

Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia

Secciones

Derecho iberoamericano - Misceláneas

Caracas, 2024

N.º 22

Los nuevos contratos petroleros en el Derecho venezolano

José Ignacio HERNÁNDEZ G.*

RVLJ, ISSN 2343-5925, ISSN-e 2791-3317, N.º 22, 2024, pp. 79-114.

SUMARIO:

Introducción 1. El contrato petrolero y el contrato de sociedad en la Ley Orgánica de Hidrocarburos *1.1. Los contratos petroleros y el contrato de sociedad de la empresa mixta* *1.2. El colapso de PDVSA y la ampliación del rol del socio minoritario por medio de contratos de financiamiento* **2. Los contratos de servicios petroleros y los contratos de participación productiva** *2.1. La inconstitucional reorganización de PDVSA, el contrato de servicio petrolero y su inadecuación a la Ley Orgánica de Hidrocarburos* *2.2. Los acuerdos de servicios compartidos, acuerdos de servicios productivos, los contratos de asistencia técnica (TSA) y los contratos de participación productiva. El «modelo Chevron» y la «Ley Antibloqueo»* **Conclusiones**

Introducción

A pesar de que la Ley Orgánica de Hidrocarburos sigue vigente, el colapso de la industria petrolera a cargo de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), ha

* **Universidad Central de Venezuela** (Caracas-Venezuela), Profesor de Derecho Administrativo. **Universidad Católica Andrés Bello** (Caracas-Venezuela), Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional. **Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra** (Santiago-República Dominicana), **Universidad Castilla-La Mancha** (Albacete-España) y **Universidad La Coruña** (La Coruña-España), Profesor invitado.

dado lugar a nuevas formas contractuales que han llevado a lo que hemos calificado como una privatización *de facto*, esto es, contratos que amplían el rol de la iniciativa privada más allá de los cauces previstos en la Ley Orgánica¹.

Esta privatización se ha basado en fórmulas contractuales amparadas en la Ley de Contrataciones Públicas, pero también en el Código Civil, colocando en evidencia cómo los contratos celebrados por la Administración Pública –en nuestro caso, PDVSA y sus filiales– pueden utilizar, también, los mecanismos contractuales civilistas². Sin embargo, el uso del Código Civil se ha realizado al margen de garantías esenciales del Derecho Administrativo, de lo cual han resultado nuevos contratos que no necesariamente se ajustan a los principios que derivan del artículo 141 constitucional, y en especial, la transparencia y rendición de cuenta. La violación de estas garantías ha sido especialmente grave luego del 2020, cuando los nuevos contratos petroleros se han apoyado en la Ley «constitucional» Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos, conocida como «Ley Antibloqueo»³.

Este artículo presenta el estudio sistemático de esos nuevos contratos petroleros. La primera parte expone cuáles son los modelos contractuales que derivan de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, en el contexto del estudio comparado de los contratos petroleros. Además, se estudian los mecanismos implementados para ampliar el rol del socio minoritario bajo el esquema de las empresas mixtas. La segunda parte presenta los rasgos centrales de los llamados contratos de servicios petroleros, y su más reciente modalidad, como son los contratos de participación productiva.

¹ Seguimos lo expuesto en 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.

² El Derecho Civil es una fuente importante del Derecho Administrativo, al tiempo que el Derecho Constitucional también se proyecta sobre el Derecho Civil. *Vid.* DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Derecho Civil constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*. CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2018.

³ En la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6358 extraordinario, de 12-10-20, aparece publicado un texto emitido por la inconstitucional –y hoy extinta– Asamblea Nacional Constituyente, con el título «Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos».

1. El contrato petrolero y el contrato de sociedad en la Ley Orgánica de Hidrocarburos

La realización de actividades de exploración y producción de hidrocarburos, conocidas también como actividades primarias, queda condicionada al título habilitante derivado de la regulación de hidrocarburos. En términos generales, el título habilitante es la decisión de la Administración Pública por medio de la cual controla el emprendimiento de determinada actividad económica. Según el tipo de actividad, puede tratarse de una concesión o de una autorización: en el primer caso la Administración Pública concede discrecionalmente un derecho que le es propio, mientras que en el segundo caso admite el ejercicio de un derecho propio de la empresa privada. La concesión, básicamente, puede abarcar dos supuestos: i. la concesión de bienes del dominio público, si la actividad requiere usar tales bienes, o ii. la concesión de servicio público, que únicamente aplica para realizar actividades reservadas al Estado. A su vez, el título habilitante puede ser unilateral (acto administrativo) o bilateral, o sea, contractual⁴.

En los modelos que parten de la propiedad del Estado sobre los yacimientos, como es el caso de Venezuela, el título habilitante suele ser contractual y de naturaleza concesional. Empero, también es posible que el Estado se reserve el ejercicio de las actividades primarias por parte de empresas públicas, las cuales, en todo caso, también requerirán del correspondiente título. En Venezuela rigió el modelo concesional, hasta que la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975, reservó las actividades al Estado, encomendando su ejecución a las empresas operadoras controladas por PDVSA. La Ley Orgánica de Hidrocarburos redujo la reserva solo a las actividades primarias, permitiendo su gestión no solo a través de filiales únicas de PDVSA sino mediante empresas mixtas. Ello ha dado lugar al contrato de sociedad que permite la transferencia, por acto administrativo,

⁴ Seguimos lo que, con mayor detenimiento, hemos explicado en: *Derecho Administrativo y regulación económica*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006, pp. 102 y ss.

de derechos petroleros a la empresa mixta⁵. Sin embargo, el colapso de PDVSA llevó a variar, en la práctica, este arreglo contractual.

1.1. Los contratos petroleros y el contrato de sociedad de la empresa mixta

En el Derecho comparado⁶, los contratos petroleros en actividades primarias han sido divididos tradicionalmente en cuatro grandes grupos⁷.

En primer lugar, encontramos a los contratos de «licencia» o de «concesión» que son aquellos en los cuales el Estado traslada al inversionista el derecho a realizar actividades primarias a su cuenta y riesgo, sujeto al pago de impuestos y regalías. Se trata de los primeros contratos a través de los cuales la industria comenzó actividades, incluso en Venezuela. Para el inversionista privado implica un grado importante de libertad, pues realiza las actividades primarias a su cuenta y riesgo adquiriendo la propiedad de los hidrocarburos a boca de pozo. Dejando a salvo el poder tributario, el Estado participa a través de la regalía, usualmente fijada como un porcentaje sobre los hidrocarburos producidos, debido a su condición de propietario de los yacimientos. Más allá de esa intervención, y de la supervisión general de la actividad, el Estado no participa en la gestión directa de las actividades primarias⁸.

⁵ El título habilitante que transfiere derechos reales sobre bienes del dominio público es siempre una concesión del dominio público, más allá de la denominación dada por el legislador. Véase en tal sentido, el trabajo clásico de VILLAR PALASÍ, José Luis: «Naturaleza y regulación de la concesión minera». En: *Revista de Administración Pública*. N.º 1. CEPC. Madrid, 1950, pp. 90-93.

⁶ Sobre estos modelos, entre otros, *vid.* ROBERTS, Peter: *Petroleum Contracts*. Oxford University Press. Oxford, 2016, pp. 47 y ss. Para un análisis comparativo en Latinoamérica, *vid.* PINTO, Sheraldine: «Contratos petroleros en América Latina: una introducción». En: *Derecho de la Energía en América Latina*. T. I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017, pp. 200 y ss.

⁷ Además de la obra de ROBERTS, *vid.* NASEEM, Mohammad: *International Energy Law*. Wolters Kluwer. Ámsterdam, 2017, pp. 48 y ss.

⁸ Suele diferenciarse entre el contrato tradicional y el contrato moderno, de acuerdo con el alcance de la supervisión ejercida por el Estado, muy limitada en el primer caso, y más amplia en el segundo. *Vid.* DUVAL, Claude *et al.*: *International Petroleum Exploration and exploitation agreements*. Barrows. Nueva York, 2009, pp. 62 y 63.

En segundo lugar, encontramos a los contratos de «producción compartida», en los cuales la inversión privada asume la realización de actividades primarias, pero compartiendo con el Estado parte de los hidrocarburos producidos, que son recibidos como pago en especie. Tales contratos implican un mayor grado de restricción sobre el inversionista, quien adquiere la propiedad de parte de los hidrocarburos producidos en el proceso de exportación. Además, supone un mayor grado de control por parte del Estado⁹.

