA) y a las entidades en las que estas últimas tengan a su vez esa misma participación mínima (Ej. CVP). Las empresas mixtas al tratarse de entidades que respecto de la República son de tercer grado no estarían sujetas a lo previsto en dicho decreto-ley. Siendo ello así, no jugaría un papel relevante la Ley Antibloqueo al menos respecto de dichas entidades (empresas mixtas).

La figura de la alianza sea esta estratégica o comercial se presenta como una de las principales alternativas para el Ejecutivo Nacional, especialmente para aquellos casos en que teniendo el control de ciertos bienes no tiene la propiedad por haberse hecho de ellos por vías de hecho. La definición que de las alianzas ofrece el DLCP da para cualquier cosa, en tanto se trata de mecanismos de cooperación para la obtención de bienes, servicios u obras asociados al proceso productivo o a las actividades sustantivas del contratante (Estado). Cuando la alianza es de

carácter comercial, como luce lógico ocurra en el caso que nos ocupa el objetivo común específico para el beneficio mutuo no es otro que el ánimo de obtención de lucro o remuneración en general. Al respecto debe establecerse en el documento donde se formalice la alianza, las ventajas que represente para el contratante en comparación con la aplicación de las modalidades de selección ordinaria de contratistas.

V) CONSIDERACIONES FINALES

Guardando las distancias en hechos, intenciones y actores, este nuevo capítulo de la lamentable historia reciente de Venezuela recuerda como viene ocurriendo desde 1999, la receta concebida por los “juristas” del Tercer Reich en Alemania.

Opinaba Carl Schmitt, probablemente el más notorio de esos “abogados” que a la luz de la Constitución de Weimar⁴² de 1919:

“El Presidente del *Reich*, con arreglo a la jurisprudencia mayoritaria, estaba en libertad de atentar contra todo el sistema de normas legales vigentes y de ponerlo a su servicio. Puede dictar normas generales y crear por sí solo, para su aplicación e incluso ejecución, nuevas instituciones especiales y organismos extraordinarios. En otras palabras, es un dictador soberano, reúne en sus manos la legislación y la aplicación de la ley y puede ejecutar inmediatamente por sí solo las normas por él establecidas lo que no puede hacer el legislador ordinario del estado legislativo parlamentario mientras respete la diferenciación de poderes que es esencial al estado legislativo con su separación entre ley y aplicación de la misma.”⁴³

⁴² Artículo 48 Constitución de Weimar: En el caso de un estado que no cumpla con los deberes que le haya impuesto el Reich, la Constitución o las leyes del Reich, el presidente del Reich podrá hacer uso de las fuerzas armadas para compelerlo a hacerlo. Si la seguridad y el orden público al interior del Reich son severamente dañados o están en peligro, el presidente del Reich tomará las medidas necesarias que lleven a restablecer el orden, interviniendo con la asistencia de las fuerzas armadas, de ser necesario. Para ese propósito, podrá suspender temporalmente, total o en parte, los derechos fundamentales previstos en los artículos ...

⁴³ Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*. TECNOS Clásicos del Pensamiento. España, 2009, p. LXXIII.

Bajo aquella teoría, tras el incendio del *Reichstag*, ocurrido el 28 de febrero de 1933⁴⁴, el Parlamento Alemán dicta una ley otorgando poderes extraordinarios a Hitler.

Tras aquella habilitación, Hitler convocó anticipadamente elecciones federales para la elección de los miembros del VIII *Reichstag* (últimas elecciones de la República de Weimar) con la intención de hacerse de una mayoría parlamentaria que le permitiera gobernar en solitario, como en efecto lo logró. En ese contexto, el *Reichstag* dicta las llamadas Leyes de Nuremberg, anunciadas en la reunión anual del partido nacionalsocialista sostenida en esa ciudad alemana en 1935. En ellas, se institucionalizó gran parte de las teorías raciales prevalentes en la ideología nazi que excluían a los judíos alemanes de la ciudadanía del *Reich* y les prohibía casarse o tener relaciones sexuales con personas de “sangre alemana”. Estas ordenanzas despojaron a los judíos de la mayoría de los derechos políticos.

