

LA DEFENSA DE PETRÓLEOS DE VENEZUELA ANTE LAS CORTES DE ESTADOS UNIDOS: EL CASO DE CITGO EN LA CORTE DE DELAWARE

José Ignacio Hernández G.

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello

Resumen: *Este estudio analiza las repercusiones que para el Derecho Público derivan del incumplimiento de contratos de deuda externa por parte de Venezuela, específicamente en el contexto de demandas patrimoniales presentadas ante cortes extranjeras. A través del análisis de las demandas sustanciadas por la Corte de Distrito del Distrito de Delaware, en las cuales se debate sobre el embargo de las acciones de una filial de Petróleos de Venezuela, S.A., se destacan varias conclusiones importantes. Entre ellas, la aplicación transnacional del Derecho Público venezolano, la relevancia de la invalidez de contratos ante cortes extranjeras, y el reconocimiento de la inmunidad jurisdiccional de la República y PDVSA. Además, se examinan las consecuencias de las sanciones impuestas a PDVSA y el impacto de éstas en la protección de sus activos. Finalmente, se analiza las consecuencias de la violación de la autonomía funcional de PDVSA reconocida en el Derecho Público de Venezuela, y que llevó a declarar que aquella responde por obligaciones de Venezuela derivadas de sentencias dictadas por cortes de Estados Unidos.*

Palabras Clave: *Deuda Pública Externa, aplicación transnacional del Derecho Público venezolano, PDVSA, autonomía funcional, alter ego, responsabilidad patrimonial de la Administración.*

Abstract: *This study analyzes the repercussions for Public Law stemming from Venezuela's breach of external debt contracts, specifically in the context of asset claims filed in foreign courts. Through the analysis of cases handled by the District Court of Delaware, which discuss the seizure of shares in a subsidiary of Petróleos de Venezuela, S.A., several important conclusions are highlighted. These include the transnational application of Venezuelan Public Law, the relevance of the invalidity of contracts in foreign courts, and the recognition of the jurisdictional immunity of the Republic and PDVSA. Additionally, the consequences of sanctions imposed on PDVSA and their impact on asset protection are examined. Finally, the study analyzes the consequences of the violation of PDVSA's functional autonomy recognized in Venezuelan Public Law, which led to the declaration that PDVSA is responsible for Venezuela's obligations arising from judgments issued by U.S. courts.*

Key words: *External Public Debt, transnational application of Venezuelan Public Law, PDVSA, functional autonomy, alter ego, asset liability of the Public Administration.*

INTRODUCCIÓN

La defensa judicial de la Administración Pública, incluyendo a empresas del Estado como Petróleos de Venezuela, S.A.(PDVSA), es un tema central del Derecho Administrativo

entendido como Derecho estatal¹. Por ello, esta defensa suele ser un componente de la jurisdicción contencioso-administrativa, en especial, en lo que respecta a las demandas de contenido patrimonial, relacionadas con la responsabilidad contractual o extra-contractual de la Administración². Empero, lo cierto es que la actividad administrativa puede tener efectos extraterritoriales, lo que se traduce en el llamado Derecho Administrativo Transnacional. Uno de los resultados prácticos de ello son las demandas de contenido patrimonial presentadas ante cortes extranjeras y tribunales internacionales³.

Un ejemplo de estos efectos extraterritoriales es la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Internacional y en el Derecho Extranjero, a resultas de lo que se conoce como la deuda pública externa, esto es, las obligaciones patrimoniales pagaderas en divisas, y sometidas en parte al Derecho foráneo, sea Internacional o Extranjero. Dentro de esta deuda, los dos títulos jurídicos que interesan son, por un lado, la responsabilidad derivada de arbitrajes internacionales de inversión, y la responsabilidad derivada del incumplimiento de títulos valores públicos sometidos al Derecho extranjero⁴.

PDVSA es especialmente susceptible a esta transnacionalidad, pues por un lado, como parte de su giro comercial, esta empresa y sus filiales conducen actividades de exportación de petróleo, por medio de contratos sometidos al Derecho extranjero; además, y como resultado del proceso de internacionalización conducido hacia fines del siglo XX, esta empresa mantiene filiales en el extranjero, como es el caso emblemático de PDV Holding, Inc., que es el accionista de control, en el estado de Delaware en Estados Unidos, de Citgo Petroleum Corporation⁵. Como fue explicado en otro lugar, y tomando en cuenta el carácter territorial del Derecho Público de Venezuela, a pesar de que las empresas del grupo Citgo califican como empresas del Estado bajo la Ley Orgánica de la Administración Pública, ellas no se someten en bloque a todo el Derecho Administrativo⁶.

¹ La estrecha relación entre el Derecho Administrativo y el Estado es un tópico explorado en el Derecho Iberoamericano. En España, *vid.* Linde Paniagua, Enrique, *Fundamentos de Derecho administrativo. Del derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*, UNED-Colex, Madrid, 2009, p. 92. En América Latina, puede verse a Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen I*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 158 y ss.

² Lo que se vincula con el llamado “recurso de plena jurisdicción”, esto es, los remedios judiciales que permiten condenar a la Administración Pública por los daños y perjuicios ocasionados. *Vid.* Iribarren Monteverde, Henrique, “¿Existe en Venezuela un recurso autónomo de plena jurisdicción?”, en *Revista de la Fundación Procuraduría. N° 1*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1986, pp. 113 y ss.

³ Arroyo Jiménez, Luis, “Las caras del derecho administrativo transnacional”, en *Revista de Administración Pública n° 218*, Madrid, 2022, pp. 101 y ss.

⁴ Véase lo que hemos explicado en Hernández G., José Ignacio, “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública frente al derecho extranjero e internacional: El caso de la deuda pública externa”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo n° 25*, Caracas, 2022, pp. 27 y ss.

⁵ PDVSA es el único accionista de PDV Holding, Inc., quien a su vez es accionista de Citgo Holding, Inc., accionista de Citgo Petroleum Corporation. En este trabajo aludiremos, a cualquiera de esas empresas, como Citgo, sin perjuicio de referirnos a cada una de esas sociedades mercantiles, que están todas constituidas en el estado de Delaware.

⁶ El régimen jurídico de las filiales extranjeras de empresas públicas constituidas en Venezuela no ha sido un tema muy tratado en el Derecho Administrativo. Uno de los principales estudios en la materia fue preparado por Allan R. Brewer-Carías en relación con la adquisición de la refinería Veba OEL AG, que actualmente puede verse en *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021, pp. 285 y ss. Véase lo que exponemos en Hernández G., José Ignacio, “Las filiales extranjeras de empresas del Estado en el Derecho Administrativo venezolano. El caso de Citgo”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 16*, Caracas, 2020, pp. 733 y ss.

Los problemas prácticos que supone la interaplicación del Derecho Administrativo de Venezuela, con el Derecho Internacional y el Derecho extranjero, no fueron relevantes hasta que, en el 2002, inició un largo proceso que culminó no solo con la destrucción de la autonomía de PDVSA en el marco de su endeudamiento financiero insostenible, sino que además, incluyó expropiaciones a contratistas en el sector petrolero⁷. No es de extrañar que, en este contexto, PDVSA quedase envuelta en diversos procesos judiciales ante cortes extranjeras, así como procedimientos de arbitraje, tanto basados en contratos como en el marco de tratados bilaterales de inversión (TBIs). El resultado de ello son reclamaciones privadas presentadas en las cortes de Estados Unidos, y que superan los 30.000 millones de dólares. Apenas una parte de la totalidad de la deuda externa⁸.

Este comentario extrae los aspectos más relevantes, desde el Derecho Público de Venezuela, de una de las muchas reclamaciones extranjeras que involucran a PDVSA, sustanciadas por la Corte de Distrito del Distrito de Delaware⁹, y que ha dado lugar a diversas sentencias, incluso, ante la Corte de Apelaciones para el Tercer Circuito¹⁰. Estas reclamaciones han sido presentadas por acreedores de la deuda pública externa contraída hasta el 2016, quienes cuentan a su favor con sentencias emitidas por cortes federales de Estados Unidos. Para la ejecución forzosa de esas sentencias, estos acreedores han solicitado y obtenido medidas de embargo sobre las acciones de PDV Holding, Inc., y cuyo monto es de, aproximadamente, 21.000 millones de dólares.

En concreto, estos comentarios sobre las sentencias dictadas por la Corte de Distrito de Delaware y la Corte del Tercer Circuito, cubre dos grandes temas de interés en el Derecho Público venezolano, a saber, (i) la representación judicial de PDVSA, el desconocimiento de acuerdos de transacción suscritos en violación del Derecho Público venezolano, y la política de sanciones sobre PDVSA, así como (ii) la autonomía funcional de PDVSA y su incidencia en la tesis conocida, en el Derecho de Estados Unidos, como *alter ego*.

I. LA REPRESENTACIÓN JUDICIAL DE PDVSA Y LOS EFECTOS DE CONTRATOS DE TRANSACCIÓN FIRMADOS EN VIOLACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO VENEZOLANO

El proceso de venta judicial de las acciones de PDV Holding, Inc., inició con el registro que realizó la empresa Crystallex International Corporation (Crystallex) de la sentencia dictada por la Corte de Distrito de Washington, D.C., el 25 de marzo de 2017. Esta sentencia homologó el laudo arbitral dictado por un tribunal de arbitraje constituido en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en 2016¹¹. El reclamo de esta empresa no es, por ende, el pago de la indemnización expropiatoria o el cumplimiento del laudo, sino el cumplimiento de una sentencia firme que condena a Venezuela al pago de sumas de dinero.

⁷ Brewer-Carias, Allan, *Crónica de una destrucción. Concesión, nacionalización, apertura, constitucionalización, desnacionalización, estatización, entrega y degradación de la industria petrolera*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018, pp. 111 y ss.

⁸ Hernández G., José Ignacio, *La privatización de facto de PDVSA y la destrucción del Petro-Estado venezolano. Del colapso de la industria petrolera a la licencia de Chevron*, Editorial Jurídica Internacional, Panamá, 2023, pp. 69 y ss.

⁹ Esta Corte es identificada, indistintamente, como la Corte de Delaware.

¹⁰ Esta Corte es identificada, indistintamente, como el Tercer Circuito.

¹¹ El laudo fue dictado el 4 de abril de 2016, condenando a Venezuela por la expropiación de los derechos contractuales de Crystallex, por un monto de aproximadamente 1.200 millones de dólares, más costos e intereses (Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2).

El registro de esta sentencia se efectuó ante la Corte de Delaware para apoyar la demanda cuyo propósito -como se detalla en la segunda parte- era solicitar una medida de embargo en contra de las acciones de PDV Holding, Inc., propiedad de PDVSA, alegándose que ésta es el alter ego de la República, deudor de la condena patrimonial acordada por la Corte de Washington, D.C. El Gobierno de Nicolás Maduro representó a Venezuela a lo largo de todo este proceso, incluyendo el arbitraje, el proceso ante la Corte de Distrito de Washington, D.C., todo el juicio de primera instancia ante la Corte de Distrito de Delaware, y la práctica totalidad del juicio de apelación. En ese proceso, la estrategia de defensa adoptada por el Gobierno de Nicolás Maduro consistió en que solo PDVSA actuara como demandando, pero no así la República, a pesar de que ésta era el deudor. Las defensas de PDVSA se centraron en alegar que la autonomía funcional de esa empresa nunca había sido violada. La Corte no aceptó esos argumentos y, en sentencia de 9 de agosto de 2018, acordó medida de embargo sobre las acciones de PDV Holding, Inc.

Lo que sucedió después en la Corte de Delaware y la Corte del Tercer Circuito, estuvo afectado por una decisión inédita en el Derecho Internacional, como fue el reconocimiento que hiciera el Gobierno de Estados Unidos a favor del entonces presidente de la Asamblea Nacional electa en 2015 (la IV legislatura) como presidente encargado de Venezuela, el 23 de enero de 2019. Continuando con lo que hemos analizado en otro lugar¹², en esta sección explicamos la incidencia práctica de este reconocimiento en la demanda de Crystallex, considerando en especial la política de sanciones impuesta sobre PDVSA, y el efecto de la nulidad de la transacción firmada por el Gobierno de Maduro en 2018.

1. *El reconocimiento del presidente encargado y la nulidad de la transacción firmada por el Gobierno de Nicolás Maduro*

El reconocimiento del presidente encargado no fue una declaración política de la presidencia de Estados Unidos, sino por el contrario, una decisión con importantes efectos jurídicos de acuerdo con el Derecho Constitucional de ese país. Así, como diversas cortes decidieron, en virtud de ese reconocimiento, el Gobierno de Venezuela -abarcando, en especial, a la República y PDVSA- pasó a ser representado exclusivamente por el presidente encargado¹³. Para regular el ejercicio de las funciones administrativas por el presidente de la IV legislatura, ésta aprobó una Ley especial, conocida como el Estatuto de Transición¹⁴. Este Estatuto regulado la representación judicial de Venezuela en Estados Unidos -y los demás países que reconocieron al presidente encargado- a través de dos figuras: (i) la Oficina del Procurador Especial, quien ejerce la representación judicial de la República, y (ii) la junta administradora ad-hoc de PDVSA, quien ejerce la representación legal de esa empresa, y en coordinación con la Oficina, ejerce también la representación judicial¹⁵.

¹² Brewer-Carías, Allan y Hernández G., José Ignacio, *The Defense of the Rights and Interests of the Venezuelan State by the Interim Government Before Foreign Courts. 2019-2020*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021, pp. 19 y ss. No analizamos en este trabajo los fundamentos de ese reconocimiento, ni la conveniencia o inconveniencia de aquella decisión. Basta con señalar que a efectos jurídicos, y de manera efectiva, la representación judicial de Venezuela y PDVSA pasó al presidente encargado y demás autoridades.

¹³ Hernández, José Ignacio, “The Statute That Governs the Transition to Democracy and the Int’l Recognition of the Venezuela Interim President.”, en *International Legal Materials* 61, n.º. 5, 2022, pp. 820 y ss.

¹⁴ Badell Madrid, Rafael, “Consideraciones sobre el Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N.º 158, 2019, pp. 818 y ss.

¹⁵ Brewer-Carías, Allan, Allan R. Brewer-Carías, *Transición hacia la democracia en Venezuela. Bases constitucionales y obstáculos usurpadores*, (Con Prólogo de Asdrúbal Aguiar; y Epílogo de

Por lo tanto, desde el 23 de enero de 2019, la representación judicial de la República pasó a la Oficina del Procurador Especial, mientras que la representación legal de PDVSA pasó a la junta administradora ad-hoc. Esto sucedió, casi sobra decirlo, sin que haya mediado entrega de cargos, o presentación del informe de juicios pendientes. Por el contrario, sin información -ni medios materiales- estos órganos procedieron a sustituir la representación ejercida por el Gobierno de Nicolás Maduro. En el citado proceso ante la Corte de Delaware, este cambio, en relación con PDVSA, se facilitó por la decisión de la firma de abogados que ya representaba a la estatal petrolera, de continuar esa representación, pero ahora, siguiendo las instrucciones de la junta ad-hoc. En el caso de la República, sin embargo, no fue posible sustituir la representación judicial, simplemente, pues la República nunca compareció en este proceso, lo que sin duda, afectó severamente la calidad de su defensa. Tal decisión, se repite, fue adoptada por el Gobierno de Maduro¹⁶.