En tercer lugar, encontramos los contratos de «operación conjunta» o *joint ventures*, en los cuales el Estado junto con la iniciativa privada emprende actividades primarias. En ocasiones pueden incluir la creación de una sociedad de participación conjunta, como es el caso de las empresas mixtas en la vigente Ley Orgánica de Hidrocarburos. Implican un menor grado de libertad para el inversionista y un mayor grado de participación del Estado, quien co-gestionará las actividades primarias.

Por último, y, en cuarto lugar, encontramos al contrato de «servicio», en el cual la inversión privada realiza todas las fases de las actividades primarias por cuenta del Estado, recibiendo a cambio una remuneración (que podrá ser fija o variable, supuesto en el cual el contratista privado asume parte del riesgo en función a la producción petrolera). Para el inversionista supone un grado muy reducido de libertad, mientras que el Estado mantiene el control sobre la producción sin tener que participar en la realización de las actividades primarias¹⁰.

En el Derecho Venezolano actual, el régimen derivado de la Ley sobre Promoción de la Inversión Privada Bajo el Régimen de Concesiones demuestra la evolución de la concesión, que reconoce amplias facultades de supervisión a la Administración Pública.

⁹ Una modalidad es el contrato de ganancias compartidas, o de utilidad compartida, en el cual la remuneración del contratista se basa en una porción de la utilidad derivada de la comercialización del crudo explotado. *Vid.* PINTO: ob. cit. («Contratos petroleros...»), pp. 242 y 243.

¹⁰ Se trata de un contrato atípico de servicio, pues traslada al contratista la gestión integral de las actividades de exploración y explotación. Se le debe diferenciar entonces del contrato (puro) de servicio que, bajo la Ley de Contrataciones Públicas, podría ser celebrado bajo la vigente Ley Orgánica de Hidrocarburos, y que en modo alguno puede implicar la cesión del derecho a realizar actividades primarias.

La diferencia entre estos contratos no depende del régimen fiscal aplicable, o como se le conoce, el *government take*, esto es, el conjunto de ingresos que capta el Estado con ocasión a la realización de actividades primarias. El *government take* resulta generalmente de la combinación de tributos y regalías: los primeros se cobran, de conformidad con la Ley, en ejercicio del poder tributario, mientras que las regalías responden a la contraprestación patrimonial por el uso de bienes del dominio público, lo que permite su fijación vía contrato, incluyendo pagos contractuales especiales¹¹. En suma, la arquitectura financiera de los contratos permitiría al Estado percibir ingresos similares más allá de la diferencia sustantiva de cada uno de los contratos indicados¹².

Por el contrario, la principal diferencia en estos contratos podemos encontrarla en la relación entre el Estado y el inversionista, tomando en cuenta dos criterios: i. el ámbito de libertad reconocido al inversionista asociado a la propiedad privada y ii. el grado de control que el contrato otorga al Estado.

Así, los contratos de concesión y de producción compartida otorgan al contratista mayor ámbito de libertad, pues este asume la realización integral de las actividades primarias¹³. En contra, los contratos de servicios y de producción

¹¹ CARMONA, Juan Cristóbal: *Actividad petrolera y finanzas públicas en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales-AVDT. Caracas, 2018, pp. 49 y ss. Si el Estado participa además como empresario, capturará el ingreso petrolero, también a través de dividendos, como sucede con PDVSA.

¹² Como señala David JOHNSTON, el contrato de concesión se basa en regalías e impuestos, mientras que el contrato de producción compartida se basa en la repartición de los hidrocarburos producidos, todo lo cual determina el momento en el cual la propiedad de los hidrocarburos producidos se traslada a la inversión privada (a boca de pozo, en el primer caso, o en la exportación, en el segundo). Sin embargo, el régimen fiscal de los contratos puede ser diseñado para que el ingreso del Estado sea el mismo, más allá del régimen contractual aplicable, incluso, en el marco del contrato de servicio. Cfr. JOHNSTON, David: «*How to evaluate the fiscal term of oil contracts*». En: *Escaping the resource curse*. Columbia University Press. Nueva York, 2007, pp. 53, 54, 74 y 75. Ello plantea importantes diferencias en cuanto al registro contable del crudo.

¹³ Aun cuando podría señalarse que en el contrato de producción compartida el contratista actúa por cuenta de la Administración, al punto que nunca adquiere la propiedad del crudo producido. Esto marca una diferencia importante con el contrato

conjunta reconocen un menor ámbito de libertad para el contratista: en el primer caso pues el contratista actúa por nombre y cuenta del Estado, y en el segundo caso, pues la producción conjunta suele aparejar mayor grado de control.

Por su parte, el contrato de producción conjunta es el que implica un mayor grado de participación del Estado –quien interviene en la realización de las actividades primarias, asumiendo parte del riesgo– seguido del contrato de servicios –pues el contratista actúa por nombre y cuenta del Estado, quien termina asumiendo, al menos en parte, el riesgo de la operación–. Por su lado, el contrato de producción compartida requiere un grado menor de control del Estado –asociada a su participación directa en la producción– sin que el Estado asuma el riesgo de la operación. Finalmente, el contrato de concesión otorga un menor grado de control del Estado, pues la gestión de las actividades primarias es confiada enteramente a la inversión privada, quien asume la totalidad del riesgo.

En cuanto a la propiedad sobre el crudo producido, el contrato de concesión es el que otorga mayor grado de libertad, pues el inversionista adquiere la propiedad a boca de pozo, con la excepción del crudo que debe pagarse a concepto de regalía –si el pago de la regalía se pacta en especie–. En el contrato de producción compartida la propiedad solo se transfiere en el proceso de exportación, mientras que en el contrato de servicio no hay transferencia del derecho de propiedad –aun cuando el pago del servicio puede hacerse en especie–. En el contrato de explotación conjunta, la propiedad puede quedar en manos del Estado, más allá del derecho del accionista minoritario a participar en esa producción como parte del dividendo al cual tiene derecho.

Ahora bien, la Ley Orgánica de Hidrocarburos reserva al Estado las actividades primarias (artículo 9) y dispone que, fuera del caso excepcional de la gestión directa por el Ejecutivo nacional, solo empresas del Estado podrán gestionar tales actividades, o sea, podrán actuar como empresas operadoras. Hay, al respecto, dos modalidades. Por un lado, la empresa operadora puede

de concesión, en el cual el contratista actúa a nombre propio. *Vid.* DUVAL *et al.*: ob. cit. (*International Petroleum...*), p. 70.

ser una empresa de exclusiva propiedad del Estado y, en concreto, una filial de PDVSA, como es PDVSA Petróleo S.A. (PPSA). Por el otro, puede tratarse de una empresa mixta, en la cual el Estado debe ser propietario de, al menos, el 50 % del capital social, todo lo cual implica que el sector privado puede actuar como accionista minoritario¹⁴.

La iniciativa privada no puede gestionar directamente las actividades primarias, tanto solo podrá participar como accionista minoritario de las empresas mixtas creadas por el Poder Ejecutivo¹⁵. La participación accionarial de la inversión privada no puede, por ello, desvirtuar los dos principios que derivan del artículo 22 de la Ley, esto es: i. que la Administración debe tener control de las decisiones de las empresas operadoras y ii. que la Administración debe mantener «una participación mayor del cincuenta por ciento (50 %) del capital social». Al tenor de estas disposiciones debe concluirse que la gestión de las empresas mixtas será siempre una gestión pública, pues

¹⁴ ARAUJO-JUÁREZ, José: «La reserva al Estado y la participación del sector privado en la industria petrolera en Venezuela». En: *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Administrativo*. T. I. UNAM. México, 2005, pp. 19 y ss., y BREWER-CARIÁS, Allan R.: «El régimen de participación de capital privado en las industrias petrolera y minera: desnacionalización y técnicas de regulación a partir de la Constitución de 1999». En: *vii Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías, El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica*. FUNEDA. Caracas, 2004, pp. 15-58. En general, *vid.* GRAU, María Amparo: *Régimen jurídico de la actividad petrolera en Venezuela: Análisis normativo*. Badell & Grau Editores. Caracas, 2007, pp. 11 y ss. Para un estudio comparado con otros sectores, *vid.* JIMÉNEZ-GUANIPA, Henry: *El derecho de la energía en Venezuela. Petróleo, gas y electricidad*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006.