Sentadas las bases jurídicas del Tercer Reich, Schmitt retomó la idea del positivismo como mecanismo de fácil aceptación en el poder judicial, dada la tradición alcanzada al respecto durante la República de Weimar, que garantizaría la plena instrumentación de las Leyes de Nuremberg y de las demás que se continuaron dictando con base en la habilitación, sin oposición alguna por parte de los jueces, que habían sido además electos a conveniencia del régimen y obligados a jurar lealtad al *Führer*.

Tras el nazismo quedó un vergonzoso e inaceptable balance de muertes, esterilizaciones, eutanasias y experimentaciones médicas practicadas sobre la base de criterios raciales y de condiciones físicas, encarcelaciones no judiciales, trabajo forzado, todos sustentados, entre otras, en el fiel cumplimiento de la ley bajo una concepción distorsionada del positivismo.

Frente a aquel nefasto capítulo de la historia queda el mensaje de que la arbitrariedad, disfrazada de norma jurídica no es “Derecho”. Las simples palabras sin intención sincera no son más que letra muerta e

⁴⁴ Fuertes indicios existieron en cuanto a que tal incidente fue provocado por el *Führer* precisamente para generar un estado de excepción y justificar la aplicación del artículo 48 de la Constitución de Weimar.

ineficaz. Pasan los años, pero, ni los gobernantes ni los gobernados terminan de aprender la lección.

Quienes tienen en sus manos las riendas del caballo desbocado en que se ha convertido Venezuela, parecieran resistirse a la idea de que, si algún sector de la vida en sociedad no responde positivamente al ejercicio irracional del poder, es el económico. Ese caballo al que se le torció el rumbo necesita urgentemente encauzarse, pero no lo hará a base de la fuerza bruta, ni con la pasividad del pueblo.

VI) BIBLIOGRAFÍA

BADELL MADRID, Rafael, *La Asamblea Constituyente en la Constitución de 1999*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018.

Banco Central de Venezuela, Disponible en: <https://bcv.org.ve>

BREWER CARÍAS, Allan; *Contratos administrativos en procedimiento parlamentario para la aprobación de contratos de interés nacional*. Imprenta del Congreso de la República, Caracas, 1973.

Cambio16, “*Irán y Maduro trabajan en reactivar la refinería de Amuay*”. Disponible en: <https://www.cambio16.com/iran-y-maduro-intentan-reactivar-amuay-la-mayor-refineria-de-venezuela/>

Centro de Documentación y Análisis para los Trabajadores (CENDA), “*Resumen del mes CAT y CBT*”, s/f, Disponible en: <http://cenda.org.ve/noticias.asp>

CNN en español, “El sistema de salud de Venezuela está en peores condiciones de lo que se cree, según encuesta”. 28 de marzo de 2018. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2018/03/28/el-sistema-de-salud-de-venezuela-esta-en-peores-condiciones-de-lo-que-se-cree-segun-encuesta/>

Crónica uno, “FMI prevé tasa de desempleo en Venezuela de 47.9% para 2020”. 9 de abril de 2019. Disponible en: [https://cronica.uno/fmi-preve-tasa-de-desempleo-en-venezuela-de-479-para-2020/#:~:text=El%20Fondo%20Monetario%20Internacional%20\(FMI,ubican%20en%2044%2C3%20%25.&text=El%20organismo%20calcula%20que%20en%202019%20y%202020%20la%20inflaci%C3%B3n,cierre%20en%2010.000.000%20%25.>](https://cronica.uno/fmi-preve-tasa-de-desempleo-en-venezuela-de-479-para-2020/#:~:text=El%20Fondo%20Monetario%20Internacional%20(FMI,ubican%20en%2044%2C3%20%25.&text=El%20organismo%20calcula%20que%20en%202019%20y%202020%20la%20inflaci%C3%B3n,cierre%20en%2010.000.000%20%25.>)