Debido a la tardanza en la implementación del Estatuto, motivado por la inestable situación política, solo fue hacia inicios de marzo cuando el Gobierno reconocido en Estados Unidos pudo tomar control del proceso ante la Corte de Delaware. Para ese momento, la sentencia dictada por esa Corte el 9 de agosto de 2018 estaba en apelación ante el Tercer Circuito, y de hecho, la apelación estaba ya prácticamente sustanciada. El resumen de la defensa judicial entonces emprendida en representación de la República y PDVSA puede resumirse de la siguiente manera:

- a) Quien ocupaba el cargo de Procurador Especial, de conformidad con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se inhibió. La representación de la República pasó, de conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, al embajador de Venezuela en Estados Unidos.
- b) La República, en cumplimiento del deber de comparecencia en juicios que afectan el patrimonio público, intervino por primera vez en el juicio, tanto en la Corte de Delaware como en la Corte de Apelaciones, para invocar las defensas que antes no pudo presentar, con base en la Ley de Inmunidad de Estados Soberanos Extranjeros (FSIA, por su resumen en inglés).

Solo fue entonces cuando pudo conocerse que, el 10 de septiembre de 2018, quien detenta el cargo de Procurador General de la República firmó la modificación de la transacción originalmente suscrita con Crystallex en 2019, para poner fin a la demanda de esta empresa, reconociendo así su reclamo y comprometiéndose al pago del monto adeudado, adelantando incluso un pago estimado en 425 millones de dólares. La situación era más compleja pues según reconoció la Procuraduría General, la versión en inglés de la transacción aplicaba a la República y sus entes, incluyendo a PDVSA, cuando la versión en español solo aplicaba a la República. La diferencia no es baladí, pues al tenor de la transacción en inglés, PDVSA no habría podido apelar de la sentencia, como en efecto había hecho¹⁷.

Esta transacción fue desconocida en acuerdo de la Asamblea Nacional de 10 de enero de 2019, al ratificar que quien detenta el cargo de Procurador, no fue designado cumpliendo las formalidades dispuestas en la Constitución y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República¹⁸. En efecto, según el artículo 236.15 de la Constitución, el titular de la Procura-

Román José Duque Corredor), Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA), Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019, pp. 239 y ss.

¹⁶ Para el detalle sobre todas estas decisiones, *vid.* Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022, pp. 95 y ss.

¹⁷ Todos los detalles de esta transacción constan en el expediente 18-2797 del Tercer Circuito, en actuación de PDVSA de 28 de diciembre de 2018.

¹⁸ Puede verse también el acuerdo del 24 de abril de 2018.

duría es designado por la Presidencia previo control de la Asamblea. La última designación realizada según esa formalidad recayó en Cilia Flores¹⁹. Ante la renuncia de ésta, en 2013, el viceprocurador Manual Galindo asumió temporalmente el cargo de Procurador²⁰. Pero éste renunció en 2014, no sin antes designar a Reinaldo Muñoz como viceprocurador, quien quedó así encargado -en los hechos, de manera permanente- de la Procuraduría²¹. Los efectos extraterritoriales de esa invalidez no habían sido aceptados en las incidencias presentadas ante tribunales arbitrales. Ante el Tercer Circuito, en todo caso, la decisión de la República de no reconocer la validez de esa transacción no fue objetada, y además, el tribunal reconoció que PDVSA no estaba regida por la citada transacción.

En todo caso, el incidente de la transacción colocó en evidencia un aspecto jurídico por lo demás complejo: la validez de los actos dictados por el Gobierno de Maduro, no solo en violación al ordenamiento jurídico venezolano sino, además, como parte de la ruptura del orden constitucional imperante desde 2016 y que, en los hechos, ha afectado la vigencia de la Constitución. Frente a cortes extranjeras, la violación del Derecho Público venezolano tiene importantes implicaciones, como resultado de su aplicación transnacional.

Como se observa, para marzo de 2019, la situación era ciertamente comprometida. Así, la República nunca se había presentado a juicio, existía una transacción que quería poner fin a la demanda y, en todo caso, la sustanciación de la apelación había sido prácticamente agotada. Por ello, y a pesar de haber hecho valer las defensas de Venezuela como soberano, el cambio de representación operado en marzo de 2019 no logró evitar, como explicamos en la sección siguiente, que la Corte de Apelaciones ratificara la sentencia de la Corte de Delaware de 9 de agosto de 2018.

2. *La política de sanciones y efecto protector sobre Citgo*

El reconocimiento del presidente encargado coincidió con una política, incluso, de signo opuesto: la determinación de PDVSA como sujeto sancionado por el Gobierno de Estados Unidos. No se trata, en realidad, de sanciones en el sentido común que la expresión tiene en el Derecho Administrativo, sino de restricciones a extranjeros que el Poder Ejecutivo de Estados Unidos adopta, siempre dentro del ámbito de su jurisdicción. Suele considerarse como sanciones “internacionales” pues estas restricciones se dirigen a nacionales de Gobiernos extranjeros que llevan a cabo actuaciones contrarias a las políticas de Estados Unidos. Pero en todo caso, esas restricciones no son, ni podrían ser, extraterritoriales, y entran dentro del ámbito de soberanía de Estados Unidos²².

Estas restricciones ejecutivas son, en realidad, actos administrativos, de naturaleza eminentemente discrecional y excepcional, por medio de los cuales la Presidencia de Estados Unidos limita o prohíbe específicas actividades por parte de extranjeros, en defensa del orden público. Estos actos se basan, principalmente, en dos Leyes, como son la Ley de Poderes Económicos Internacionales de Emergencia (IEEPA, por sus siglas en inglés), y la Ley de Emergencias Nacionales (NEA, por sus siglas en inglés). La administración de estas prohibiciones se confía a la Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC).

Ahora bien, en 2014 el Congreso de Estados Unidos aprobó la *Ley de Defensa de la Sociedad Civil y los Derechos Humanos en Venezuela*, como reacción a las crecientes violaciones de derechos humanos. La sección 5 habilitó a la Presidencia para imponer sanciones a

¹⁹ Gaceta Oficial n° 29.855, de 11 de febrero de 2012.

²⁰ Gaceta Oficial n° 40.126, de 11 de marzo de 2013.

²¹ Gaceta Oficial n° 40.567, de 22 de diciembre de 2014.

²² Nephew, Richard, *The Art of Sanctions: A View from the Field*, Columbia University Press, Nueva York, 2018, pp. 43 y ss.

venezolanos, incluyendo funcionarios e incluso, personas jurídicas del Gobierno de Venezuela, responsables de serias violaciones a derechos humanos, incluyendo arrestos, así como a quienes provean ayuda económica significativa o técnica para perpetrar esas violaciones. Entre otras, esas sanciones pueden versar sobre bienes ubicados en Estados Unidos de acuerdo con la IEEPA, o medidas migratorias, como expulsión o prohibición de ingreso.

En desarrollo de esas legislaciones se dictó la orden ejecutiva n° 13.692 de 8 de marzo de 2015, la cual estableció el marco jurídico para prohibir el uso, goce y disposición de bienes en Estados Unidos propiedad de personas sancionadas. Esto es lo que usualmente se conoce como “*propiedades bloqueadas*”, en el sentido que el ejercicio de los derechos de propiedad queda prohibido. Igualmente, se prohíbe toda operación fuera de Estados Unidos, pero en el marco de contratos con nacionales o residentes de Estados Unidos. Como se observa, las limitaciones aplican siempre dentro de la jurisdicción de Estados Unidos, definida en función a sus estatutos objetivo (territorio) y subjetivo (personas).

Inicialmente, estas prohibiciones se dictaron solo respecto de personas, típicamente, funcionarios considerados responsables de violaciones a derechos humanos. Estos funcionarios sancionados pasaron a formar parte de la Lista de Nacionales Especialmente Designados y Personas Bloqueadas (conocida como lista SDN), y en la cual se fueron incluyendo, gradualmente, diversas personas, incluso, más allá de funcionarios, como particulares señalados de colaborar financieramente con actos de corrupción, así como sociedades mercantiles por éstos controladas. Las restricciones que aplican a personas naturales y jurídicas que no forman parte del Gobierno extranjero identificado como objetivo, son usualmente llamadas sanciones personales.

A partir de 2017, la política de sanciones se amplió a operaciones realizadas por el Gobierno de Venezuela, en concreto, a través de la orden ejecutiva n° 13.808 de Y de agosto de 2017. Esta orden prohibió operaciones relacionadas con nueva deuda emitida por PDVSA, con vencimiento mayor a 90 días, o nueva deuda con vencimiento mayor a 30 días, emitida por otros órganos o entes del Gobierno de Venezuela. Asimismo, se prohibieron transacciones con bonos venezolanos, así como el pago de dividendos de entes controlados por tal Gobierno. A estos fines, el Gobierno de Venezuela se definió como toda división política, agencia o instrumentalidad controlada o actuando bajo el control del Gobierno de Maduro. En 2018, se dictaron tres órdenes ejecutivas más, que restringieron otras operaciones del Gobierno de Venezuela, a saber, operaciones con activos digitales o criptoactivos (orden n° 13.827 de 19 de marzo de 2018); otras operaciones de deuda pública (orden n° 13.835, de 21 de mayo de 2018), y operaciones con el sector oro (orden n° 13.850, de 1 de noviembre de 2018).

El ámbito de esas órdenes se amplió en 2019. Así, la orden n° 13.857, de 25 de enero, modificó las órdenes anteriores, y en especial, la orden n° 13.850, para extender las restricciones al Banco Central de Venezuela y a PDVSA. El Secretario del Tesoro, en ejecución de esas órdenes, dictó a resolución de 28 de enero, en la cual determinó la inclusión del sector petrolero en el ámbito de la orden n° 13.850. En la práctica, esto supuso que PDVSA y sus filiales -a estos efectos, toda sociedad en la cual ésta tenga participación del 50% o más- pasaron a ser sujetos restringidos por las órdenes ejecutivas y las Leyes comentadas. En cualquier caso, la orden n° 13.884 de 5 de agosto de 2019, terminó por incluir a todos los órganos y entes del Gobierno de Venezuela, como sujetos de las sanciones.

El efecto jurídico de esta regulación fue que PDVSA no pudo realizar ninguna operación en Estados Unidos o con sujetos de ese país, y por ello, sus propiedades en Estados Unidos quedaron bloqueadas, en el sentido que PDVSA no podía usar, gozar o disponer de estas propiedades. Estas restricciones afectaron, en especial, a PDV Holding, Inc. y todas sus empresas filiales.

Sin embargo, y esta es la contradicción señalada, lo cierto es que, al 25 de enero de 2019, ya el Gobierno de Nicolás Maduro había perdido la representación legal de PDVSA, debido al reconocimiento del presidente encargado. Con lo cual, la política de sanciones aplicada al Gobierno de Venezuela es peculiar, pues en los demás casos -Rusia e Irán, por ejemplo- no hay dos organizaciones políticas en disputa. Pero en Venezuela, la política de sanciones quiso afectar al Gobierno de Maduro, pero en realidad, terminó afectando también al presidente encargado, pues lo cierto es que la restricción a las propiedades de PDVSA aplicó incluso frente a la junta administradora ad-hoc, quien representa a la estatal petrolera en Estados Unidos²³.

Ahora bien, la particularidad del caso de Venezuela impedía determinar, con claridad, si el bloqueo de las acciones de PDV Holding, Inc., era incluso extensible al proceso de embargo de esas acciones, iniciado con la ya citada sentencia de la Corte de Distrito de Delaware de 9 de agosto de 2018. Al mismo tiempo, diversos acreedores habían comparecido ante esa Corte para solicitar la extensión de esa sentencia, lo que se hubiese traducido en nuevas medidas de embargo. Para afrontar todos esos riesgos, se diseñó una estrategia de defensa que, en parte, se valió de los efectos extraterritoriales del Derecho Público de Venezuela.

Así, y, en *primer lugar*, la República invocó su condición de ente soberano y reivindicó la aplicación del Estatuto de Transición. En Estados Unidos, y de acuerdo con la doctrina del acto de Estado, los actos dictados por Gobiernos extranjeros en su territorio, y cuya aplicación incide en las controversias conocidas por las cortes, deben presumirse válidos y por ende, no pueden ser revisados o ignorados. Con base en esta estrategia, la República -junto a PDVA- alegó, con éxito, que el Estatuto de Transición debía ser interpretado y aplicado por las cortes de Estados Unidos, todo lo cual dio lugar a sentencias que, al interpretar el Estatuto y los actos administrativos dictados en su ejecución, aplicaron extraterritorialmente el Derecho Público venezolano²⁴.

En *segundo lugar*, la estrategia adoptada logró un cambio importante en la política de sanciones. Como explicamos, no era claro si la sanción a PDVSA, extensible a PDV Holding, impedía la ejecución del embargo, al ser las acciones de aquella propiedades bloqueadas. Una lectura favorable a la independencia constitucional del Poder Judicial podía conducir a reputar como violatorio de la Constitución de Estados Unidos, toda injerencia en asuntos propios de las cortes, en especial, al prohibir la ejecución forzosa de sentencias. Pero al mismo tiempo, de manera tradicional, el Derecho Constitucional de Estados Unidos ha reconocido que la Presidencia puede intervenir en reclamaciones contra Gobiernos extranjeros, como condición de su política internacional²⁵.

²³ Esta fue la razón por la cual, en febrero de 2019, la junta administradora ad-hoc de PDVSA requirió de licencia de la OFAC ejercer la representación de PDVSA como accionista de PDV Holding, Inc., y así, cambiar a los administradores designados por la junta directiva de PDVSA designada por el Gobierno de Maduro. Este cambio de administración rompió todo vínculo entre PDV Holding, Inc. y ese Gobierno, y justificó la emisión de una licencia que exceptúa a Citgo de las sanciones, vigente hasta hoy. Véase nuestra explicación en Hernández G., José Ignacio, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela. El reconocimiento del Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado de Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 187 y ss.

²⁴ Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, Editorial Jurídica Venezolana, cit., pp. 95 y ss.