¹⁵ Lo anterior corrobora que la gestión de las actividades primarias a través de empresas mixtas puede reconducirse a las formas de gestión directa, en tanto se trata en realidad de empresas públicas. SALA ARQUER, al estudiar las empresas mixtas, alude a los casos en los cuales la participación del sector privado es minoritaria –denominando a los accionistas privados *sleeping partners*– de forma tal que la gestión llevada a cabo por esas empresas puede ser reputada como gestión pública (SALA ARQUER, José Manuel: «La empresa mixta como modo de gestión de los servicios públicos en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas». En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 90. Civitas. Madrid, 1996, pp. 233 y ss.).

la Administración deberá tener el control sobre las decisiones de la empresa y la titularidad de más del cincuenta por ciento (50 %) de sus acciones. Esto, además, permite concluir que, en realidad, las empresas mixtas son empresas públicas, sometidas por ello a todo el bloque normativo que rige al sector público, incluyendo los procesos de procura regulados en la Ley de Contrataciones Públicas¹⁶.

Para este fin, el inversionista privado debe suscribir el contrato de sociedad con el Estado, o el ente público que este designe para actuar como accionista mayoritario, y que es la filial de PDVSA Corporación Venezolana del Petróleo (CVP). Este «contrato de sociedad» es un contrato de «producción conjunta» entre la CVP y el accionista privado, por medio del cual ambos colaboran en la realización de esas actividades, pero siempre, bajo el control de PDVSA. Para la ejecución de este contrato, se crea una filial común, conocida como empresa mixta. En cualquier caso, el accionista privado no podrá tener control sobre la gestión de la empresa mixta, en tanto esta, como ya vimos, deberá obrar bajo el control efectivo del Estado.

A tales efectos, el artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos sometió al control previo de la Asamblea Nacional el contrato de sociedad, control que la reforma de la Ley del 2006 extendió a cualquier modificación de tal contrato, todo ello, en el marco del artículo 150 de la Constitución, que atribuye a la Asamblea Nacional el control sobre contratos de interés público nacional. Con lo cual, el contrato de sociedad o de producción conjunta es un contrato de interés público nacional¹⁷.

¹⁶ Véase, entre otros, a ANDUEZA, Luis Ernesto: «El régimen jurídico aplicable a las empresas mixtas a las que se refiere el artículo 22 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos». En: *Revista Derecho y Social*. N.º 8. Universidad Monteávila. Caracas, 2009, pp. 57 y ss.

¹⁷ BREWER-CARIAS, Allan R.: *Sobre las nociones de contratos administrativos, contratos de interés público, servicio público, interés público y orden público, y su manipulación legislativa*. 2.^a, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2021, pp. 200 y ss. La aplicación del citado artículo 150 ha sido ratificada, por ejemplo, en los acuerdos que autorizan crear a la empresa mixta Roraima, S.A. (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6800 extraordinario, de 16-04-24).

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

En tal sentido, el marco jurídico de las empresas mixtas derivado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos queda conformado por los siguientes instrumentos¹⁸:

En primer lugar, la Asamblea Nacional, mediante «acuerdo» dictado en ejecución de los artículos 150 y 187.9 constitucionales, autoriza la creación de la empresa mixta fijando las condiciones generales del contrato, de forma tal que toda modificación debe ser autorizada mediante acuerdo.

En segundo lugar, mediante «decreto» se autoriza la creación de la empresa mixta, todo lo cual pasa por publicar en *Gaceta Oficial* su documento constitutivo-estatutario, de conformidad con las especiales reglas de publicidad de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Este documento es, así, el contrato de sociedad entre la CVP y el socio minoritario por medio del cual emprenden la producción conjunta, de acuerdo con las disposiciones aplicables del Código Civil y de Comercio.

En tercer lugar, mediante decreto se asignan derechos de exploración y producción a la empresa mixta, esto es, se confiere mediante acto administrativo la concesión interadministrativa. El ámbito de estos derechos es precisado mediante resolución ministerial.

En cuarto lugar, también son relevantes los contratos que puede celebrar la empresa mixta, de conformidad con el artículo 25 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. En tal sentido, los acuerdos de la Asamblea Nacional suelen

¹⁸ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: *Empresas mixtas en el ámbito del régimen de los hidrocarburos en Venezuela*. Caracas, 2014, pp. 17 y ss.

acotar que las empresas mixtas pueden contratar «los servicios petroleros específicos que puedan resultar necesarios, para asistir en el ejercicio de sus actividades, tales como, por ejemplo, servicios de sísmica, perforación y mantenimiento». No obstante, los acuerdos ratificaron que las empresas mixtas no podrán «celebrar contrato alguno o conjunto de contratos mediante los cuales, directa o indirectamente, transfiera su función de operadora»¹⁹.

Esta prohibición se basa en la naturaleza del objeto social de las empresas mixtas, que corresponde al ejercicio de actividades reservadas al Estado, con lo cual, no es posible celebrar ningún contrato por el cual se ceda el ejercicio de esos derechos al sector privado. Nótese que la prohibición aplica, también, a los contratos que de manera indirecta transfieran la operación de las actividades primarias, como sucedería con el caso de los contratos de servicios petroleros, antes estudiados.

Cabe aclarar que el artículo 57 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos reserva a PDVSA la comercialización de hidrocarburos naturales producidos, lo que quiere decir que la empresa mixta no puede vender ese producto. Empero, esa prohibición no rige al crudo mejorado, que, por ello, puede ser comercializado por la empresa mixta, como por lo demás se reconoce en los acuerdos²⁰.

1.2. El colapso de PDVSA y la ampliación del rol del socio minoritario por medio de contratos de financiamiento

Las políticas predatorias adoptadas desde 2002 mermaron sensiblemente la capacidad productiva de PDVSA, lo que puso en riesgo el cumplimiento de sus tareas bajo la Ley Orgánica de Hidrocarburos que, como vimos, asignó a esta la responsabilidad primera en la conducción de la industria petrolera.

¹⁹ Numeral cuarto, acuerdo segundo, Acuerdo de Petroboscan; numeral 3, acuerdo segundo, Acuerdo Petroindependiente, Petropiar y Petroindependencia (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 38 430, de 05-05-06).

²⁰ En el caso de Petropiar y Petroindependencia, los Acuerdos reconocen el derecho de las empresas mixtas a comercializar directamente el «petróleo crudo mezcla resultante del petróleo crudo mejorado», o el «petróleo crudo mejorado». Los Acuerdos interpretaron el artículo 57 de la Ley, en el sentido que la reserva solo opera para los hidrocarburos naturales, no así el petróleo mejorado.

Las arbitrarias expropiaciones de los contratos celebrados durante la apertura petrolera y los contratos de servicios recargaron mucho más estas tareas, agravando las consecuencias de la baja capacidad de PDVSA²¹.

Sin capacidad para cumplir su rol como socio único –PPSA– o mayoritario –empresas mixtas– PDVSA optó por trasladar al socio minoritario el financiamiento necesario para la conducción de las actividades primarias, a través de un contrato por el cual el socio minoritario se comprometió a financiar esa operación, pactando como pago parte del petróleo producido. Este contrato es celebrado entre la empresa mixta y el socio minoritario –o una filial de este– con lo cual, se trata de un contrato sometido a la Ley de Contrataciones Públicas, a pesar de que no encuadra en ninguna de las modalidades de contratos de obras, bienes y servicios. Más bien, se trata de un contrato innominado que, por un lado, incluye prestaciones propias del contrato de préstamo y, por el otro, abarca prestaciones de servicios, por medio de las actividades que el socio minoritario asume²².

Uno de los primeros contratos de financiamiento se firmó en 2013 con Petroboscan, una empresa mixta en la cual el socio minoritario es Chevron. En concreto, a través de Chevron Boscan Finance B.V., en mayo de 2013, Petroboscan celebró un contrato de préstamo por un monto total de capital USD 2000 millones, «para financiar proyectos con el fin de aumentar la producción de hidrocarburos de Petroboscan». De conformidad «con un contrato de garantía asociado, PDVSA tiene una garantía de pago del 60 % de las obligaciones de pago de Petroboscan, S.A. bajo el contrato de financiación. Dicha garantía puede aumentar hasta el 100 % de las obligaciones de pago del prestatario en determinadas circunstancias»²³.