Descifrado, “*Constituyente García Zerpa admite el gobierno ha tenido que «enfrentar situaciones de facto» para traer gasolina*”. Disponible en: <https://www.descifrado.com/2020/10/05/constituyente-garcia-zerpa-admite-el-gobierno-ha-tenido-que-enfrentar-situaciones-de-facto-para-traer-gasolina/>

- El Comercio. “La escasez de agua, otra cara de la crisis en Venezuela”. 28 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/escasez-agua-crisis-venezuela-economia.html>.
- Fedecámaras, “*Comunicado de Conindustria*”. Disponible en: www.fedecamaras.org.ve/comunicadoconindustria/
- Finanzas Digital, “*AN: Sancionada Ley que Permitirá la Participación Privada en las Actividades de Hidrocarburos*”. Disponible en: <https://www.finanzasdigital.com/2018/07/an-sancionada-ley-que-permitira-la-participacion-privada-en-las-actividades-de-hidrocarburos/>
- GUILLIOD TROCONIS, Rafael, “Comentarios sobre el Régimen Jurídico de la Deuda Pública Externa de Venezuela” en *Revista de Derecho Público No. 151/152 – 2017*. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/151-152/rdpub_2017_151-152_129-147.pdf
- Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la UCAB, Dirigido por Luis Zambrano Sequín, Informe de Coyuntura de septiembre.
- Organización de Estados Americanos (OEA), “Nota de la misión permanente de Colombia mediante la cual adjunta el proyecto de resolución ‘La carencia de condiciones democráticas mínimas, para garantizar elecciones libres, justas y transparentes en la República Bolivariana de Venezuela’ con el copatrocinio de Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela”, 19 de octubre, 2020. Disponible en: https://es.scribd.com/document/481061946/Resolucion-Venezuela#from_embed.
- Petroguía, “*Parlamento venezolano aprobó devolver a privados empresas de servicios petroleros estatizadas por Chávez*”. Disponible en: <http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/parlamento-venezolano-aprob%C3%B3-devolver-privados-empresas-de-servicios-petroleros>
- Petroguía, “*Presidente de PDVSA propuso a la CPV apertura en empresas mixtas e importación de combustibles*”. Disponible en: <http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/presidente-de-pdvs-a-propuso-la-cpv-apertura-en-empresas-mixtas-e-importaci%C3%B3n-de>
- Prodavinci, “*¿Por qué no hay agua en Caracas?*”. Disponible en: <http://factor.prodavinci.com/porquenoahayaguaencaracas/index.html>
- Prodavinci, “*Vivir sin agua*”, Disponible en: <http://factor.prodavinci.com/vivirsinagua/>
- SANQUÍRICO PITTEVIL, Fernando. Las facultades (i) limitadas de la Asamblea Nacional Constituyente de acuerdo a la Constitución de la República, en Brewer Carías, Allan y García Soto, Carlos (compilado-

- res), “Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente”, Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá/Caracas, 2017.
- Unión Europea (UE), “*Venezuela: Comunicado de prensa sobre el diálogo de la UE con las partes interesadas en Caracas (traducción no oficial)*”, 30 de septiembre, 2020. Disponible en: https://eeas.europa.eu/delegations/venezuela/86155/venezuela-comunicado-de-prensa-sobre-el-di%C3%A1logo-de-la-ue-con-las-partes-interesadas-en-caracas_es
- VOA, “¿Es viable la importación privada de gasolina en Venezuela?”. Disponible en: <https://www.voanoticias.com/venezuela/es-viable-la-importacion-privada-de-gasolina-en-venezuela>
- Venezuela, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, publicada en la Gaceta Oficial No. 36.860 del 30 de diciembre de 1999