²⁵ Véase la explicación en Buchheit, Lee C. y Gulati, Mitu, "Sovereign Debt Restructuring and U.S. Executive Power (Reestructuración de Deuda Soberana y el Poder Ejecutivo Norteamericano) (November 1, 2018)", en *Capital Markets Law Journal (Forthcoming)*, *Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2018-55*, tomado de SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3243663> (consulta 30.6.24).

La duda fue resuelta a favor de los poderes ejecutivos del Presidente. Así, el 9 de diciembre de 2018, tras diversas conversaciones con el Departamento del Tesoro y la OFAC, ésta fijó la interpretación de acuerdo con la cual, las órdenes ejecutivas impiden avanzar en el proceso de venta o embargo de las acciones de PDV Holding, Inc., salvo que medie una licencia de la OFAC, licencia que ésta negó²⁶. La Corte de Delaware advirtió que esa interpretación no era vinculante, pues reflejaba solo el parecer de la agencia. Pero en la práctica, como este trabajo explica, el proceso judicial se retrasó significativamente.

Este cambio de interpretación ha generado la confusa conclusión según la cual “Citgo está protegida por las sanciones”. Pero en realidad, las sanciones no otorgan protección alguna, sino que condicionan toda medida de embargo a la licencia de la OFAC. Ese condicionamiento, en el marco de las políticas del Departamento del Tesoro, debe conciliarse con el principio según el cual el Gobierno de Estados Unidos apoya procesos de renegociación consensuados y ordenados de deuda pública, y por ende, no puede respaldar ninguna estrategia de Gobiernos extranjeros de eludir sus obligaciones contractuales²⁷. Era fundamental, por ello, que la República y PDVSA mantuvieran su línea de defensa ante la Corte de Delaware.

En *tercer lugar*, la Corte de Distrito de Delaware, en sentencia de 12 de diciembre de 2019, reconoció las defensas presentadas por la República, el cambio de circunstancias derivado del reconocimiento del presidente encargado, y el efecto inhibitorio de las llamadas sanciones. Asimismo, acogió las defensas de la República y PDVSA, al negar a otros acreedores extender la sentencia de 9 de agosto de 2018. La Corte aclaró que todo acreedor que quisiera solicitar una medida de embargo debía iniciar una demanda. En la práctica, esta sentencia paralizó el avance del proceso de subasta basado en la medida de embargo declarada el 9 de agosto.

Por último, y en *cuarto lugar*, el 16 de julio de 2020 el Gobierno de Estados Unidos, representado por el Departamento de Justicia, el Departamento de Estado y la OFAC, presentó un escrito ante la Corte expresando su política según la cual, no se permitiría el avance del proceso de subasta, en tanto la protección de Citgo se consideró un elemento crucial de la política de Venezuela hacia Estados Unidos. Asimismo, el Gobierno de Estados Unidos reconoció -como se amplía en la sección siguiente- que el Estatuto de Transición y sus actos de ejecución habían restablecido la autonomía de PDVSA.

En resumen, a lo largo de 2019, las defensas introducidas, en parte, invocando la aplicación del Estatuto de Transición, lograron reversar lo que se consideraba como un embargo inminente, difiriéndose de esa manera los riesgos inminentes sobre Citgo frente a los acreedores de la deuda pública legada. Aquí debe recordarse que el mandato impuesto por el artículo 15 del Estatuto de Transición era muy específico: proteger los activos externos, y en concreto, Citgo. Ninguna de las autoridades administrativas a las cuales el Estatuto aplicaba, tenían la capacidad financiera, la capacidad legal y, en especial, la legitimidad democrática para renegociar la deuda pública externa, que es la única solución al fondo de los reclamos que se acumulaban, en especial, ante la Corte de Delaware²⁸.

²⁶ Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, cit., p. 345.

²⁷ Véase el análisis de esta posición en Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, cit., pp. 339-340.

²⁸ Los artículos 15 y 16 del Estatuto asignaron deberes de conservación de activos externos, y en concreto, las acciones de PDV Holding, Inc., propiedad de PDVSA. La renegociación de la deuda, mediante el pago o compromisos de pagos, exigía facultades de disposición, ajenas a las facultades de conservación derivadas del Estatuto.

Esto, claro está, no se opuso a negociaciones específicas con los demandantes, las cuales fueron bastante comunes en los muchos litigios conocidos por las cortes de Estados Unidos. Pero estas negociaciones no podían conducir al reconocimiento y pago de reclamaciones individuales. Por un lado, pues el Estatuto de Transición no otorgó tal mandato, sino que asignó deberes de conservación de activos. De otro lado, y a todo evento, ninguna de las autoridades regidas por el Estatuto tenían capacidad financiera para pagar, o comprometerse al pago, de las reclamaciones pendientes²⁹.

II. LA DEFENSA DE PDVSA FRENTE A LA TESIS DEL ALTER EGO (2019-2023)

Uno de los principales obstáculos para hacer valer la responsabilidad patrimonial de Estados ante cortes extranjeras, es el principio de inmunidad de jurisdicción. En términos generales, este principio establece que un Estado soberano no puede ser enjuiciado ante cortes extranjeras (*par in parem non habet iudicium*), aun cuando se admite excepciones que, en Estados Unidos, están previstas principalmente en la FSIA³⁰. La inmunidad de jurisdicción, al limitar la posibilidad de demandar a Estados extranjeros, constituye una importante limitación en los litigios derivados de la deuda pública externa³¹.

De esa manera, los Estados extranjeros no pueden ser enjuiciados en las cortes de Estados Unidos, salvo que medien algunas de las excepciones previstas en la FSIA. Esta inmunidad es un principio derivado de la cortesía o deferencia que el Poder Judicial debe guardar respecto de Gobiernos extranjeros, para no interferir en la política exterior que corresponde al Poder Ejecutivo³². No obstante, a los fines de conciliar el principio de cortesía con el Estado de Derecho -que abarca el derecho de quienes han sido afectados por actuaciones u omisiones de Estados extranjeros, a demandar ante las cortes de Estados Unidos, cuando éstas tengan jurisdicción- la inmunidad tiene excepciones, atendiendo a la naturaleza de la actividad estatal. Estas excepciones, siguiendo a Weidemaier, reflejan el cambio apreciado en Estados Unidos hacia mediados del siglo XX, cuando la inmunidad de jurisdicción comenzó a dejar de ser una barrera infranqueable para la demanda de Estados extranjeros.

Una de las consecuencias derivadas de la FSIA es que, como regla, los Gobiernos extranjeros tienen personalidad jurídica distinta a sus instrumentalidades, o sea, los entes creados por éstos, bajo su Derecho doméstico, incluyendo a las empresas del Estado. Por lo tanto, tanto los Gobiernos como sus instrumentalidades, con personalidad diferenciada, gozan de inmunidad, salvo dos excepciones generales.

²⁹ El artículo 36 del Estatuto prohibió la disposición de los activos, salvo autorización presupuestaria. Así sucedió en abril de 2019 cuando la Asamblea Nacional autorizó el pago, bajo protesta, de los intereses de los Bonos PDVSA 2020, como parte de la estrategia para proteger a Citgo Holding, Inc. Este pago pudo hacerse, en los hechos, pues la junta administradora ad-hoc había logrado identificar derechos de crédito bloqueados por las llamadas sanciones, que permitían pagar esos intereses, de cerca de 71 millones de dólares. Pero para reconocer las reclamaciones pendientes en Delaware, en realidad, se requería una capacidad financiera mucho mayor. Ninguna de las autoridades reguladas por el Estatuto tenía tal capacidad, con lo cual, y en la práctica, no era posible ni pagar, ni refinanciar el pago. *Vid.: La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, cit., pp. 440 y ss.

³⁰ Megliani, Mauro, *Sovereign debt*, Springer, Nueva York, 2015, pp. 390 y ss. Recuerda el autor que este principio es corolario del principio de la igualdad entre Estados, de lo cual resulta que la soberanía estatal no puede ejercerse sobre otros Estados.

³¹ Kupelyants, Hayk, *Sovereign Defaults before Domestic Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 277 y ss.

³² Delaume, Georges R. "The Foreign Sovereign Immunities Act and Public Debt Litigation: Some Fifteen Years Later", en *The American Journal of International Law*, vol. 88, N° 2, 1994, pp. 257 y ss.

La primera, es cuando tal inmunidad ha sido expresamente renunciada, lo que es común en contratos públicos de deuda. La segunda, es cuando la actividad estatal atienda fines comerciales³³.

Ahora bien, la separación jurídica del Gobierno y su instrumentalidad no aplica cuando ésta es controlada extensivamente por aquél. Tal fue precisamente el argumento que Crystalex expuso en 2017 ante la Corte de Delaware, para invocar que PDVSA es el alter ego de la República y que, por ende, ésta era responsable por obligaciones de aquélla. En tanto PDVSA conduce operaciones comerciales en Estados Unidos, sus activos no están protegidos por la inmunidad, lo que facilita medidas de embargo.

Este criterio, aplicado por la Corte de Delaware y luego ratificado por el Tercer Circuito, respondió a un análisis racional y restrictivo, que sin embargo, fue abandonado en 2023, como explicamos en la siguiente sección. En todo caso, lo cierto es que la primera interpretación de la tesis del alter ego reflejó, muy bien, las consecuencias de las recurrentes violaciones al Derecho Administrativo que rige a PDVSA, por la vulneración de su autonomía funcional en el marco del proceso de concentración inconstitucional de funciones en la Presidencia. Con lo cual, y en el fondo, la Corte de Delaware reconoció efectos transnacionales del Derecho Administrativo de Venezuela.

1. *La declaratoria de alter ego por la Corte de Delaware en 2018*

El principio de inmunidad de jurisdicción permite, bajo ciertas condiciones, el enjuiciamiento de la empresa del Estado, pero siempre manteniendo la diferencia entre ésta y el Gobierno extranjero, en función a su distinta personalidad jurídica. Esa diferencia cede, sin embargo, en el caso del alter ego, tesis cuyo contenido fue delimitado en la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de 17 de junio de 1983, recaída en el caso conocido como *Banec*. En esa sentencia se consideró que la FSIA no modifica el régimen jurídico aplicable a las obligaciones de empresas de Gobiernos extranjeros. Estas obligaciones se rigen por el Derecho Común, y en concreto, por el régimen jurídico que aplica a la relación entre el accionista y la sociedad, en especial, la empresa del Estado³⁴. En otros términos, la empresa del Estado no es responsable por obligaciones imputables al Gobierno extranjero, o sea, la Administración Pública Nacional Central.

Sin embargo, la Corte Suprema observó que reconocer la personalidad jurídica separada la empresa pública -en este caso, el Banco para el Comercio Exterior de Cuba, Banec- permitiría al Gobierno de Cuba beneficiarse injustamente eludiendo la indemnización expropiatoria debida, tomando en cuenta, además, que esa indemnización responde a la aplicación del Derecho Internacional. Por ello, la Corte consideró que la personalidad jurídica separada de la empresa del Estado podía desconocerse, para hacer valer obligaciones imputables al Gobierno extranjero en contra de activos de esa empresa.

La Corte Suprema no fijó condiciones cerradas para determinar los casos en los cuales la separación jurídica y patrimonial entre la instrumentalidad y el Gobierno extranjero puede desconocerse, declarando que ésta es un alter ego de aquél:

“Nuestra decisión de hoy no anuncia ninguna fórmula mecánica para determinar las circunstancias bajo las cuales debe ignorarse el estatus jurídico normalmente separado de una instrumentalidad gubernamental. Más bien, es el producto de la aplicación de principios reconocidos internacionalmente para evitar la injusticia que resultaría al permitir que un Estado extranjero obtenga los beneficios de nuestros tribunales evitando al mismo tiempo las obligaciones del Derecho Internacional”.

³³ Weidemaier, W. Mark C. “Sovereign Immunity and Sovereign Debt” en *University of Illinois Law Review*, vol. 2014, no. 1, 2014, pp. 67 y ss.

³⁴ *First National City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611

Las Cortes de Apelaciones desarrollaron este precedente, estableciendo cinco condiciones (conocidas como los *factores Bancec*) que debían cumplirse para declarar a la instrumentalidad como alter ego, y que fueron incluidas, a nivel federal, en la reforma de la FSIA aprobada en 2008. Posteriormente, en 2018, la Corte Suprema precisó estos factores en el caso *Rubin*³⁵. De manera tradicional, se evalúan cinco condiciones que ayudan a establecer la responsabilidad de la instrumentalidad por acciones u omisiones del Estado³⁶:

La *primera condición* es el nivel de control económico sobre la instrumentalidad por parte del Gobierno extranjero. No todo control, sin embargo, es suficiente, pues ha de tratarse de un control ejercido con tal intensidad que se genera una relación de agente-principal. Ese control económico fue especialmente analizado en *Rubin*, como más adelante aclaramos.

La *segunda condición* atiende a las ganancias de la instrumentalidad, que deben ser percibidas por el Gobierno extranjero.

Además, y en *tercer lugar*, se precisa analizar el grado bajo el cual los funcionarios del Gobierno administran la propiedad o controlan a la instrumentalidad en sus asuntos diarios. Esta última acotación se relaciona con la primera condición: el control debe ser tal, que la instrumentalidad pasa a estar subordinada en sus operaciones del día a día al Gobierno.

El *cuarto criterio* es si el Gobierno es el único beneficiario en interés de la propiedad de la instrumentalidad.

Por último, el *quinto criterio* pasa por determinar si reconocer la separación jurídica del patrimonio de la instrumentalidad daría derecho al Estado extranjero a beneficios en los tribunales de los Estados Unidos y al mismo tiempo evitaría sus obligaciones. Esto es, en qué medida el control podría beneficiar al Estado de manera contraria a la buena fe.

En 2017 Crystallex invocó esta tesis para sostener que, en su condición de deudor de la República -en virtud de la sentencia de la Corte del Distrito de Washington D.C., de 25 de marzo de 2017- tenía derecho a obtener medida de embargo sobre las acciones de PDV Holding, Inc. propiedad de PDVSA. Para ello, alegó que el Gobierno de Venezuela había desconocido la autonomía de PDVSA, la cual pasó a ser un mero instrumento político de aquél. Por ende, el debate ante la Corte de Delaware se centró en la interpretación del Derecho Administrativo aplicable a PDVSA, en otro ejemplo de transnacionalidad.

Como explicamos, la República nunca se defendió en este caso. PDVSA, por su parte, centró sus defensas en defender su autonomía, para lo cual se valió del reporte de diversos expertos independientes. Crystallex, por su parte, negó que PDVSA fuese autónoma, presentando en este sentido -y entre otras pruebas- reportes preparados por expertos. En nuestra condición de profesor universitario, presentamos dos reportes, registradas en el caso el 14 de agosto y 2 de noviembre de 2017³⁷. La principal conclusión, en el párrafo 39 del primer reporte, es la siguiente:

“En resumen, el Gobierno ha aprobado varias leyes y decretos que obligan a PDVSA a alinearse con sus objetivos sociales y políticos. Del mismo modo, utiliza a PDVSA como una herramienta para lograr sus objetivos nacionales e internacionales. PDVSA, a su vez, debe seguir estas obligaciones que le impone el Gobierno”.