²¹ BREWER-CARIAS, Allan R.: *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.

²² MONALDI, FRANCISCO y HERNÁNDEZ, IGOR: *Weathering Collapse: An Assessment of the Financial and Operational Situation of the Venezuelan Oil Industry*. CID Working Paper. N.º 327. 2016, pp. 29 y ss.

²³ La información se toma de la oferta de canje de los Bonos 2020, de 2016, que es la última operación de crédito público realizada por PDVSA a partir de información

De conformidad con estos contratos, el socio minoritario cubre los costos de capital y operativos de toda la empresa mixta, incluyendo por ello los aportes que PDVSA –por medio de la CVP– debe realizar. A su vez, el petróleo producido se exporta a compradores previamente designados (*offtaker*), quienes depositan el pago en una cuenta de garantía en el extranjero. De esa cuenta se distribuyen los ingresos petroleros de la siguiente manera: i. el monto equivalente a la regalía e impuesto de extracción se transfiere a la República; ii. el socio minoritario cubre los costos de operaciones y las inversiones y iii. el socio minoritario compensa la deuda y según el caso, obtiene la remuneración pactada por los servicios prestados.

La creación de esta cuenta de garantía reduce el riesgo de incumplimiento. Pero en todo caso, la producción de petróleo debe cumplir las metas estipuladas, para asegurar el pago de la deuda. Por ello, bajo estos contratos de financiamiento, el socio minoritario asumió mayor control sobre la operación de la empresa mixta, incluyendo procedimientos de selección de contratistas. Eventualmente, también tomaron control de las exportaciones. Por ello, hemos señalado que además del contrato de préstamo –vinculado a la cláusula de pago con petróleo– el socio minoritario presta servicios a la empresa mixta, por medio de los cuales asume actividades que, en principio, son privativas de esta. Este es un signo distintivo de los nuevos contratos petroleros, pues en ellos, la inversión privada, por contratos innominados o de servicios, lleva a cabo bajo su autonomía actividades privativas de PDVSA, todo lo cual puede entrar en tensión con el citado artículo 25 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y el Acuerdo que autorizó la creación de la empresa mixta.

Otro aspecto importante es que estos contratos derivaron en la contratación de deuda de PDVSA, en adición al endeudamiento insostenible de esa empresa por medio de la emisión de títulos valores públicos e incumplimientos contractuales. En tal sentido, en Acuerdo de 18 de abril de 2017 la Asamblea Nacional cuestionó estas operaciones de endeudamiento de las empresas mixtas conducidas al margen del control parlamentario. Así, según

pública. Según esa oferta, al 31 de diciembre de 2015, el monto pendiente de pago de esta línea de crédito era de USD 461 millones.

el balance de deuda financiera consolidada de PDVSA de 2016 –el último en hacerse público– la deuda con los socios minoritarios, por medio de las así llamadas facilidades de crédito, se registró en relación con Repsol (Petroquiriquire), Eni (Petrojunín y Petrobicentenario); CNPC (Petrolera Sinovensa); Chevron (Petropiar y Petroboscan); Perenco Holdings (Petrowarao); GPB Energy Services (Petrozamora, inicialmente constituida con Gazprombank), y ONGC Nile Ganga (Petrolera Indovenezolana)²⁴. Es importante aclarar que estas facilidades de pago no solo fueron contratadas con socios minoritarios sino incluso con bancos, como es el caso de la institución financiera San Juan Internacional, todo lo cual ha dado lugar a uno de los varios litigios en contra de PDVSA²⁵.

2. Los contratos de servicios petroleros y los contratos de participación productiva

El colapso de PDVSA continuó y con ello, su incapacidad para cumplir sus tareas bajo la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Por ello, a partir de 2018, PDVSA comenzó a ensayar una nueva modalidad contractual, conocida como contratos de servicios petroleros y que, aclaramos, no son contratos de servicios en los términos de la Ley de Contrataciones Públicas, sino más bien contratos que ceden la gestión de la empresa mixta –o de derechos de PPSA– a inversionistas privados, como explicamos en la sección anterior.

La política de sanciones adoptada por Estados Unidos estimuló estos contratos, en la medida en que PDVSA se vio impedida de contratar con empresas

²⁴ Véase, *PetroGuía*, «94 % de la deuda de PDVSA en empresas mixtas es con CNPC de China, Chevron y Repsol», <http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/94-de-la-deuda-de-pdvsa-en-empresas-mixtas-es-con-cnpc-de-china-chevron-y-repsol>.

²⁵ El litigio se inició en la Corte Comercial de Londres, la cual estimó la demanda por incumplimiento del contrato de crédito, a pesar de que PDVSA había alegado la imposibilidad de pagar el crédito debido a las sanciones. Posteriormente, el acreedor intentó ejecutar la sentencia a su favor en contra de cuentas de PDVSA en el banco de Portugal Novo Banco. *Vid.*: «PDVSA creditors target \$600 mln in Portugal bank account -documents, source», *Reuters*, 23-07-21: <https://www.reuters.com/article/venezuela-pdvsa-debt-portugal-idAFL1N2OZ1E1>.

de Estados Unidos y de realizar actividades en ese país²⁶. Además, la licencia general (N.º 41) que el Gobierno de Estados Unidos otorgó a Chevron, promovió como modelo este tipo de contratos, que pasaron a denominarse como contratos de participación productiva. De nuevo, estos contratos entran en tensión con la Ley Orgánica de Hidrocarburos y los acuerdos de la Asamblea Nacional, en la medida en que permiten a inversionistas privados controlar efectivamente derechos petroleros, además, al margen del régimen aplicable a los contratos de interés público nacional.

2.1. La inconstitucional reorganización de PDVSA, el contrato de servicio petrolero y su inadecuación a la Ley Orgánica de Hidrocarburos

El triunfo de la oposición democrática en las elecciones de la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional, en 2015, dio lugar a abusivos mecanismos orientados a desconocer las facultades de esa Asamblea, incluyendo la declaratoria de estados de excepción a partir de 2016²⁷. En este contexto, PDVSA fue sometida a un Decreto de reorganización dictado en abril de 2018²⁸. Estas medidas se adoptaron ante la necesidad de responder a las «agresiones internas y externas» que han afectado a la industria petrolera²⁹.

²⁶ MATA, César: «Petróleo, transparencia y sanciones: caso venezolano». En: *Anuario Iberoamericano de Derecho de la Energía*. Vol. III. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2021, pp. 491 y ss.

²⁷ SIRA, Gabriel: «El propósito de los estados de excepción en Venezuela (enero 2016-julio 2018)». En: *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández Bretón*. T. II. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2019, pp. 1585 y ss.

²⁸ BREWER-CARIAS: ob. cit. (*Crónica de una destrucción...*), pp. 317 y ss.

²⁹ Decreto N.º 44 dictado en el marco del inconstitucional estado de excepción y emergencia económica, contenido en el Decreto N.º 3368, Mediante el cual se establece un régimen especial y transitorio para la gestión operativa y administrativa de la industria petrolera nacional, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 41 376, de 12-04-13. Véase lo que exponemos en HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «¿De qué se tratan las medidas excepcionales que tomó el Gobierno sobre PDVSA?», *Prodavinci*, 17-04-18, <https://prodavinci.com/de-que-se-tratan-las-medidas-excepcionales-que-tomo-el-gobierno-sobre-pdvsa/>.

Este Decreto incrementó el control político sobre PDVSA y sus filiales, al atribuir al ministro del área poderes de control que incluyeron, entre otras facultades, la posibilidad de ordenar la supresión de PDVSA o de cualquiera de sus filiales, ordenar la creación de nuevas filiales e incluso ordenar la creación de conglomerados empresariales. Asimismo, el ministerio tendría competencia para cambiar la organización interna de PDVSA y sus filiales, incluso, para crear organizaciones centrales comunes a todas las empresas públicas petroleras. Además, el Decreto eliminó los procedimientos de licitación pública competitivos (conocidos como «concursos»), al ordenar que la contratación de obras, bienes y servicios de PDVSA y sus filiales sea conducido por procedimientos de consulta de precio y contratación directa. Estas medidas redujeron –más todavía– la transparencia en los controles que previenen la corrupción y la gestión ineficiente del gasto público³⁰.