³⁵ *Rubin v. Islamic Republic of Iran*, 138 S. Ct. 816, 823 (2018).

³⁶ 28 U.S.C. § 1610, literal g. Esta norma fija la regla para poder embargar la propiedad de un Estado extranjero y la propiedad de una agencia o instrumentalidad.

³⁷ Ambos reportes son públicos, y están registrados en las actuaciones n° 8 y 35 del expediente del caso, signado con el n° 1:17-mc-00151. El texto del primer reporte puede verse aquí: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10413_1.pdf

Esta conclusión es coincidente con los estudios que, desde la economía³⁸ y el Derecho³⁹, han identificado como una de las causas del colapso de la producción petrolera, la violación de la autonomía funcional de PDVSA. Todas las conclusiones que presentamos en estos reportes ya se habían avanzado antes⁴⁰, y han sido ampliadas en posteriores investigaciones⁴¹. Ciertamente, desde el punto de vista probatorio, no era especialmente complicado acreditar, que desde 2002, PDVSA dejó de ser una empresa con autonomía funcional, para pasar ser una mera dependencia al servicio del, así llamado, socialismo del siglo XXI⁴².

Por supuesto, la violación de la autonomía de PDVSA desde el Derecho Administrativo venezolano no implica necesariamente cumplir con las condiciones para declarar la tesis del alter ego, materia que no era del objeto de los reportes expertos presentados sino, básicamente, de la interpretación del Derecho de Estados Unidos por la Corte de Delaware. Precisamente, con base en las evidencias del Derecho Administrativo de Venezuela -de nuevo, visto sus efectos transnacionales- la Corte, en la ya citada sentencia de 9 de agosto de 2018, interpretó la figura del alter ego, a través de cuatro grandes principios.

Así, el *primer* principio que la Corte afirmó es que PDVSA es una instrumentalidad de Venezuela y que, por ende, debe presumirse que tiene personalidad jurídica propia. Pero aplicando el caso *Bancec*, la Corte concluyó que la presunción de separación jurídica cedía en uno de dos supuestos, a saber, cuando la instrumentalidad está extensamente controlada por su propietario, al punto que surge una relación de agente y principal; o cuando la personalidad jurídica separada deriva en un trato injusto. Al interpretar a ambas condiciones como alternativas, la Corte negó que el desconocimiento de la personalidad jurídica requiriese siempre de una actuación abusiva o fraudulenta. Basta, así, el control extenso para obviar la personalidad jurídica.

En *segundo* lugar, y tras analizar todas las pruebas del expediente, la Corte de Delaware concluyó que el Gobierno de Venezuela ejercía un control extensivo sobre PDVSA, en especial, pues el Gobierno ejerció, de manera repetida, el control sobre el día a día de las operaciones de PDVSA.

Este control extensivo, y en *tercer* lugar, fue determinado con base a diversos factores que interpretaron el Derecho Administrativo de Venezuela:

³⁸ Puede verse, en especial, a Espinasa, Ramón y Sucre, Carlos, *La caída y el colapso de la industria petrolera venezolana*, agosto de 2017, consultado en original, así como Monaldi, Francisco y Hernández, Igor, *Weathering Collapse: An Assessment of the Financial and Operational Situation of the Venezuelan Oil Industry*, CID Working Paper N° 327, 2016. De Monaldi, véase también: *The Collapse of the Venezuelan Oil Industry and Its Global Consequences*, The Atlantic Council, marzo de 2018, así como “El colapso de la industria petrolera venezolana y sus consecuencias globales”, en Oliveros, Luis, (editor), *La industria petrolera en la era chavista. Crónica de un fracaso*, AB Ediciones, Caracas, 2019, 173 y ss.

³⁹ Brewer-Carías, Allan, *Crónica de una destrucción. Concesión, nacionalización, apertura, constitucionalización, desnacionalización, estatización, entrega y degradación de la industria petrolera*, cit.

⁴⁰ Hernández G., José Ignacio, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016, pp. 5 y ss.

⁴¹ Hernández G., José Ignacio, *La privatización de facto de PDVSA y la destrucción del Petro-Estado venezolano. Del colapso de la industria petrolera a la licencia de Chevron*, cit.

⁴² La ausencia de autonomía fue incluso reconocida por quienes sostuvieron la legalidad de tales políticas socialistas. *Vid.*: Rondón de Sansó, Hildegard, *El régimen jurídico de los hidrocarburos*, Caracas, 2008, pp. 352 y ss.

Factor	Prueba
El Gobierno usa la propiedad de PDVSA como propias.	Se tomó en cuenta el uso de activos de PDVSA por el Gobierno de Venezuela, como aviones.
El Gobierno ignora la personalidad jurídica de PDVSA.	PDVSA, en prospectos de deuda, reconoce que obra a favor del Gobierno. El Gobierno ha considerado que PDVSA es parte de su estructura.
El Gobierno eliminó la autonomía de PDVSA al someterla al control político.	Diversos ministros han sido designados como directores de PDVSA, e incluso, el presidente de la empresa ha sido, regularmente, ministro del área del petróleo. En especial, el Presidente despide a empleados de PDVSA (en clara alusión a los despidos masivos acordados en 2002).
El Gobierno somete a PDVSA a controles para operaciones ordinarias.	Venezuela fija el precio de la gasolina y, además, obliga a PDVSA a vender crudo, en el marco de acuerdos internacionales, en especial, con China.
El Gobierno dicta políticas que obligan a PDVSA a actuar a su favor.	El Gobierno ha obligado a PDVSA a contribuir directamente con gastos públicos, en especial, a través de la relación con el FONDEN. También se consideraron acuerdos internacionales con Rusia y China.
Otros elementos de control	El Gobierno ha usado a PDVSA para adelantar políticas de expropiación

Cuadro n° 1. Factores de alter ego, según la sentencia de la Corte de Distrito de Delaware de 9 de agosto de 2018

Desde el Derecho Administrativo de Venezuela, lo cierto es que estas evidencias no podían ser fácilmente desvirtuadas, visto el grado evidente con el cual la autonomía funcional de PDVSA fue violada. Por ello, quizás el principal argumento de defensa frente a esta sentencia, y apartando aspectos procesales y de fondo, es que la Corte consideró que no era necesario acreditar que el control extensivo respondía a un fraude o injusticia, al punto de negar que tal injusticia hubiese quedado probado en el caso concreto⁴³. Por ello, el único elemento que se consideró fue el control extenso sobre las operaciones del día a día de la estatal petrolera.

Como vimos, solo PDVSA apeló pues la República compareció. Y aun cuando PDVSA alegó que la Corte debió haber considerado el elemento de fraude como obligatorio, el centro de su defensa consistió en negar que el Gobierno ejerciese un control sobre el día a día. Esta apelación, como vimos, hasta marzo, estuvo bajo control del Gobierno de Maduro, con lo cual, fue éste el que introdujo la práctica totalidad de las defensas, sin que fuese posible para la junta administradora *ad-hoc* cambiar el rumbo de esa defensa.

⁴³ La sentencia negó que la violación de la autonomía de PDVSA hubiese tenido como propósito evitar el pago de la deuda a favor de la empresa demandante. A decir verdad, los hechos eran muy distintos a los que dieron lugar al caso *Bancec*: Venezuela nunca transfirió activos abusivamente a PDVSA para eludir el pago de sus obligaciones. El control de PDVSA respondió a razones políticas, no económicas.

El 29 de julio de 2019 la Corte de Apelaciones declaró sin lugar el recurso de apelación de PDVSA. Para ello, la Corte de Apelaciones consideró que las dos condiciones derivadas de *Bancec* son alternativas, y que por ende, el control extensivo resulta suficiente. Al mismo tiempo, recordó que no hay una fórmula mecánica para desvirtuar la personalidad jurídica y que, por el contrario, se precisa realizar un análisis integral. Citando el caso *Rubin*, la Corte de Apelaciones para el Tercer Circuito amplió los factores antes comentados, para incorporar al análisis el nivel de control económico ejercido sobre PDVSA.

Así, este análisis considera (i) el nivel de control económico por parte del Gobierno; (ii) si las ganancias de la entidad van al Gobierno; (iii) el grado en que los funcionarios del Gobierno manejan la entidad o de otra manera tienen algo que ver con sus asuntos comerciales diarios; (iv) si el Gobierno es el beneficiario real de las utilidades producidas por la sociedad; y (v) si mantener la identidad separada daría derecho al Estado extranjero a beneficios económicos en los tribunales de los Estados Unidos y al mismo tiempo evitaría sus obligaciones. Este control económico, en todo caso, y como se advirtió en *Bancec*, no responde a fórmulas mecánicas sino, más bien, a la interpretación general de la relación entre el Estado y su instrumentalidad. Asimismo, y como recordó el Tercer Circuito, el control económico debe responder a un control extensivo, y no a la supervisión que normalmente cabe esperar en este tipo de relaciones.

Partiendo de esta diferencia entre el control u ordinario, y el control extensivo, la Corte de Apelaciones apreció los siguientes factores económicos interpretando el Derecho Administrativo de Venezuela:

Factor	Prueba
Control económico del Gobierno.	PDVSA, en prospectos de bonos, reconoció que sigue políticas económicas del Gobierno, en áreas no relacionadas con la industria petrolera. Incluso, el Gobierno controla la política de venta de petróleo, en especial, en el marco de acuerdos internacionales.
El Gobierno percibe las ganancias de PDVSA.	PDVSA paga tributos y otros conceptos al Gobierno.
El Gobierno interviene extensivamente en la gestión de PDVSA.	El Gobierno, por medio de ministros, interviene en la administración de PDVSA, en especial, ante la coincidencia del presidente de la empresa y el ministro del área. También se apreció el control militar. Asimismo, el Gobierno controla la gestión de los empleados de la empresa.
El Gobierno es el beneficiario de la conducta de la empresa.	A través de acuerdos internacionales de cooperación, el Gobierno extrae valor de PDVSA.
Mantener la separación jurídica implicaría un beneficio para el Gobierno.	Si la separación jurídica se mantiene, la República podría eludir el pago de sus obligaciones basadas en sentencias.

Cuadro n° 2. Factores económicos considerados por la Corte de Apelaciones para el Tercer Circuito.

El grado de control del Gobierno sobre PDVSA llevó al Tercer Circuito a concluir que “de hecho, si la relación entre Venezuela y PDVSA no puede satisfacer el requisito de control extensivo de la Corte Suprema, entonces, en ningún caso podría satisfacerse tal requisito”.

Fue esta sentencia, por cierto, una de las primeras decisiones que aceptaron que, debido al reconocimiento del presidente encargado, solo éste podía representar a Venezuela. De hecho, la República había invocado este reconocimiento para alegar un cambio de circunstancias que justificaba revisar la declaración de alter ego. Pero el Tercer Circuito negó que la declaratoria de alter ego solo pudiera declararse en función a las situaciones específicas de hecho del momento en el cual se dicta la medida de embargo, pues los factores debe pueden determinarse en función a una valoración integral. Empero, el Tercer Circuito reconoció que había elementos de hechos adicionales por considerar, pero remitió su valoración a la Corte de Delaware⁴⁴.

Precisamente, la Corte de Delaware volvió sobre este punto en sentencia de 14 de enero de 2021, en la cual respondió a las defensas presentadas por la República y PDVSA. En concreto, la Corte negó que el cambio de circunstancias fuese relevante, pues la medida de embargo dictada en 2018 no puede alterarse por hechos futuros. Pero al mismo tiempo, reconoció que ese cambio de circunstancias tenía implicaciones políticas que solo el Gobierno de Estados Unidos podía valorar, y que, de hecho, había ya valorado al dejar sentada su política según la cual, la OFAC no daría licencias para avanzar y ejecutar el embargo.

Tanto PDVSA como la República apelaron de esa decisión, pero la apelación fue desestimada por el Tercer Circuito el 18 de enero de 2022, al considerar que solo decisiones finales -y no interlocutorias- eran apelables. Esto es, que el Tercer Circuito reconoció que las objeciones formuladas por las partes de Venezuela podrán presentarse, una vez la Corte de Delaware tome una decisión final sobre todas esas objeciones al decidir sobre el embargo de las acciones de PDV Holding, Inc.

1. *Los cambios en la organización administrativa de PDVSA introducidos en el Estatuto de Transición y la opinión favorable del Gobierno de Estados Unidos sobre el restablecimiento de la autonomía de PDVSA en relación con Citgo*

Como el elemento principal empleado en 2018 para aplicar la tesis del alter ego fue el control extensivo sobre operaciones del día a día de PDVSA, el Estatuto de Transición dictado en 2019 restableció las reglas de gobernanza entre la Presidencia, PDVSA y PDV Holding, Inc. Esta regulación fue específicamente introducida para alegar que, desde el Estatuto, ya PDVSA no actuaba bajo el control extensivo del Gobierno, al menos, por lo que respecta a PDV Holding, Inc. El principal efecto de este cambio era impedir que la Corte declarara que, incluso después de 2018, PDVSA seguía siendo el alter ego de la República.

En efecto, tanto el Estatuto de Transición para regular la transición, como el Decreto n° 3 de organización de la junta administradora ad-hoc de PDVSA⁴⁵, prohibieron a la Presidencia de la República y a la Asamblea Nacional incidir en las operaciones del día a día de la junta ad-hoc y de PFV Holding. Además, la relación entre PDVSA y Citgo fue reconducida a las reglas de gobernanza que definen el control accionario bajo el Derecho Mercantil.

⁴⁴ La República ejerció el recurso de revisión (*certiorari*) ante la Corte Suprema (expediente n° 19-1049), quien, sin embargo, el 18 de mayo de 2020, decidió no oírlo, a resultas de lo cual la sentencia de 9 de agosto de 2018 quedó firme

⁴⁵ Gaceta Legislativa n° 8, de 5 de junio de 2019.

Como Allan R. Brewer-Carías concluyó, estas reformas regulatorias -en el ámbito en el que ellas operaron- restablecieron la autonomía de PDVSA⁴⁶.

La principal norma es, en este sentido, el artículo 34 del Estatuto, en concreto, su literal c, que fijó dos reglas de gobernanza:

“a) La gestión autónoma del giro comercial de PDV Holding, Inc. y sus filiales responderá a criterios de eficiencia comercial, dejando a salvo los mecanismos de control y rendición de cuenta que ejerza la Asamblea Nacional en el marco de sus atribuciones, y los demás mecanismos de control aplicables.

b) PDV Holding, Inc. y sus filiales no tendrán relación alguna con quienes hoy usurpan la Presidencia de la República. Mientras persiste tal situación de usurpación, PDV Holding, Inc. y sus filiales no realizarán ningún pago o aporte patrimonial a PDVSA.”

El artículo 13 del Decreto n° 3 prohibió a las organizaciones regidas por el Estatuto adoptar decisiones que incidan en el “*giro comercial cotidiano de PDV Holding*”. En especial, se prohibió interferir políticamente en la gestión de PDV Holding y sus empresas filiales, ratificando la autonomía técnica de la junta administradora ad-hoc, al punto que el presidente encargado no podía designar y remover libremente a sus miembros, al ser necesario el control de la Asamblea (artículos 8 y 9).

La Oficina del Procurador Especial presentó un escrito en nombre de la República ante la Corte de Delaware, en una de las causas en las cuales se debatía la declaratoria de alter ego⁴⁷, explicando por qué, bajo el Estatuto, existían límites que impedían a la IV legislatura y a la junta ad-hoc ejercer el control sobre el día a día. En concreto, en el párrafo 21 se afirmó:

“En conclusión, mediante las reformas regulatorias introducidas por el Estatuto de Transición a la Democracia y el Decreto No. 3, la Asamblea Nacional y el Gobierno Interino han restablecido la autonomía funcional de PDVSA, PDV Holding, Inc. y sus filiales.

De conformidad con dichas reformas, la Asamblea Nacional y el Gobierno Interino no ejercen control político sobre PDVSA, ni controlan las operaciones cotidianas de PDV Holding, Inc. o sus filiales”.

El nuevo régimen jurídico-administrativo aplicable a la junta administradora ad-hoc quiso poner fin a los factores considerados por la Corte de Delaware y el Tercer Circuito, por supuesto, solo respecto a PDV Holding, Inc., que era el único activo bajo control de la junta ad-hoc. El resto de las operaciones de PDVSA se mantuvieron bajo el control de Maduro, quien avanzó en la politización de esa empresa, en especial, bajo el inconstitucional estado de excepción dictado en 2016 y las sucesivas reorganizaciones acordadas por decreto. Al amparo de la llamada Ley Anti-Bloqueo, además, la gestión de PDVSA se volvió todavía más opaca e ineficiente⁴⁸. Empero, en tanto el Gobierno de Maduro no era reconocido en Estados Unidos, estas acciones no debían tener efecto sobre el juicio en Delaware. Nacho.

⁴⁶ Brewer-Carías, Allan, *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021*, cit.

⁴⁷ Caso *Tidewater Investment SRL et al v. Bolivarian Republic of Venezuela*, expediente n° 1:19-mc-00079-LPS.

⁴⁸ Hernández G., José Ignacio, *La privatización de facto de PDVSA y la destrucción del Petro-Estado venezolano. Del colapso de la industria petrolera a la licencia de Chevron*, cit. Sobre la llamada Ley Anti-Bloqueo, *vid.* Brewer-Carías, Allan, “El último golpe al Estado de derecho: una “Ley Constitucional” “Antibloqueo” para rematar y repartir los despojos de la economía estatizada, en un marco de secretismo y de inseguridad jurídica,” en *Revista de Derecho Público*, N° 169-170, enero-junio 2022, Caracas 2022, pp. 235-252,

En su posición planteada el 16 de julio de 2020, el Gobierno de Estados Unidos reconoció que el Gobierno de Venezuela había restablecido la autonomía de PDVSA en su rol de accionista de PDV Holding, Inc. La República y PDVSA argumentaron que la estatal petrolera no podía seguir siendo considerada como el alter ego de la República, en especial, en las muchas demandas que fueron acumulándose ante la Corte, luego de que ésta, en sentencia de 12 de diciembre de 2019, decidiera que todo acreedor de la República que demandase medida de embargo sobre las acciones de PDV Holding debía alegar y probar que PDVSA era el alter ego de la República.

Por supuesto, la autonomía funcional de PDVSA restablecida en el Estatuto no negó, ni habría podido hacerlo, los controles aplicables sobre esa empresa y, en especial, el control parlamentario. Así, el Derecho Constitucional de Venezuela somete a PDVSA a especiales controles visto su rol en la ejecución de políticas públicas petroleras. Estos controles abarcan, en especial, el control presupuestario, así como el control sobre los contratos de interés público suscritos por PDVSA. Además, y bajo la Ley Orgánica de la Administración Pública, la República ejerce tanto el control accionario como el control de tutela, en concreto, sobre la junta administradora. La autonomía funcional reconocida en el Estatuto impide a la República tomar decisiones de administración o gestión, pero no puede impedir ejercer controles ordinarios del Derecho Administrativo justificados por los principios de transparencia y rendición de cuenta. Desde los factores *Bancec* y *Rubin*, estos controles ordinarios no podían ser considerados como evidencia de alter ego, pues éste requiere algo más, a saber, un control extensivo⁴⁹.

III. LA NUEVA INTERPRETACIÓN ADOPTADA POR LA CORTE DE DELAWARE EN 2023 Y LOS RIESGOS SOBRE EL PATRIMONIO DE PDVSA

Entre 2019 y 2023, el juicio de embargo de las acciones de PDV Holding no avanzó de manera significativa, pues la política de sanciones impedía adelantar y ejecutar el proceso de venta de las acciones, con base en la medida de embargo dictada en 2018 y que, como ya explicamos, quedó firme. Además, la República, PDVSA y PDV Holding ejercieron plenamente sus defensas, dilatando el juicio. Ciertamente, la Corte tomó ciertas medidas preparatorias, incluyendo la designación de un auxiliar para conducir el proceso de venta, el Síndico Procurador (*Special Master* en inglés). Este proceso de venta solo versaba sobre la única medida de embargo existente, dictada en 2018, pues la Corte todavía conocía de diversas demandas de acreedores de PDVSA, pero en especial, de la República, que solicitaron también medidas de embargo.

Tal y como explicamos en la sección anterior, la República, bajo la representación ejercida por las organizaciones sometidas al Estatuto de Transición, no podía negociar con los acreedores para el reconocimiento y pago de su deuda, pues carecía de capacidad financiera. Pero al mismo tiempo, la transición política que el Estatuto anticipó, nunca se alcanzó, lo que inevitablemente, fue agotando las defensas de Venezuela en el juicio y, al mismo tiempo, agotando la tolerancia de la Corte frente a esas defensas. En realidad, Venezuela -más allá de la discusión sobre su representación- estaba en incumplimiento de sus obligaciones desde hacía ya demasiado tiempo. Con lo cual, el principio -al cual nos referimos antes- según el cual los Gobiernos deben honrar sus obligaciones y cumplir con las sentencias de las cortes federales, cada vez fue colocando a Venezuela en la posición del deudor que se escuda tras su soberanía para burlar sus obligaciones.

⁴⁹ Sobre los controles jurídicos sobre PDVSA en el marco del Derecho Administrativo, *vid.* Brewer-Carías, Allan, *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021, cit.*, pp. 303 y ss.

Fue sin duda este elemento el que más influyó en las decisiones que, durante 2023, aceleraron drásticamente los juicios pendientes en la Corte. De esa manera, el Gobierno de Estados Unidos decidió cambiar su política y, ahora, colaborar con el proceso de embargo, otorgándole a la Corte una licencia para emitir embargos. La Corte, por su parte, y tras retrasar el juicio por tres años, optó por avanzar y así, considerar que a pesar de los cambios introducidos en el Estatuto, PDVSA seguía siendo el alter ego de la República. Para llegar a esta conclusión, la Corte se apartó de sus propios precedentes para adoptar una interpretación flexible de los factores de *Bancec* y *Rubin*. En nuestra opinión, tal afirmación fue resultado de la que es la conclusión más importante afirmada por la Corte: Venezuela, más allá de la organización política que la represente, no puede eludir el cumplimiento de las sentencias dictadas por las cortes de Estados Unidos.

1. *El cambio de política de Estados Unidos y la nueva interpretación adoptada por la Corte de Distrito sobre los factores del alter ego*

El 7 de abril de 2023 el Departamento de Justicia envió una comunicación al Síndico Procurador designado por la Corte para conducir el embargo, indicándole que el Gobierno de Estados Unidos había cambiado su política para considerar que la protección de Citgo no era, ya, un objetivo estratégico, y que, por lo tanto, no se opondría al avance del proceso de venta. Tan es así que la OFAC revocó la interpretación fijada en 2019 e incluso, otorgó una licencia a la Corte para emitir embargos. La única limitación que se mantuvo en pie fue que, al ser las acciones de PDV Holding propiedades bloqueadas, sería necesario una autorización de la OFAC para ejecutar la venta. Pero la OFAC anticipó que evaluaría la licencia de manera favorable. Esto es, que en 2023 el Gobierno de Estados Unidos decidió colaborar con la Corte de Delaware en la ejecución del embargo.

Este cambio es contradictorio con el apoyo que el Gobierno de Estados Unidos ha dado al proceso de transición democrática en Venezuela. La contradicción es todavía mayor si recordamos cómo la OFAC ha flexibilizado la política de sanciones, permitiendo a PDVSA -bajo el control de Maduro- percibir nuevos ingresos fiscales, pero Maduro ha quedado liberado de la carga de atender los reclamos de la deuda. Esa carga recae sobre la IV legislatura, quien no tiene capacidad financiera para atender los reclamos. El efecto acumulado del cambio de política para reducir el nivel de protección de Citgo y la flexibilización de las sanciones, limitó más todavía la capacidad de la IV legislatura de atender los reclamos pendientes⁵⁰.

La Corte de Delaware procedió a decidir los casos que estaban pendientes, y fue así como en sentencia el 23 de marzo de 2023, que declaró que PDVSA seguía siendo el alter ego de la República, desechando -y en muchos casos, simplemente ignorando- las pruebas presentadas por la República y PDVSA. Otro detalle es que la Corte optó por no emitir medidas de embargo, sino dictar una figura -inexistente- de embargo condicionado⁵¹.

La sentencia de 23 de marzo de 2023 modificó la interpretación de los factores *Bancec* y *Rubin*, en el sentido que consideró como prueba del control extensivo, controles ordinarios basados en normas constitucionales o legales. Pero además, y lo que resultó mucho más grave, la Corte también consideró el grado de control ejercido por el Gobierno de Nicolás Maduro sobre PDVSA fuera de Estados Unidos. Este fue el elemento determinante, pues lo cierto es que la estrategia adoptada la IV legislatura no hubiese podido evitar la aplicación de

⁵⁰ Esta capacidad se había mermado luego de la reforma del Estatuto de Transición aprobada finalmente en 2023, y en la cual, en violación a la Constitución, se eliminó el cargo del presidente encargado y la oficina del procurador especial. Véase, sobre ello, a Brewer-Carias, Allan, *Comentarios constitucionales sobre una transición democrática que no fue 2019-2023*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023, pp. 383 y ss.

⁵¹ Esta sentencia ha servido para dictar otras órdenes de embargo.

la tesis del alter ego, visto el uso evidentemente político que el Gobierno de Maduro continúa haciendo de PDVSA⁵².

En tal sentido, analizaremos, por separado, las evidencias que consideraron tanto el control ejercido por el -así llamado- Gobierno de Guaidó como por el Gobierno de Maduro⁵³.

Así, la Corte, esta vez, clasificó a los factores de acuerdo con la metodología de la sentencia del Tercer Circuito de 2019. Este fue el resultado del análisis del “Gobierno de Guaidó”:

Factor	Prueba
Control económico del Gobierno.	El Gobierno controla a PDVSA en virtud de la Constitución, en especial, de sus artículos 12, 302 y 303, así como el artículo 34 del Estatuto de Transición. Asimismo, se consideró que el Gobierno de Estados Unidos dio a la oposición el control sobre cuentas bancarias de PDVSA, las cuales han sido usados para financiar su actividad y la actividad de la IV legislatura. Además, el Gobierno ha ofrecido tratar a las obligaciones de la República igual que las de PDVSA. También fueron considerados actos de control parlamentario sobre operaciones de endeudamiento.
El Gobierno percibe las ganancias de PDVSA.	La República es el único accionista.
El Gobierno interviene extensivamente en la gestión de PDVSA.	El Estatuto de Transición permite al presidente encargado designar a la junta administradora ad-hoc, quien, en consecuencia, ejerce el control sobre PDVSA, bajo los lineamientos del Gobierno. Además, la IV legislatura controla la designación de los miembros de la junta.
El Gobierno es el beneficiario de la conducta de la empresa.	El Gobierno ha declarado como política la protección de Citgo.
Mantener la separación jurídica implicaría un beneficio para el Gobierno.	La separación jurídica permitiría a la República obviar sus obligaciones.

Cuadro n° 3. Factores atribuidos al “Gobierno de Guaidó” en la sentencia de la Corte de Distrito de Delaware de 21 de marzo de 2023

⁵² Hernández G., José Ignacio, *La privatización de facto de PDVSA y la destrucción del Petro-Estado venezolano. Del colapso de la industria petrolera a la licencia de Chevron*, cit.

⁵³ Cabe aclarar que la Corte alude, en términos generales, al “Gobierno de Guaidó”, para aludir, en realidad, a la IV asamblea y los organismos administrativos creados bajo el Estatuto. En realidad, lo cierto es que cuando esa sentencia fue dictada, ya no existía el “Gobierno de Guaidó”, pues la figura del presidente encargado fue eliminada en la reforma del Estatuto de 2023. Vid.: Hernández G., José Ignacio, “La inconstitucional supresión del título de presidente encargado y la creación del gobierno interino parlamentario”, en Aguiar, Asdrúbal y Brewer-Carías, Allan, *El final del encargado de la presidencia y el gobierno parlamentario en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana-IDEA, Caracas, 2023, pp. 103 y ss.