Otro rasgo distintivo de la reorganización de PDVSA es su progresiva militarización, o sea, la designación de militares en puestos claves³¹. En realidad, esta militarización fue resultado de un proceso de mayor envergadura, por el cual la Administración Pública –por naturaleza civil– pasó a estar cada vez más controlada por la Fuerza Armada, todo lo cual llevó a crear, en 2016, a una empresa pública militar para las industrias extractivas³². En 2018 la

³⁰ El Decreto no corrigió ninguna de las causas que llevaron al colapso de PDVSA. Por el contrario, agravó esas causas al aumentar la politización de PDVSA y sus filiales. Este control político sobre PDVSA aumentó en septiembre de 2018, cuando se creó la «Comisión Técnica para la Reorganización de Petróleos de Venezuela, S. A., y sus Empresas Filiales», véase la Resolución N.º 115 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 41 474, de 04-09-18.

³¹ La dirección de PDVSA había estado bajo el control de Rafael Ramírez o gerentes afines a su gestión desde el 2004. En 2017 fue designado un militar –Manuel Quevedo Fernández– al frente de la estatal petrolera, como parte de su militarización. En el 2020 esa militarización cede a la gestión bajo Asdrúbal Chávez, quien ya había ocupado diversas posiciones en el sector. En 2023, como veremos, vuelve a designarse a alguien del sector militar en la presidencia de la estatal petrolera.

³² Esto llevó a crear, en 2016, a una empresa pública militar en las industrias extractivas, denominada *Compañía Anónima Militar de Industrias Mineras*. Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan R.: «El falseamiento del Estado de Derecho (El caso Venezuela). En: *El falseamiento del Estado de Derecho*. Academia de Ciencias Política y Sociales-

gestión de PDVSA pasó a manos de militares, lo que agravó la crisis operativa de la estatal petrolera³³.

Fue precisamente en este contexto del inconstitucional régimen de excepción, que PDVSA anunció la celebración de diversos contratos de servicios con firmas privadas, en el marco de la política de restructuración de esa empresa³⁴. Tal política de restructuración, lejos de atender a las causas del colapso de la capacidad de producción, avanzó en la politización de PDVSA. Los contratos de servicios fueron, además, un intento fraudulento por simular la cesión de derechos exclusivos de PDVSA. Conviene detenernos en este punto.

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

En tanto empresas del Estado, las empresas operadoras están sujetas a la Ley de Contrataciones Públicas a los fines de contratar obras, bienes y servicios. A través del contrato de servicio, las empresas operadoras encomiendan a un tercero prestaciones que consisten, principalmente, en un hacer, incluyendo contratos comerciales, así como contratos que implican la prestación de servicios profesionales, por ejemplo, de ingeniería. El contrato de servicios es instrumental a la ejecución del objeto social de la empresa operadora, dentro de los límites del artículo 25 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos³⁵.

Editorial Jurídica Venezolana. A. BREWER-CARÍAS y H. ROMERO-MUCI, eds. Caracas, 2021, p. 95.

³³ PÁRRAGA, Marianna y ULMER, Alexandra: «Mando militar sume a PDVSA en su peor crisis en décadas», *Reuters*, 26-12-18, <https://www.reuters.com/article/petroleo-venezuela-idLTAKCNIOP0SJ>.

³⁴ «PDVSA insiste en aliarse con empresas desconocidas para recuperar producción», *Tal Cual*, 20-09-18, <https://talcualdigital.com/pdvsa-insiste-en-aliarse-con-empresas-desconocidas-para-recuperar-produccion/>.

³⁵ Véase lo que explicamos en HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «Hacia un nuevo marco contractual para promover la inversión privada en el sector de los hidrocarburos».

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

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

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

En: *Régimen legal de los hidrocarburos. VII Jornadas Aníbal Dominici*. UCAB-AB Ediciones. Caracas, 2018, pp. 291 y ss.

El contrato de servicio petrolero excede de la capacidad contractual de las empresas operadoras, pues en la práctica, este contrato cede la operación de actividades reservadas al Estado a contratistas privados. Así, quien asume la gestión de las actividades primarias es el contratista, no la empresa operadora, a pesar de que esta es titular de derechos petroleros indelegables. En otros términos: las empresas operadoras pueden celebrar contratos de servicios, pero no pueden celebrar contratos de servicios delegando en el contratista todas las tareas anejas a la producción y, eventualmente, la comercialización.

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

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

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

Por ello, la diferencia entre el contrato de servicio petrolero y el contrato puro de servicio es cuantitativa, y solo puede determinarse en un análisis casuístico: cuando el contrato de servicio delega, en los hechos, la operación en el contratista, estaremos ante un contrato de servicio petrolero cuyo objeto es ilegal, por violar la reserva al Estado³⁶.

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

Esto fue lo que concluyó la Asamblea Nacional en Acuerdo de 25 de septiembre de 2018, cuando cuestionó la constitucionalidad y legalidad de los contratos de servicios petroleros promovidos por PDVSA, y que, en la práctica, delegaban en contratistas privados la conducción de actividades reservadas, por Ley, al Estado. Esto es, que el objeto de esos contratos es inconstitucional, pues PDVSA dispuso de derechos que son indisponibles. La Asamblea recordó que:

... quienes permitan o suscriban contratos de servicios en los cuales se pretenda facultar a empresas privadas a la realización de actividades

³⁶ Analizando el caso de Venezuela, *vid.* PINTO, Sheraldine: «A propósito de los contratos de servicios y de ingeniería en la industria petrolera». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 5. Caracas, 2015, pp. 499 y ss. Véase también, de la autora: «Contrato de servicios petroleros e industria petrolera venezolana». En: *Régimen legal de los hidrocarburos. VII Jornadas Aníbal Dominici*. UCAB-AB Ediciones. Caracas, 2018, pp. 53 y ss. Como aclara la autora, «el contrato de servicios –en cuanto contrato petrolero– es aquel por el cual la compañía petrolera, actuando como contratista y, en principio, por cuenta del Estado propietario de los recursos naturales o del titular del derecho de exploración y de explotación de los hidrocarburos, se compromete a ejecutar –anticipando los recursos económicos y técnicos necesarios– las en una determinada área, en favor de su cocontratante, mediante contraprestación económica actividades de exploración y producción de hidrocarburos» (p. 63).

primarias referentes a los yacimientos de hidrocarburos que no se hayan aprobado por esta Asamblea Nacional, incurren en responsabilidad política, penal y administrativa por tratarse de una clara violación a la Constitución y la Ley.

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

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

Es importante aclarar que la limitación a la cual nos estamos refiriendo es absoluta, pues deriva de la ilegalidad del objeto del contrato de servicio. No es el caso, por ello, de contratos que puede celebrar PDVSA previo control de la Asamblea Nacional –los contratos de interés público nacional– sino de contratos que exceden de la capacidad contractual de PDVSA, sus filiales y empresas mixtas, incluso, mediando autorización legislativa.

Tanto más grave, este contrato de servicio petrolero se sometió a la Ley de Contrataciones Públicas solo en apariencia, pues en la práctica, los procedimientos de selección de contratistas fueron suprimidos, lo que permitió la asignación directa de estos contratos de servicios y, en general, de todos los demás contratos.

2.2. Los acuerdos de servicios compartidos, acuerdos de servicios productivos, los contratos de asistencia técnica (TSA) y los contratos de participación productiva. El «modelo Chevron» y la «Ley Antibloqueo»

Como la situación de PDVSA, lejos de mejorar, empeoró, la inversión privada amplió, tanto más incluso, su rol en las actividades petroleras y, en

concreto, las actividades primarias. Así, PDVSA apalancó su plan de negocios en contratos conocidos como «acuerdos de servicios compartidos» (ASC), o «acuerdos de servicios productivos» (ASP)³⁷. Se trata de contratos de servicios petroleros en los cuales el contratista asume todas las actividades necesarias para la exploración y producción de petróleo, incluyendo los costos de operación e incluso de inversión. La remuneración está atada a la producción y, eventualmente, puede ser pagada en petróleo (bajo la modalidad de producción compartida, lo que amplía el ámbito de los derechos del contratista).

Desde el punto de vista jurídico, los acuerdos de servicios compartidos no pueden celebrarse en relación con actividades reservadas al Estado, por las razones ya explicadas. Eventualmente, este tipo de contratos puede ser suscrito en actividades no-reservadas, y en concreto, en las actividades aguas abajo. Pero no es posible transferir –si quiera indirectamente– a contratistas privados la realización de todas las actividades de exploración y producción, así como las actividades de comercialización también reservadas al Estado³⁸.

³⁷ De acuerdo con Juan Carlos ANDRADE, PDVSA ha empleado tres modelos contractuales desde el 2018, para ampliar el rol de la inversión privada: los contratos de servicios productivos, los contratos de servicios conjuntos y las alianzas estratégicas. Los contratistas privados asumen la obligación de financiar los costos operativos y de capital, lo que además incluye la selección del comprador (*offtaker*) de la producción. «Venezuela, *still a unique Diamond in the rough*», LEC Abogados, 2022.

³⁸ Como explica Juan Cristóbal CARMONA, «Los ASC y ASP pudieran enmarcarse en buena medida en los llamados en el mundo anglosajón *Offtaking Contracts*. Bajo esta figura, una de las partes, la contratante, explotadora jurídica del recurso, conviene con un tercero, contratista, el desarrollo de un proyecto. Puede así acordarse entre las partes que corresponde al contratista financiar y llevar a cabo la actividad extractiva bajo la modalidad de servicio, a cambio de lo cual obtiene como contraprestación una porción del recurso explotado, previo el cumplimiento de las obligaciones tributarias y patrimoniales que recaen sobre el contratante». *Vid.* «Acuerdos de Servicios Productivos y la Ley Antibloqueo en el sector petrolero», Petroguía, 08-07-21: <http://www.petroguia.com>. En la financiación de proyectos, el *offtaker* se compromete a comprar toda la producción, lo que facilita la estimación del flujo de caja. En el negocio petrolero, el *offtaker* o comprador adquiere el crudo producido aportando las inversiones necesarias para la operación.

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

Para avanzar en esta privatización, a inicios de 2020, el proceso de reorganización de PDVSA continuó, ahora, a través de una comisión presidencial³⁹. La Asamblea Nacional, ante este panorama, aprobó el Acuerdo de 5 de mayo de 2020, en el cual cuestionó los intentos del régimen de Nicolás Maduro de ceder activos de PDVSA a terceros, al amparo de la supuesta reestructuración de esa empresa. Asimismo, la Asamblea ratificó la aplicación del artículo 150 de la Constitución, al recordar que PDVSA no puede celebrar contratos de interés público nacional con empresas o Gobiernos extranjeros, sin autorización previa de la Asamblea.

El modelo fue ampliado con ocasión a la flexibilización de la política de sanciones adoptada por el Gobierno de Estados Unidos. A fines de 2022 la Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC) emitió la licencia general N.º 41, que permite a Chevron ampliar sus operaciones en Venezuela, incluso, tomando control de las actividades de producción, mejoramiento y comercialización. Esta ampliación, en todo caso, no es resultado de un nuevo marco jurídico ni de la modificación de las condiciones de las empresas mixtas en las cuales Chevron es socio minoritario, de lo cual se desprende la precariedad del marco institucional implementado.

Chevron es socio minoritario en cuatro empresas mixtas, a saber, Petrosocan (39,2 %), Petroindependiente (25,2 %), Petropiar (30 %) y Petroindependencia (34 %). De acuerdo con lo expuesto en la primera parte, las empresas mixtas son las titulares de derechos de exploración y producción,

³⁹ Véase el Decreto N.º 4131, que creó a la comisión presidencial «para la Defensa, Reestructuración y Reorganización de la Industria Petrolera» de bajo el nombre de «Alí Rodríguez Araque» (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 41 825, de 19-02-20).

y solo pueden vender los hidrocarburos naturales que produzcan a empresas de la exclusiva propiedad de PDVSA, aun cuando sí pueden vender el crudo mejorado. Además, los Acuerdos dictados por la Asamblea Nacional, para preservar la exclusividad de los derechos exploración y producción, limitan la capacidad de contratación de las empresas mixtas, en sintonía con el artículo 25 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Como ya explicamos, los Acuerdos ratifican que las empresas mixtas no podrán «celebrar contrato alguno o conjunto de contratos mediante los cuales, directa o indirectamente, transfiera su función de operadora».

De esa manera, el rol de Chevron se limitaba al de accionista minoritario de las empresas mixtas. Nada impedía celebrar contratos entre las empresas mixtas y Chevron, como parte del derecho de contratación de estas empresas. Pero en relación con estos contratos, también rige la prohibición que impide ceder, directa o indirectamente, el control sobre actividades propias de la operación.

La práctica en la operación de estas empresas mixtas, sin embargo, había sido modificada por el colapso de PDVSA, que le impidió cumplir con sus obligaciones como socio mayoritario. Como explicamos, en 2013 PDVSA celebró con Chevron contratos para aumentar la operación, a través de una línea de financiamiento⁴⁰. Aun cuando los términos de estos contratos no son públicos, los especialistas han observado que estos contratos otorgaron mayor control y garantías a los socios minoritarios, incluyendo Chevron. Es en el marco de estos contratos que Chevron financió la operación, dando lugar a una deuda cuyo pago dependía de la producción y exportación de petróleo⁴¹.

Ahora bien, la licencia general N.º 41 autorizó a PDVSA a contratar con Chevron, las operaciones necesarias para que esta produzca y venda petróleo

⁴⁰ «PDVSA y Chevron suscriben este lunes acuerdo para aumentar producción de Petroboscan», Ministerio para la Comunicación e Información, 27-05-13: <http://www.minci.gob.ve/pdvsa-y-chevron-suscriben-este-lunes-acuerdo-para-aumentar-produccion-de-petroboscan/>.

⁴¹ MONALDI, FRANCISCO: «La nueva apertura petrolera», *Prodavinci*, 28-06-15, <https://historico.prodavinci.com/blogs/la-nueva-apertura-petrolera-por-francisco-j-monaldi/>.

solo a Estados Unidos. De esa manera, los sujetos autorizados son dos: Chevron y PDVSA, a través de las empresas mixtas. En este sentido, la sección a. de la licencia general N.º 41 define qué actividades han sido autorizadas. Así, se autorizaron las actividades de producción y extracción de petróleo y sus derivados, así como la venta y exportación de estos productos, pero solo a Estados Unidos, con un derecho preferente a favor de Chevron. También se autorizó, de manera accesorio, la compra e importación de productos necesarios para realizar las actividades anteriores.

Como se observa, en el ámbito de la licencia se crea un monopolio legal a favor de Estados Unidos, en el sentido que el petróleo producido por las empresas mixtas en las cuales Chevron participa solo podrá destinarse al mercado interno, o a la exportación a Estados Unidos, con un derecho preferente a favor de Chevron. Por lo tanto, los sujetos autorizados por la licencia no pueden exportar petróleo a otros países, ni tampoco pueden decidir libremente a quién venden petróleo en Estados Unidos. Este monopolio es ratificado en la sección b. que, al enumerar las prohibiciones, prohíbe la exportación de petróleo a países distintos a Estados Unidos.

La sección b. también prohíbe el pago de tributos y regalías al Gobierno de Venezuela, y el pago de dividendos a PDVSA (o cualquier otra entidad del Gobierno de Venezuela). Esto es, que la licencia no autoriza el pago del *government take* derivado de las actividades de producción y exportación, aun cuando en la práctica administrativa de la OFAC, esta limitación no aplica a pagos en moneda de curso legal.

La interpretación de las actividades autorizadas y prohibidas genera, desde el punto de vista del Derecho venezolano, diversas dudas. La duda principal es que la licencia autoriza la realización de operaciones ordinarias y necesarias relacionadas con las actividades de Chevron, incluyendo la producción de petróleo. Pero como ya hemos explicado, Chevron no tiene derecho a producir y comercializar petróleo, pues ese derecho pertenece exclusivamente a las empresas mixtas en las cuales esta participa. Por lo tanto, aun cuando, desde la licencia, los sujetos autorizados son Chevron y las empresas mixtas, desde el Derecho venezolano, la autorización solo puede incidir en

las empresas mixtas, pues estas son las titulares exclusivas de los derechos de producción y, en su caso, exportación de crudo mejorado.