Estos mismos factores se emplearon al clasificar la evidencia atribuible al Gobierno de Maduro:

Factor	Prueba
Control económico del Gobierno.	El Gobierno controla operaciones comerciales de PDVSA.
El Gobierno percibe las ganancias de PDVSA.	La República es el único accionista.
El Gobierno interviene extensivamente en la gestión de PDVSA.	El Gobierno militarizó la gestión de PDVSA e hizo designaciones basadas en motivos políticos. El ministro del área ha actuado en nombre de PDVSA.
El Gobierno es el beneficiario de la conducta de la empresa.	El Gobierno obliga a PDVSA a financiar gastos del Estado. Además, usa activos de PDVSA como aviones, y compromete importaciones a Cuba.
Mantener la separación jurídica implicaría un beneficio para el Gobierno.	La separación jurídica permitiría a la República obviar sus obligaciones

Cuadro n° 4. Factores atribuidos al “Gobierno de Maduro” en la sentencia de la Corte de Distrito de Delaware de 21 de marzo de 2023

Además del error de haber considerado las actuaciones del Gobierno de Maduro, pues no es el Gobierno reconocido en Estados Unidos, resalta la distorsión de los factores sobre el control extensivo. De entrada, no es racional afirmar que el “Gobierno de Guaidó” controló a PDVSA igual que el Gobierno de Maduro, cuando lo cierto es que las autoridades regidas por el Estatuto de Transición jamás pudieron controlar las operaciones de PDVSA. Mientras que el Gobierno de Maduro, por ejemplo, usaba empleados, aviones y oficinas de PDVSA, el presidente encargado no podía, en los hechos, llevar a cabo ninguna de esas acciones, pues la junta administradora ad-hoc jamás tuvo ni empleados, ni aviones ni oficinas. Para la Corte, el Gobierno de Maduro tuvo injerencia en las operaciones comerciales de PDVSA, incluyendo exportaciones, pero lo cierto es que la junta administradora ad-hoc nunca controló ninguna operación comercial. De hecho, sus dos únicos roles fueron la representación legal de PDVSA y el ejercicio de los derechos de accionista de PDV Holding, Inc. Asimismo, mientras que Maduro militarizó a PDVSA, el presidente encargado jamás tuvo control efectivo sobre la fuerza armada. Es por ello un error factual comparar a estas dos organizaciones en tanto a su grado de control, pues se ignora que las autoridades amparadas por el Estatuto no ejercieron el control territorial.

De otro lado, hay hechos que fueron claramente falseados, como la afirmación según la cual el Gobierno de Estados Unidos cedió el control sobre las cuentas de PDVSA en Estados Unidos, lo que nunca sucedió. También es falso, por ello, que PDVSA, bajo control de la junta ad-hoc, haya financiado gastos de la República: en realidad, esos gastos fueron financiados con recursos de la República, cedidos en calidad de préstamo por la junta administradora ad-hoc del Banco Central, de acuerdo con las cuentas mantenidas en el Banco de la Reserva Federal de Nueva York⁵⁴.

⁵⁴ Véase la información en: <https://www.bcvadhoc.com/>

Un especial ejemplo lo encontramos en el párrafo 85 de la sentencia, en el cual la Corte consideró que los lineamientos para la renegociación de la deuda publicados en julio de 2019 por la Oficina del Procurador Especial habían comprometido a PDVSA al obligar equiparar la deuda de ésta con la deuda de la República. Pero tal es una aseveración falsa, pues esos lineamientos, como en su momento explicamos, fueron antes que nada una propuesta y no una decisión obligatoria o vinculante para PDVSA. Con criterios técnicos -pues los lineamientos fueron elaborados con asesoría de expertos económicos y legales- se acotó que no se daría trato preferente a ningún acreedor, ni por el título de su deuda ni por la naturaleza del acreedor. Con ello se quiso salvaguardar el trato equitativo, cerrando la puerta para negociaciones individuales. Pero ello, por supuesto, no prejudgó, ni podría haberlo hecho, en las condiciones financieras de cada título, ni mucho menos se decidió dar, a los acreedores de PDVSA, el mismo trato financiero que a acreedores de la República⁵⁵.

Pero quizás el error más importante de esta decisión es que confundió el control extensivo con controles ordinarios. En especial, al analizar los hechos imputables al “Gobierno de Guaidó”, la Corte consideró como evidencia de los factores, controles constitucionales y legales sobre PDVSA, así como el ejercicio del control parlamentario por la Asamblea, y el ejercicio de controles administrativos. Sin embargo, como vimos, no todo control es suficiente para declarar el alter ego, y de allí la necesidad de diferenciar entre los controles ordinarios y los extensivos. PDVSA, como toda empresa del Estado y, en especial, como una empresa extractiva, debe obrar en el marco de controles derivados de la separación de poderes, como el control presupuestario. Para la Corte, en una evidente distorsión de los factores de *Rubin*, esos controles ordinarios son evidencia de un control sobre operaciones del día a día. De hecho, de las 42 evidencias -muchas de esas repetidas- que la Corte analizó el considerar el control del “Gobierno de Guaidó”, 12 responden a normas constitucionales y estatutarias, y 16 -el mayor número- es atribuible al control parlamentario ejercido por la Asamblea Nacional.

1. *La revisión del Tercer Circuito y la corrección de algunas de las conclusiones de la Corte de Distrito. Los nuevos factores de alter ego y el riesgo a las empresas públicas*

Tanto la República como PDVSA apelaron ante el Tercer Circuito, el cual suspendió la ejecución de las sentencias hasta que decidiera la apelación, la cual fue declarada sin lugar el 7 de julio de 2023. A diferencia de la sentencia apelada, esta decisión expone con mayor detalle diversos argumentos jurídicos que conviene repasar.

El Tercer Circuito consideró si la Corte de Delaware había respetado la inmunidad derivada de la FSIA, al declarar que PDVSA es el alter ego de la República, pues bajo esa Ley, lo cierto es que PDVSA y la República -como partes de un Gobierno extranjero- deben presumirse que actúan con personalidad jurídica separada. Tomando en cuenta los factores de *Bancec* y *Rubin*, la Corte recordó que no hay una fórmula mecánica para declarar el alter ego y que, por el contrario, es preciso determinar el contexto, tomando en cuenta, por analogía, la figura del levantamiento del velo corporativo en el Derecho Comercial.

Luego de estas reflexiones, el Tercer Circuito, citando a *Bancec*, aclaró que cambios de circunstancias políticas son irrelevantes, pues lo importante era examinar la conducta del Gobierno extranjero, y no de quién lo represente. Por ello, se desestimó cualquier diferencia entre el Gobierno de Maduro y las autoridades reguladas por el Estatuto, pues ambas fueron consideradas como parte del Gobierno de Venezuela. Venezuela, como ente soberano, es uno solo, y por ende, no es jurídicamente relevante diferenciar el cambio de representación operado en enero de 2019.

⁵⁵ El texto de los lineamientos puede consultarse en Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, cit., pp. 485 y ss.

Esta conclusión impidió que todos los cambios derivados del Estatuto de Transición fuesen considerados, en el sentido que el reconocimiento del presidente encargado y la actuación de las autoridades administrativas reguladas por el Estatuto, resultaron jurídicamente irrelevantes. Tanto más, bajo esta interpretación, la soberanía del Estado venezolano es una sola, al margen del Gobierno que actúe, con lo cual, las acciones del Gobierno de Maduro siguen siendo relevantes para considerar los factores de *Bancec* y *Rubin*. Por ello, al margen de las posibles acciones y omisiones de la IV legislatura y las autoridades administrativas regidas por el Estatuto, las acciones y omisiones de Maduro hubiesen sido suficientes para declarar a PDVSA como alter ego de la República en 2023.

A partir de allí, el Tercer Circuito abordó el “cuándo” de la declaratoria de alter ego. Como explicamos, la estrategia de defensa judicial de 2019 se basó en el argumento según el cual todo vínculo entre PDVSA y el Gobierno de Maduro había quedado roto y, con ello, todos los elementos considerados en 2018 para declarar a PDVSA como el alter ego ya no podían ser evaluados. Este cambio de circunstancias debía llevar a negar las nuevas demandas por alter ego presentadas en el 2020. Sin embargo, como también indicamos, el Tercer Circuito, en su sentencia de 29 de julio de 2019, y de manera más bien parca, se limitó a señalar que las evidencias para aplicar estos factores debían valorarse de manera general, y no limitadas a un momento dado.

Al volver sobre este tema, la Corte de Apelaciones amplió sus consideraciones. Así, negó que los factores de alter ego pudiesen quedar determinados por un elemento temporal, en tanto ello arbitrariamente daría paso a manipulaciones. Con ello, la Corte rechazó la dos tesis que las partes habían expuesto. Mientras que Venezuela sostiene que esos factores solo pueden evaluarse al momento de presentar la demanda, los acreedores afirman que el momento relevante es cuándo se ocasionó el daño. La conclusión de la Corte de Apelaciones es que las evidencias para acreditar los factores deben evaluarse de manera integral hasta el momento en que se notifica la medida de embargo:

“Seguimos el precedente de la Corte Suprema basado en la “aplicación de principios equitativos internacionalmente reconocidos para evitar la injusticia que resultaría de permitir que un Estado extranjero se beneficie de nuestros tribunales mientras elude las obligaciones del derecho internacional” (...) Y concluimos que la investigación del alter ego debe considerar todos los hechos relevantes hasta el momento de la notificación de la orden de embargo” (paréntesis agregado).

A pesar de que hay muchas lagunas en este razonamiento, el principio afirmado es muy claro: el Gobierno extranjero -Venezuela, en este caso- no puede revertir los elementos que llevaron al control extensivo de la instrumentalidad, pues ello ocasionaría un trato injusto. Conviene extraer dos conclusiones de esa afirmación.

La *primera conclusión* es que el Gobierno de Venezuela reconocido en Estados Unidos desde el 23 de enero de 2019, no hubiese podido cambiar los elementos que llevaron a declarar el alter ego, tal y como intentó con las nuevas reglas de gobernanza adoptadas para PDVSA y PDV Holding, Inc. Luego, el extensivo control político del Gobierno de Maduro sobre PDVSA es, en sí mismo, un elemento de suficiente peso como para declarar el alter ego.

La *segunda conclusión* es que esta conclusión se asumió en función a servir a un valor superior, cual es evitar un trato injusto a los acreedores. Así, de haber prosperado las defensas presentadas desde 2019, los acreedores de la República, basados en sentencias firmes, hubiesen quedado desprotegidos, visto que la República no ha cumplido con esas sentencias. Pudiera inferirse, por ello, que si la República no hubiese estado en incumplimiento reiterado de sus obligaciones desde el 2017, la Corte de Apelaciones hubiese concluido que no hay razones de justicia para evaluar el cambio en los controles ejercidos sobre PDVSA.

Luego de llegar a esta conclusión, en realidad, el Tercer Circuito ya había desestimado la apelación, pues es irrelevante considerar los cambios introducidos en la gobernanza de PDVSA y PDV Holding, Inc. luego de 2019. Por ello, la Corte analizó los factores considerando la totalidad del control que Venezuela, como soberano, ejerce sobre PDVSA, para concluir que claramente PDVSA es el alter ego de aquélla. Con esta afirmación, el Tercer Circuito cambió la metodología empleada por la Corte de Delaware, pues no diferenció entre el Gobierno de Maduro y el “Gobierno de Guaidó”, sino que analizó, comprensivamente, la relación entre Venezuela y PDVSA, distinguiendo evidencias tanto en Estados Unidos como fuera.

Veamos cuáles fueron las evidencias tomadas en cuenta para cada uno de los factores.

Factor	Prueba
Control económico del Gobierno.	<p>Venezuela ejerce control económico significativo sobre PDVSA de acuerdo con los artículos 12, 302 y 303 de la Constitución. Para ello, consideró dos grupos de evidencias:</p> <p>El Gobierno de Maduro ha ordenado mover filiales de PDVSA y ha militarizado a la empresa.</p> <p>El “Gobierno de Guaidó” mantiene control de las cuentas bancarias de PDVSA, y ha actuado en nombre de esa empresa.</p>
El Gobierno percibe las ganancias de PDVSA.	<p>La República es el único accionista, y como tal, recibe ingresos de PDVSA.</p>
El Gobierno interviene extensivamente en la gestión de PDVSA.	<p>El Gobierno es quien controla la gestión de recursos humanos. Dos grupos de evidencias fueron considerados:</p> <p>El Gobierno de Maduro decide sobre la gestión de personal y la administración de PDVSA, incluyendo la designación de militares. Asimismo, controla a la empresa con fines políticos.</p> <p>El “Gobierno de Guaidó” designa y remueve a los directores de la junta administradora ad-hoc. Y la IV legislatura controla la gestión financiera de PDVSA.</p>
El Gobierno es el beneficiario de la conducta de la empresa.	<p>PDVSA existe para el beneficio de Venezuela. Aquí, se consideraron dos grupos de evidencias:</p> <p>El Gobierno de Maduro ha usado a PDVSA para pagar gastos de la República, y le cedió a la empresa derechos mineros. Además, el Gobierno obliga a PDVSA a vender petróleo en ciertas condiciones. Funcionarios de ese Gobierno han usado aviones de la empresa.</p> <p>El “Gobierno de Guaidó”, a través de la junta ad-hoc, ha asumido como política la protección de Cítgo.</p>

Mantener la separación jurídica implicaría un beneficio para el Gobierno.	Venezuela y PDVSA se benefician del sistema de justicia si se mantiene la separación jurídica, pues los acreedores quedarían desprotegidos.
---	---

Cuadro n° 5. Factores considerados en la sentencia de la Corte de Apelaciones para el Tercer Circuito de 7 de julio de 2023

Hay elementos de semejanza y diferencia con la aplicación de estos factores por la Corte de Delaware. Así, puede observarse que en ambos casos, se consideraron como evidencia, controles que no solo no son extraordinarios, sino que además, son inevitables en empresas como PDVSA. Así, toda empresa pública, pero en especial, toda empresa nacional petrolera, tiene por único accionista a la República -o el nivel que corresponda en la Administración Pública Nacional Central-. Y como toda sociedad mercantil, la empresa pública paga dividendos a la República, con la importante acotación que, en el caso de la empresa pública petrolera, estos dividendos forman parte del llamado *govenment take*, o sea, el ingreso fiscal petrolero⁵⁶. En Estados que son, institucionalmente, Petro-Estados, este ingreso fiscal petrolero es fundamental.

Lo anterior explica por qué la Administración Pública Nacional Central controla a la empresa pública por medio de instrumentos de Derecho Administrativo -el control de tutela, por ejemplo- y además, por qué el Gobierno dicta las políticas petroleras en cuyo ámbito debe actuar la empresa pública⁵⁷. Tanto más, observamos, en los Estados que son miembros de la Organización de Países Exportadores de Petróleo, pues el cumplimiento de las cuotas presupone un grado de control político. Tanto más, las empresas públicas petroleras deben someterse a controles para asegurar su gestión democrática y transparente, y en modo alguno esos controles pueden ser considerados indicio de un control extensivo⁵⁸.

El Tercer Circuito, al considerar elementos de control que no solo no son extensivos, sino que, además, son normales necesarios en toda empresa pública petrolera, y necesarios, además, en el marco de la democracia constitucional, se apartó de un principio rector derivado del precedente *Bancec*: no todo control sobre la instrumentalidad es un control extensivo. Pero debe advertirse que a pesar de que estas evidencias colocan en riesgo a toda empresa pública, en especial, en el sector petrolero, el Tercer Circuito aclaró que no es necesario demostrar el control absoluto sobre operaciones del día a día, y que por el contrario, es necesario analizar todos los elementos. Luego, estos controles ordinarios, en otro contexto institucional, pudiesen resultar insuficientes para demostrar el alter ego.