De otro lado, no queda claro cómo Chevron podría asegurar el cumplimiento de la licencia, siendo que son las empresas mixtas –controladas por PDVSA– quienes tienen derecho a producir y comercializar petróleo. La licencia no puede autorizar a empresas venezolanas –como las empresas mixtas– a realizar operaciones en Venezuela –como la producción de petróleo–, pues las órdenes ejecutivas que dan fundamento a la política de sanciones no inciden en Venezuela respecto de operaciones realizadas por empresas venezolanas. De allí que, en los hechos, la licencia solo podría cumplirse si Chevron –como empresa sujeta a la política de sanciones– es quien lleva a cabo las actividades de producción y comercialización, lo que violaría la Constitución y la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Poco menos de una semana después de emitida la licencia general N.º 41, se anunció la firma de «contratos para la continuidad de las operaciones y las actividades de producción de la empresa petrolera estadounidense» entre Chevron y PDVSA. Según la nota de PDVSA, «la firma de estos contratos se basa en la Constitución de la República y el marco jurídico de Venezuela»⁴².

Según los medios, los nuevos contratos habrían sido suscritos en relación con dos de esas empresas mixtas, a saber, Petroboscan y Petropiar, para recuperar la producción y así permitir el pago de la deuda de miles de millones de dólares que tiene Chevron, consecuencia del financiamiento que inició en 2013. En concreto, se trataría de «contratos de asistencia técnica» (TSA), que delegan en Chevron las actividades propias de la operación⁴³. Además, Chevron tomó control del mejorador de Petropiar⁴⁴.

⁴² HERNÁNDEZ G, José Ignacio: «¿Son constitucionales los nuevos contratos petroleros de Chevron?», *La Gran Aldea*, 05-12-22, <https://lagranaldea.com/2022/12/05/son-constitucionales-los-nuevos-contratos-petroleros-de-chevron/>.

⁴³ «Venezuela, *Chevron formally sign oil contracts in Caracas*», *Reuters*, 02-12-22, <https://www.reuters.com/business/energy/venezuela-signs-contracts-with-chevron-reanimate-expand-oil-output-2022-12-02/>.

⁴⁴ «Chevron tomará el control de un mejorador de Petropiar», *El Nacional*, 06-12-22, <https://www.elnacional.com/economia/chevron-tomara-el-control-de-un-mejorador-de-petropiar/>.

Ahora bien, tomando en cuenta la poca información disponible, puede deducirse que el contrato de asistencia técnica que habría suscrito Chevron podría coincidir con el contrato de servicio petrolero, ya estudiado. Así, un posible arreglo contractual sería el siguiente. Las empresas mixtas encomiendan a Chevron la realización de todas las actividades necesarias para producir y exportar crudo, incluyendo mejorar el crudo producido en Petropiar. Esta exportación solo se haría para abastecer el mercado de Estados Unidos, y Chevron (a través de sus filiales en ese país) tendría el derecho preferente a adquirir el petróleo. Por ello, el contrato de asistencia técnica podría encomendar a Chevron la representación legal de las empresas mixtas, lo que implicará que Chevron actuaría en nombre de las empresas mixtas para vender el petróleo, y actuaría en nombre propio para la compra de petróleo (por medio de filiales distintas). Es decir, que, a través de sus filiales, Chevron no solo asumiría la operación, sino que actuaría como *offtaker* del crudo producido⁴⁵.

El contrato de asistencia técnica es, así, un contrato de servicio petrolero, en el sentido que traslada el control efectivo de operaciones primarias a Chevron. Este modelo de contrato, más recientemente, ha sido configurado por PDVSA como un contratos de participación productiva (CPP). Así, en el contratos de participación productiva la empresa mixta cede al socio minoritario el uso de las infraestructuras asociadas a las actividades primarias. A cambio, el socio minoritario asume el financiamiento de los gastos operativos y de capital, así como toda la producción y venta del crudo. Una porción del crudo producido es entregada a PDVSA por concepto de *government take*

⁴⁵ El crudo venezolano puede comercializarse bajo la modalidad *Free On Board* (FOB), con lo cual la propiedad del crudo se transfiere en puerto venezolano al comprador. Jurídicamente la venta la hace la empresa mixta, pero, en la práctica, la operación quedaría bajo el control de Chevron. Esto implica que, a través de sus filiales, Chevron sería el comprador designado. Por ejemplo, Chevron ha adquirido crudo para su procesamiento en la refinería de su propiedad en Pascagoula (Misisipi). Pero también podría Chevron vender el crudo a otras refinerías, como ya habría sucedido. *Vid.* «*Chevron Expands Venezuelan Crude Sales to Other Oil Refiners*», *Bloomberg*, 13-01-23, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-01-13/chevron-expands-venezuelan-crude-sales-to-other-oil-refiners>.

y participación en la producción. El contratista retiene la producción restante, con lo cual cubre los costos de operación –incluyendo el pago del *government take*– y su remuneración.

De esa manera, y a pesar de que no existe información pública sobre los contratos de participación productiva –aun cuando sí hay noticias de su celebración⁴⁶– podemos resumir su contenido de la siguiente manera⁴⁷.

- PDVSA cede –probablemente en arrendamiento– los bienes anejos a las actividades de producción al contratista privado. Con lo cual, este asume el derecho de usar estos bienes para la realización de actividades de exploración, producción y comercialización (y eventualmente, de mejoración).
- PDVSA encomienda al contratista privado la realización de las operaciones necesarias para ejercer los derechos petroleros que la República le ha asignado. Ello puede lograrse por medio de derechos y obligaciones similares al contrato de servicio, o incluso podría implementarse la figura del mandato. De esa forma, el contratista, por cuenta –y eventualmente, en nombre de– PDVSA, lleva a cabo todas las operaciones necesarias para el ejercicio de esos derechos. Según los casos, también el contratista asume la operación de los mejoradores, para producir el llamado crudo mejorado.
- El contratista privado, al asumir el uso de los activos y el ejercicio de los derechos petroleros, también asume la obligación de gerenciar la operación (incluyendo los gastos operativos u OPEX) así como los gastos de inversión (gastos de capital, o CAPEX). De igual forma, el contratista privado se compromete a asumir las obligaciones dinerarias que conforman la llamada renta petrolera o *government take*, especialmente, regalías e impuestos.

⁴⁶ «LNG Energy Group Announces Signing of Contracts», 23-04-24, <https://au.finance.yahoo.com/news/lng-energy-group-announces-signing-170300771.html>.

⁴⁷ Seguimos a las instituciones de Derecho Civil de la teoría de las obligaciones. Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, *Curso de Derecho Civil III. Obligaciones*. Editorial RVLJ. Caracas, 2017, pp. 85 y ss. Las referencias a PDVSA se extienden, según los casos, a PPSA y las empresas mixtas, como empresas operadoras.

- PDVSA también transfiere al contratista privado el derecho vender el petróleo producido, especialmente, a compradores fuera de Venezuela, esto es, operaciones de exportación. Muy posiblemente el contratista ya ha seleccionado al comprador (*offtaker*) con quien ha celebrado un contrato de suministro, necesario para apoyar financieramente toda la operación. Otra modalidad es que PDVSA venda en Venezuela el petróleo que en su nombre el contratista ha producido, para que este revenda –exporte– el petróleo.
- El contratista asume la carga económica asociada al pago de tributos y regalías, aun cuando las empresas operadoras son los contribuyentes o pagadores *de iure*. De esa manera, la producción del petróleo por el contratista genera la obligación inmediata de pago de la regalía (30 %) y del impuesto por extracción (3 %). Esto quiere decir, que la República debe recibir 33 % de lo producido –en dinero o en petróleo–. Una forma de cumplir con tal provisión es que el contratista transfiera a la empresa operadora el 33 % del crudo producido (como parte de la participación de PDVSA en la producción).
- En cuanto al resto de contraprestaciones y tributos y, en especial, el impuesto sobre la renta, la carga económica recae en el contratista, en el sentido que el pago de estos impuestos se hará con cargo al petróleo producido. El contribuyente *de iure* por la producción y comercialización, en todo caso, es la empresa operadora.
- Además, el contratista se compromete a ceder un porcentaje de la producción a PDVSA, como contraprestación. En la práctica, ello puede implementarse transfiriendo a PDVSA un porcentaje de la producción, incluyendo lo correspondiente a regalías. De acuerdo con nuestras investigaciones, este porcentaje puede oscilar entre el 55 % y el 80 % del petróleo producido.
- Los ingresos del contratista es el petróleo que no es transferido o cedido a PDVSA, que, según los casos, oscila entre el 45 % y el 20 %. Con los ingresos derivados de la venta de ese petróleo, el contratista cubre costos de operación, tributos, gastos de financiamiento y su remuneración.