⁵⁶ Carmona, Juan Cristóbal, *Actividad petrolera y finanzas públicas en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016, pp. 49 y ss.

⁵⁷ El Petro-Estado describe a aquellos Estados en los cuales el Poder Ejecutivo es propietario del subsuelo, explota en monopolio el petróleo y obtiene ingresos fiscales petroleros de los cuales depende, y que se diferencian entre dividendos, regalías e impuestos. Venezuela es -o al menos, era hasta el colapso de la industria- un Petro-Estado, todo lo cual explica los controles sobre PDVSA. Vid.: Hernández G., José Ignacio, *La privatización de facto de PDVSA y la destrucción del Petro-Estado venezolano. Del colapso de la industria petrolera a la licencia de Chevron*, cit. De hecho, como explica Brewer-Carías, PDVSA nunca fue diseñada para ser un ente independiente del Estado de Venezuela. Vid.: *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021*, cit., pp. 303 y ss.

⁵⁸ En el Derecho Administrativo de Venezuela, PDVSA, como toda empresa pública, se somete a controles -el control de tutela y accionarial- que aseguran su sometimiento pleno al ordenamiento jurídico, y a principios como la transparencia y la rendición de cuentas. Vid. Caballero Ortíz, Jesús, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 53 y ss.

La principal diferencia con la sentencia de la Corte de Distrito es que el Tercer Circuito sí consideró que el “Gobierno de Guaidó” no estaba en las mismas condiciones que el Gobierno de Maduro:

“Es cierto que el Gobierno de Guaidó ha alentado a la Junta Ad Hoc de PDVSA a volverse más independiente, pero dado el continuo control extremo del gobierno de Maduro sobre PDVSA en Venezuela y en el exterior, y el control sustancial del gobierno de Guaidó sobre las operaciones estadounidenses de PDVSA, los hechos revelan el importante control económico que tiene Venezuela sobre PDVSA a través de ambos gobiernos rivales”.

Ese “control sustancial” en Estados Unidos, en realidad, derivó de las normas constitucionales y estatutarias que rigen a la junta administradora ad-hoc. Así, en modo alguno puede ser elemento de evidencia del control extensivo, que los miembros de la junta administradora son designados por el presidente encargado, pues todos los administradores son siempre designados por su accionista, que en este caso es la República, actuando a través de la Administración Pública Nacional Central. De otro lado, no se tomó en cuenta que, a diferencia del régimen ordinario de designación de los administradores de PDVSA, la designación y remoción de los miembros de la junta administradora se sometió al control de la Asamblea para reforzar su autonomía, siguiendo así el régimen de designación de los directores del Banco Central de Venezuela⁵⁹. El presidente encargado nunca tuvo el poder discrecional de designar y remover a los miembros de la junta administradora, a diferencia de lo que sucede en la práctica en el régimen ordinario de PDVSA.

Asimismo, el Tercer Circuito reconoció que el “Gobierno de Guaidó” no ha tomado similares acciones a las emprendidas por el Gobierno de Maduro para beneficiarse de PDVSA:

“El Gobierno de Guaidó no ha tomado medidas idénticas, pero sigue considerando a PDVSA como clave para avanzar en sus objetivos políticos. El Tribunal de Distrito de Delaware determinó que la Junta Ad Hoc de PDVSA describió repetidamente su misión como la de salvaguardar sus activos para el país de Venezuela, y que “el Sr. Guaidó y su gobierno caracterizan regularmente a PDVSA y sus activos relacionados, como CITGO, como activos del Estado” (...) Como señala Venezuela, las declaraciones del Gobierno de Guaidó en el Estatuto de Transición a la Democracia y el Decreto Presidencial No. 3 han alentado a PDVSA a actuar económicamente en lugar de “en nombre del gobierno a sus propias expensas” (paréntesis añadido).

Esta afirmación rectificó las falsas afirmaciones de la Corte de Delaware, que equiparó, sin más, a la IV legislatura y las organizaciones administrativas amparadas en el Estatuto con el Gobierno de Maduro, cuando lo cierto es que esas organizaciones no pudieron, por razones fácticas, disponer de todos activos de PDVSA, los cuales se mantienen, en su vasta mayoría, en control del Gobierno de Maduro. El único activo controlado fue Citgo, pero ese control no fue extensivo, sino que derivó del control accionarial ordinario ejercido sobre PDVSA y PDV Holding, Inc., respectivamente. Y, por otro lado -esto tampoco fue considerado- la junta administradora ad-hoc no podía disponer de los activos de Citgo, al ser propiedades bloqueadas por la regulación de las sanciones.

Por ello, como bien reconoció el Tercer Circuito, el “*Gobierno de Guaidó no ha tomado medidas idénticas*”, y además, las declaraciones del Gobierno de Guaidó en el Estatuto de Transición a la Democracia y el Decreto Presidencial No. 3 han alentado a PDVSA a actuar económicamente en lugar de “*en nombre del gobierno a sus propias expensas*”.

⁵⁹ Hernández G., José Ignacio, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela*, cit., pp. 222 y ss.

Pese a ello, sin embargo, y de manera errada, se consideró como prueba de control extensivo el que la junta administradora ad-hoc afirmara que su misión es “*la de salvaguardar sus activos para el país de Venezuela*”, y que “*el Sr. Guaidó y su gobierno caracterizan regularmente a PDVSA y sus activos relacionados, como CITGO, como activos del Estado*”. Dos apreciaciones cabe formular al respecto, desde el Derecho Público de Venezuela.

La *primera* es que esa misión de la junta administradora no fue definida por ésta, sino que deriva directamente del Estatuto, cuyo artículo 15 fijó como uno de sus objetivos, resguardar los activos del Estado, siendo ese el principal objetivo de las juntas administradoras según el literal a) de ese artículo. El resguardo de esos activos es, en realidad, un mandato que deviene del deber de diligencia frente al patrimonio público.

La *segunda* acotación es que no es prueba de control extensivo afirmar que Citgo es propiedad del Estado, pues en efecto lo es⁶⁰. La expresión “Estado” es empleada en el artículo 15 del Estatuto, para comprender en general a todo el sector público⁶¹. Esta expresión arropa, así, a diversas personas jurídicas que forman parte de ese sector, y que incluyen no solo a la República y a PDVSA, sino también a PDV Holding, Inc. En efecto, esta empresa es una filial directa de PDVSA, con lo cual, sus acciones son parte del patrimonio de PDVSA sometido a la Ley contra la Corrupción⁶². Luego, afirmar que PDV Holding, Inc., es parte del Estado, debe ser interpretado desde el contexto del régimen de control sobre el patrimonio público, y que es un control ordinario, no extraordinario o extensivo.

En contra de la sentencia dictada por el Tercer Circuito el 7 de julio de 2023, la República formuló petición de revisión (*certiorari*) ante la Corte Suprema⁶³. En esta oportunidad, la Corte Suprema decidió abrir una incidencia para determinar si admitía o no el recurso, pero decidió no admitirlo, el 8 de enero de 2024. Como se sabe, el recurso de revisión es gracioso, con la cual la Corte Suprema solo toma casos que considere de trascendencia en su condición de máximo y último interprete del ordenamiento jurídico. Probablemente la Corte Suprema apreció que esta disputa no era de interés a los fines de marcar un precedente, a pesar de que este caso, como hemos explicado, envuelve importantes aspectos relacionados con la FSIA. Tampoco contribuyó el hecho de que el Gobierno de Estados Unidos no haya apoyado, con un escrito, la admisión del recurso, lo que hubiese permitido aclarar aspectos importantes en el ámbito de las inmunidades de Estados extranjeros. Pero como vimos, ese Gobierno optó por no interferir en el proceso.

2. *Recapitulación: de un embargo a un confuso proceso concursal*

Este caso, como aclaramos, comenzó con la petición de un acreedor de solicitar medida de embargo sobre las acciones de PDV Holding, Inc. Hasta el 2023, y salvo las muchas actuaciones realizadas por la Corte de Delaware y el Síndico Procurador, el caso no avanzó sustancialmente, pues en virtud de la política de sanciones adoptada en 2019, no era posible emitir, notificar y mucho menos ejecutar medidas de embargo. Pero luego del cambio de política, anunciado el 7 de abril de 2023, la Corte no solo avanzó en las peticiones pendientes, sino que, en la práctica, convirtió este juicio en una suerte de proceso concursal.

⁶⁰ Desconocemos si, en efecto, esta afirmación fue o no realizada. Nos limitamos al análisis de la sentencia, que basada en reportes expertos, concluyó que tal afirmación sí había sido efectuada.

⁶¹ Sobre el concepto de Estado en el Derecho Administrativo de Venezuela, *vid.* Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen I*. Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 669 y ss.

⁶² Hernández G., José Ignacio, “Las filiales extranjeras de empresas del Estado en el Derecho Administrativo venezolano. El caso de Citgo”, *cit.*

⁶³ Expediente n° 23-140.

Fue así como, en diversas decisiones⁶⁴, la Corte invitó a otros acreedores a registrar sus acreencias en contra de la República y PDVSA, creando un proceso especial, con siete pasos en el cual -quinto paso- la Corte emitiría una medida de embargo condicionado, hasta que finalmente el embargo fuese emitido y notificado. Esto permitió calificar a los acreedores adicionales que registraron sentencias a su favor ante la Corte, en contra de la República y PDVSA, pero dentro de los lapsos creados por la Corte⁶⁵.

El resultado de este activismo judicial, como no podía ser de otra manera, es un tremendo desorden procesal. Con sentencias que superan los 30.000 millones de dólares en condena dictadas por las cortes de Estados Unidos, el llamado público realizado por la Corte resultó en una larga petición de acreedores. Al final, y quizás consciente de su error, la Corte decidió limitar en el tiempo el registro de sentencias, a pesar de que, de nuevo, no existe ninguna norma procesal que fije ese lapso. De allí que algunos acreedores fueron acreditados, pero muchos otros fueron excluidos. El 1 de mayo de 2024, el Síndico Procurador presentó en resumen con el listado de acreedores registrados, cuyo contenido se resume en la tabla incluida en el anexo.

En total, el estimado de reclamaciones ajustado al 31 de diciembre de 2024, es 22.222.314.127,74 de dólares, de los cuales el 85% corresponde a acreedores de la República y que cuentan a su favor con una sentencia que declara el alter ego. Como resultado de ello, el producto del proceso de embargo de las acciones de PDVH Holding, Inc., no será suficiente para cubrir todas esas acreencias. Además, la Corte de Delaware fijó un orden de prioridades (18 en total) que no depende de cuánto el embargo fue notificado, sino del momento en el cual la Corte, a su arbitrio, decidió sobre la demanda. Por ello, este proceso se aparta del principio procesal del Derecho de Estados Unidos, según el cual, el acreedor que logra notificar primero el embargo tiene derecho al cobro íntegro de su acreencia. Pero aquí, el orden de prioridad no dependió de la notificación sino de la decisión discrecional de la Corte.

El resultado es un distorsionado proceso concursal, pues hay una suma de acreedores que intentan cobrar sus acreencias en contra de la prenda común, las acciones de PDV Holding, Inc. Es, sin embargo, un proceso distorsionado, pues no solo no se sigue el proceso de bancarrota -que hasta ahora, no ha sido aplicado por PDV Holding, Inc.- sino que además, los acreedores no cobrarán según el porcentaje de su crédito, sino en el orden discrecionalmente fijado por la Corte.

A ello se le debe agregar que, como anticipó el Síndico Procurador en audiencia celebrada el 17 de mayo de 2024, es posible que, del producto recaudado por la venta, se constituya una cuenta para asegurar el pago de los tenedores de los Bonos PDVSA 2020, cuya nulidad fue demandada ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York en 2019, en un juicio pendiente de decisión⁶⁶. Más allá de los reparos legales que esta solución pueda tener, lo cierto es que, como consecuencia, el monto a repartir entre los acreedores será mucho menor.

CONCLUSIONES

Hasta ahora, el Derecho Público de Venezuela no ha prestado mucha atención al régimen jurídico del contrato público de deuda externa, su incidencia con el Derecho Extranjero y, en especial, sus consecuencias en el marco de demandas ante cortes extranjeras en contra de la Administración Pública, por el incumplimiento de tales contratos. Pero el endeudamien-

⁶⁴ Por ejemplo, véanse las sentencias de 10 de mayo y 27 de julio de 2023, entre otras.

⁶⁵ Sentencia de 18 de enero de 2024.

⁶⁶ *Vid.*: Hernández G., José Ignacio, "A propósito del caso de los bonos PDVSA 2020 y la interaplicación del Derecho Mercantil y Constitucional" en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 6, 2021, pp. 105 y ss.

to irresponsable promovido durante los Gobiernos de Chávez y Maduro, junto al incumplimiento desordenado de la deuda pública acordada unilateralmente por éste en 2017, se ha traducido en decenas de demandas ante cortes extranjeras.

En este estudio tan solo hemos analizado una de esas demandas, cuyas reclamaciones alcanzan, aproximadamente, el 11% del total de la deuda externa. Así, de la revisión del expediente en la demanda que conoce la Corte de Distrito de Delaware, y las incidencias conocidas por la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito, surgen algunas conclusiones importantes desde la perspectiva del Derecho Público venezolano.

La *primera conclusión* es que, a resultas de las demandas conocidas por la Corte de Delaware, el Derecho Público venezolano ha sido aplicado extraterritorialmente, en especial, para decidir sobre la representación judicial de la República y PDVSA. Han sido así cortes de Estados Unidos las que han interpretado el Estatuto de Transición y otras normas constitucionales y legales, a los fines de acreditar la representación judicial y, además, precisar otros aspectos de las obligaciones en discusión.

En *segundo lugar*, como parte de esta aplicación extraterritorial, la invalidez del contrato de transacción por quien detenta el cargo de Procurador General de la República fue hecha valer por las autoridades administrativas reguladas en el Estatuto de Transición, a los fines de desconocer tal contrato, como luego lo ratificó la Asamblea Nacional. Aun cuando esta decisión no dio lugar a ningún debate en el proceso, lo cierto es que ella demuestra cómo la invalidez de actos y contratos bajo el Derecho Público de Venezuela es relevante ante cortes extranjeras.

La *tercera conclusión* es que el concepto de prerrogativas, propio de la jurisdicción contencioso-administrativa, no es desconocido en el Derecho de Estados Unidos, de acuerdo con el principio de inmunidad de jurisdicción, actualmente regulado en la FSIA. PDVSA, pero especialmente la República, goza de inmunidad en Estados Unidos y además, se favorece de un régimen procesal especial. Sin embargo, hasta marzo de 2019, el Gobierno de Maduro no invocó esa inmunidad, pues decidió que la República no interviniese en el juicio. Esta estrategia, adversa a la protección de los intereses del Estado, fue revertida luego del reconocimiento del presidente encargado.

La *cuarta conclusión*, es que la deuda pública externa venezolana ha derivado en decenas de sentencias dictadas por cortes de Estados Unidos. Como resultado, los acreedores ya no invocan su condición jurídica original (por ejemplo, tenedores de bonos o inversionistas con laudos arbitrales a su favor), en tanto ellos son acreedores basados en sentencias y, como tal, tienen derecho a hacer cumplir esas sentencias ante el Poder Judicial de Estados Unidos. Precisamente, los casos conocidos por la Corte de Delaware se basan en la ejecución de sentencias, dictadas con ocasión a obligaciones contraídas antes de 2016.

En *quinto lugar*, de acuerdo con la FSIA, las cortes deben presumir que la República y PDVSA tienen personalidad diferenciada, salvo que, de acuerdo con los factores *Bancec* y *Rubin*, acreedores de la República demuestren que ésta ejerce un control extenso sobre PDVSA, de acuerdo con la valoración integral de las actuaciones del Estado de Venezuela hasta el momento en que el embargo es notificado. Bajo este criterio, en realidad, el llamado Gobierno Interino nada hubiese podido hacer para revertir las evidencias que, en 2018, llevaron a la Corte de Delaware a declarar, por vez primera, que PDVSA era el alter ego de la República. Además, como sea que el Gobierno de Maduro ha continuado con sus políticas predatorias sobre PDVSA, el control extensivo se hubiese declarado, al margen de las acciones adoptadas por las autoridades regidas por el Estatuto de Transición.

En todo caso, y en *sexto lugar*, la Corte de Delaware -y en menor medida, la Corte del Tercer Circuito- emplearon en 2023 una interpretación mucho más laxa de los factores *Bancec* y *Rubin*, para concluir que controles ordinarios sobre PDVSA, propios del Derecho Administrativo, constituyen evidencia de alter ego. Esto genera un riesgo importante para las empresas públicas, en especial, las empresas nacionales petroleras. En adición, la Corte de Delaware, en 2023, equiparó el control ejercido por el Gobierno de Maduro con el control derivado del Estatuto de Transición, afirmación que desconoció los hechos: la junta administradora ad-hoc nunca controló las operaciones de PDVSA, ni sus activos. Solo ha actuado como accionista de PDV Holding, Inc., además, en el marco de las restricciones impuestas por la regulación de las sanciones.

En consecuencia, de ello, y en *séptimo lugar*, el régimen jurídico de PDVSA de acuerdo con el Derecho Administrativo de Venezuela también tiene aplicación extraterritorial, pues la violación a la autonomía funcional de PDVSA, objeto de diversos estudios por la doctrina, fue el elemento determinante para la calificación de alter ego. Por ello, una de las muchas tareas pendientes en el rediseño del marco jurídico de los hidrocarburos, es restablecer la autonomía de PDVSA.

En *octavo lugar*, el proceso ante la Corte de Delaware comprobó que las llamadas sanciones, como actos administrativos que restringen operaciones de PDVSA dentro de la jurisdicción de Estados Unidos, tienen un efecto colateral de protección de los activos de ésta. Este efecto fue afirmado en la política del Gobierno de Estados Unidos adoptada entre 2019 y 2020, en la que se concluyó que, en virtud de esas restricciones, la Corte de Delaware no podía avanzar en la subasta sin una licencia de la OFAC, que ésta negó. Pero en 2023 el Gobierno cambió su política, para favorecer el proceso de venta, al punto que la OFAC emitió una licencia individual a la Corte. A partir de allí, el proceso se aceleró hasta degenerar en una suerte de proceso concursal.

Por último, y en *noveno lugar*, Venezuela se ha enfrentado, ante la Corte de Delaware, a una situación similar a la que, en la década anterior, se enfrentó Argentina ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York⁶⁷. Cuando un soberano reiteradamente incumple sentencias en el marco del incumplimiento (default) de su deuda, las cortes suelen tomar medidas excepcionales y, en cierto modo, drásticas, para evitar que los soberanos eludan su responsabilidad, incluso, a través de la FSIA. Si repasamos la lista de acreedores que esperan en la Corte de Delaware, podremos ver que la reclamación más antigua fue interpuesta en 2002. La reclamación basada en laudos arbitrales más antigua tiene ya diez años. Venezuela, desde hace más de una década, ha obviado el cumplimiento de sus obligaciones y rehusado al pago de su deuda. Hasta el 2019, esta actitud de contumacia fue mantenida por el Gobierno de Chávez y luego, el Gobierno de Maduro, quien desde el 2017 ha prometido una renegociación que, hoy, sigue esperando⁶⁸.

El llamado Gobierno Interino, que desde el 2019 representa a Venezuela en Estados Unidos, diseñó una estrategia para revertir las consecuencias adversas de la contumacia de Venezuela. Así, los lineamientos para la renegociación de la deuda -que nuevamente, no fueron vinculantes ni comprometieron a PDVSA- presentaron no solo las guías de cómo la deuda podría ser renegociada, sino que, lo más importante, reconoció tal deuda, rechazando cualquier idea de repudio, pero salvando las defensas basadas en la invalidez de ciertos títu-

⁶⁷ Makoff, Gregory, *Default. The Landmark Court Battle over Argentina's %100 Billion Debt Restructuring*, Georgetown University Press, Washington, D.C., 2024, pp. 61 y ss.

⁶⁸ Véanse los principales datos sobre el default de la deuda de Venezuela en Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, ciy., pp. 276 y ss.

los. En sus primeras actuaciones ante las cortes, Venezuela -bajo la representación ejercida en los términos del Estatuto- reiteró su disposición de renegociar la deuda, solicitó y obtuvo suspensiones parciales de juicios, y negoció con demandantes. Sin embargo, y como los lineamientos ratificaron, la renegociación de toda la deuda solo podía hacerse una vez se conformara un Gobierno legítimo, y las sanciones fuesen levantadas. El llamado Gobierno Interino no tenía, así, ni la capacidad financiera, ni el mandato constitucional y democrático de renegociar de la deuda. Su misión era más acotada, pero no por ello simple: ordenar los muchos litigios pendientes, exponer públicamente la voluntad de Venezuela de renegociar su deuda y diferir todos los riesgos inminentes sobre Citgo, lo que como vimos, se logró efectivamente a fines del 2019.

Pero la transición no se dio e inevitablemente, los reclamos se acumularon. En octubre de 2023, el Gobierno de Maduro y la Plataforma Unitaria, en Barbados, se comprometieron a proteger Citgo, pero esta promesa también ha sido incumplida por el Gobierno. En la práctica, se ha insistido en hacer cumplir la llamada *Ley para la Protección de los Activos, Derechos e Intereses de la República y sus Entidades en el Extranjero*, que más allá de normas retóricas, desconoce todo acto jurídico realizado por la IV legislatura y además, crea un registro de “sujetos infractores” (artículo 11), incluyendo a todo acreedor que negocie con las autoridades que, hasta el 5 de enero de 2025, son reconocidas como el Gobierno de Venezuela en Estados Unidos⁶⁹.

Frente a la Corte de Delaware, todos estos matices son irrelevantes. Uno de los muchos defectos del marco jurídico aplicable a los litigios de deuda externa es que, frente a cortes, estos litigios son, tan solo, procesos para hacer cumplir contratos u obligaciones sometidas al Derecho Constitucional de Estados Unidos. No es de extrañar que tanto la Corte del Distrito de Delaware como la Corte del Tercer Circuito, hayan insistido en reprochar el reiterado incumplimiento de las sentencias de los tribunales. Conviene citar los párrafos finales de la sentencia dictada por la Corte de Delaware el 31 de mayo de 2024:

“Este litigio ya se ha extendido a casi siete años. Fue precedido por más de cinco años de arbitraje. Las Partes de Venezuela han tenido innumerables oportunidades de cuestionar todas las decisiones de este Tribunal, y lo han hecho a menudo. Otras oportunidades para objetar, en particular la evaluación de la Corte de la recomendación final del Síndico Procurador sobre si aprobar o no una transacción (con los Bonos PDVSA 2020) están por venir. Las Partes de Venezuela también pueden valerse del acceso a la OFAC, y tal vez a otros formuladores de políticas, en sus continuos esfuerzos por evitar que esta Corte cumpla con sus responsabilidades judiciales.

Mientras tanto, sin embargo, la Corte procederá a continuar con el procedimiento de venta. Al hacerlo, esta Corte está actuando bajo una directiva de la Corte de Apelaciones para el Tercer Circuito. Ya en 2019, el Tercer Circuito le dijo al mundo –y, desde una perspectiva más provincial, instruyó a esta Corte– que “[c]ualquier resultado en el que no se pague a Crystallex significa que Venezuela ha eludido sus obligaciones” (...) Esta Corte, entonces, está obligada, por su papel en la jerarquía judicial, a tomar todas las medidas razonables y legales para evitar un resultado en el que Venezuela logre incumplir con sus obligaciones de pagar sus deudas” (paréntesis añadido).

Fue precisamente el reiterado incumplimiento a sus obligaciones lo que llevó, tanto a la Corte de Delaware como al Tercer Circuito, a inclinar la balanza a favor del alter ego. De no aplicarse esa tesis, Venezuela podría eludir el cumplimiento de obligaciones. Aquí, de nuevo, salta a vista las consecuencias de la arbitraria decisión adoptada en 2017, cuando se optó por

⁶⁹ Acceso a la Justicia, “Ley para la Protección de los Activos, Derechos e Intereses de la República y sus Entidades en el Extranjero”, 2 de junio de 2023, tomado de: <https://accesoalajusticia.org/ley-para-la-proteccion-de-los-activos-derechos-e-intereses-de-la-republica-y-sus-entidades-en-el-extranjero/>

suspender unilateralmente el pago de la deuda externa. Tras casi 7 años, no es de extrañar que la deferencia de las cortes hacia Venezuela ya se haya agotado, y ahora, estén dispuestas a tomar decisiones extraordinarias para hacer frente al reiterado incumplimiento de la deuda y, en concreto, las sentencias dictadas por cortes de Estados Unidos.

Anexo

Prioridad	Demandante	Causa	Monto estimado al 12/31/2024
1	Crystallex Corporation (1:17-mc-00151)	Sentencia de 9 de mayo de 2018, contra la República (alter ego)	\$1,004,227,743.02
2	Tidewater Caribe S.A., Tidewater Investment SRL (1:19-mc-00079-LPS)	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$76,122,534.66
3	ConocoPhillips (Petrozuata/Hamaca) (19-mc-00342)	Sentencia de 3 de febrero de 2022, contra PDVSA.	\$1,376,716,653.64
4	OI European Group B.V. (1:19-mc-00290)	Sentencia de 23 de marzo de 2023, contra la República (alter ego)	\$663,774,756.35
4	Northrop Grumman Ship Systems, Inc. (Huntington Ingalls) (1:20-mc-00257)	Sentencia de 23 de marzo de 2023, contra la República (alter ego)	\$139,096,379.86
5	ACL1 Investments Ltd., ACL2 Investments Ltd., LDO (Cayman) XVIII Ltd. (1:21-mc-00046-LPS).	Sentencia de 23 de marzo de 2023, contra la República (alter ego)	\$118,713,002.81
6	Red Tree Investments, LLC (19-cv-2519)	Sentencia de 28 de abril de 2022, en contra de PDVSA	\$198,067,842.87
6	Red Tree Investments, LLC (19-cv-2523)	Sentencia de 28 de abril de 2022, en contra de PDVSA	\$113,503,746.44
6	Red Tree Fee Judgment (19-cv-2519 y 19-cv-2523)	Sentencia de 28 de abril de 2022, en contra de PDVSA	\$2,675,108.22
7	Rusoro Mining Limited (Misc. No. 21-481-LPS)	Sentencia de 23 de marzo de 2023, contra la República (alter ego)	\$1,522,342,961.84
8	ConocoPhillips (Corocoro) (22-mc-00264)	Sentencia de 24 de octubre de 2022, contra PDVSA.	\$48,219,448.99
9	Koch Minerals Sarl and Koch Nitrogen International (1:22-mc-00156-LPS).	Sentencia de 31 de marzo de 2023, contra la República (alter ego).	\$463,374,390.11

10	Gold Reserve Inc. (1:22-mc-00453-LPS).	Sentencia de 31 de marzo de 2023, contra la República (alter ego).	\$1,138,508,078.61
11	Siemens Energy Inc. (1:22-mc-00347).	Sentencia de 12 de diciembre de 2022, contra PDVSA.	\$211,384,366.59
12	Consorcio Andino, S.L., Valores Mundiales, S.L. (1:23-mc-00298)	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$668,591,199.22
13	Contrarian Capital Management, L.L.C. (Sentencia October 2020) (1:22-mc-00263-LPS)	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$290,698,473.19
13	Contrarian Capital Management, L.L.C. (Sentencia Mayo 2021) 1:22-mc-00131-LPS	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$60,155,292.26
13	Contrarian Capital Management, L.L.C. (October 2021 Judgment)	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$44,378,392.71
14	ConocoPhillips (ICSID) (22-cv-00464)	Sentencia de 20 de diciembre de 2023, contra la República.	\$10,951,111,592.00
15	Pharo Gaia Fund Ltd., Pharo Macro Fund Ltd., Pharo Gaia Fund, Ltd., Pharo Macro Fund, Ltd., Pharo Trading Fund, Ltd. (1:23-mc-00361-LPS)	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$1,398,559,136.75
15	Pharo Gaia Fund Ltd., Pharo Macro Fund Ltd., Pharo Gaia Fund, Ltd., Pharo Macro Fund, Ltd., Pharo Trading Fund, Ltd. (1:23-mc-00360-LPS)	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$389,461,610.52
15	Rudi Lovati (1:23-mc-00340-LPS)-	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$173,991,590.42
16	Gramercy Distressed Opportunity Fund LLC (Misc. No. 23-378-LPS)	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$258,117,292.94
16	Gramercy Distressed Opportunity Fund LLC (Misc. No. 23-379-LPS).	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$281,308,443.03
17	Saint-Gobain Performance Plastics Europe (Misc. No. 23-397-LPS).	Sentencia de 1 de noviembre de 2023, contra la República (alter ego).	\$53,099,750.41

18	Altana Credit Opportunities Fund SPC, Altana Credit Opportunities Fund 1SP, and Altana Funds LTD. Cayman (1:23-mc-00608-LPS).	Sentencia de 24 de enero de 2024, contra la República (alter ego)	\$576,114,340.28
Total			\$22,222,314,127.74

Tabla n° 5. Listado de acreedores admitidos por la Corte de Delaware y orden de prioridades. Fuente: Informe del Síndico Procurador de 1 de mayo de 2024.