- Si el contratista es deudor de PDVSA –por ejemplo, como resultado del financiamiento a la operación de la empresa mixta por el socio minoritario– además, podrán establecerse cláusulas de compensación de la deuda con el petróleo producido. Luego, un porcentaje del petróleo retenido por el contratista podría imputarse al pago de deuda.
- No es de extrañar que los contratos de participación productiva incluyan una cláusula arbitral, para elevar la protección del contratista privado, más allá de la posible aplicación de Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs).

Los contratos de participación productiva fueron promovidos por la licencia general N.º 44, por medio de la cual PDVSA fue autorizada por la OFAC para realizar cualquier operación prohibida en Estados Unidos o con empresas de ese país. Aun cuando esta licencia fue revocada por la licencia general N.º 44A, OFAC ha emitido licencias individuales que permiten a PDVSA celebrar este tipo de contratos⁴⁸. Es importante aclarar que las licencias de la OFAC no modifican el marco jurídico petrolero venezolano, con lo cual PDVSA no puede celebrar contrato alguno que ceda, directa o indirectamente, actividades reservadas al Estado a la iniciativa privada.

Otra limitación que ha incentivado estos contratos es que, en Estados Unidos, la representación de PDVSA recae en la junta administradora *ad-hoc* creada en 2019, lo que implica que PDVSA no puede exportar petróleo a Estados Unidos, justificándose así realizar esta exportación por interpuesta persona, por medio de contratos de participación productiva u otros contratos similares⁴⁹.

De esa manera, bajo los «nuevos modelos» de participación de la inversión privada en la industria petrolera, PDVSA se apoya en dos marcos regulatorios. Por un lado, y de acuerdo con la Ley de Contrataciones Públicas, PDVSA contrata servicios integrales petroleros, pagaderos en efectivo o petróleo, por

⁴⁸ «M&P receives a specific license from the Ofac in relation to its operations in Venezuela», 06-05-24, <https://www.maureletprom.fr/en/article/m-p-receives-a-specific-license-from-the-ofac-in-relation-to-its-operations-in-venezuela>.

⁴⁹ HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*La privatización de facto...*), *passim*.

los servicios proveídos. Eventualmente estos contratos podrían asimilarse a los llamados «contratos de servicios petroleros». A todo evento, la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas es más precaria, debido al conjunto de normas de excepción que, en la práctica, han obviado el procedimiento licitatorio, ampliando los supuestos de contratación directa e incluso, contrataciones excluidas. La reorganización –inconstitucional– de PDVSA también ha coadyuvado a dejar sin efecto el procedimiento de selección de contratistas⁵⁰.

El segundo marco legal es la llamada «Ley Antibloqueo», la cual sería el fundamento de los contratos de participación productiva. Esta Ley fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente de 2017, como parte de la usurpación de funciones de la cuarta legislatura de la Asamblea. Más allá de diversas disposiciones retóricas, el principal efecto práctico de este texto deriva de su artículo 24, que pretende atribuir a la Presidencia de la República la competencia para celebrar «todos los actos o negocios jurídicos que resulten necesarios», al margen de los requisitos exigidos en la Constitución y las leyes. Como explica BREWER-CARIAS, esta norma pretende suprimir todo el ordenamiento jurídico y así, habilitar a la Presidencia –y en general, a toda la Administración Pública– a celebrar cualquier contrato⁵¹. Con lo cual, cualquier duda sobre la constitucionalidad o legalidad de los nuevos contratos petroleros, incluyendo a los contratos de participación productiva, quedaría saldada por la Ley Antibloqueo.

⁵⁰ BREWER-CARIAS, Allan R.: «La institucionalización de la cleptocracia en Venezuela: La inconstitucional reforma tácita del régimen de contrataciones públicas y la inconstitucional eliminación, por decreto, de la licitación para la selección de contratistas en la industria petrolera, y de la nacionalización de las actividades auxiliares o conexas con la industria». En: *Revista de Derecho Público*. N.ºs 153-154. Caracas, 2018, pp. 281 y ss.

⁵¹ BREWER-CARIAS, Allan R.: «La Ley Antibloqueo: una monstruosidad jurídica para desaplicar, en secreto, la totalidad del ordenamiento jurídico». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Sociales y Políticas*. N.º 161. Caracas, 2020, p. 1499; así como: «El último golpe al Estado de Derecho: una “Ley Constitucional”, “Antibloqueo” para rematar y repartir los despojos de la economía estatizada, en un marco de secretismo y de inseguridad jurídica». En: *Revista de Derecho Público*. N.ºs 169-170. Caracas 2022, pp. 235 y ss. Véase también el prólogo de BREWER-CARIAS a nuestro libro: ob. cit. (*La privatización de facto...*), *passim*.

Eventualmente, la Ley Antibloqueo podría ser invocada para obviar la Ley Orgánica de Hidrocarburos y transferir derechos petroleros a la inversión privada. Como explicamos, bajo la Ley Orgánica de Hidrocarburos solo las empresas operadoras –empresas mixtas y PPSA– pueden ser titulares de derechos petroleros transferidos mediante decreto y delimitados mediante resolución. Los contratos de servicios petroleros sortean este obstáculo, en tanto las empresas operadoras ceden a inversionistas privados el ejercicio de esos derechos, aun cuando ellas mantienen su titularidad. Pero la Ley Antibloqueo podría ser invocada para justificar transferir la titularidad de esos derechos a la inversión privada.

Con lo cual, la constitucionalidad y legalidad de los contratos de participación productiva es dudosa. Así, estos contratos no han sido controlados por la Asamblea Nacional, asumiendo que, como sucede con los contratos de sociedad, sean contratos de interés público nacional. Además, ellos exceden la capacidad contractual de las empresas mixtas definida en la Ley Orgánica de Hidrocarburos y los Acuerdos.

Así, y, en primer lugar, la inversión privada, incluyendo al socio minoritario, no puede asumir las actividades de producción, pues esas actividades solo pueden ser realizadas directamente por las empresas mixtas. De conformidad con la Constitución y la Ley Orgánica de Hidrocarburos, los Acuerdos que autorizan la creación de las empresas mixtas limitan su capacidad contractual, y expresamente, prohíben a las empresas mixtas ceder indirectamente el control sobre actividades que solo ellas pueden realizar, incluyendo la producción. Por ello, si el CPP traslada a la inversión privada, de manera directa o indirecta, el control sobre las tareas relativas a la producción, estaríamos ante un contrato cuyo objeto sería ilegal.

En segundo lugar, la comercialización de petróleo es una actividad privativa de las empresas mixtas o de PDVSA, según los casos, que tampoco podría ser delegada a la inversión privada. Por ello, legalmente, la inversión privada no puede vender el crudo producido.

Finalmente, y en tercer lugar, la Ley Antibloqueo no puede justificar obviar las limitaciones de la Ley Orgánica de Hidrocarburos para ceder derechos petroleros a inversionistas privados por medio de los contratos de participación productiva, pues esa Ley es producto de la usurpación de la función legislativa y, como tal, no genera efecto jurídico alguno.

Otro aspecto preocupante es la falta de transparencia, pues los contratos de participación productiva y los demás contratos firmados no son públicos, ni PDVSA ha rendido cuentas sobre los términos y condiciones de estas contrataciones y, en especial, la distribución del ingreso fiscal petrolero o *government take*. Aquí, pareciera que el uso de formas civiles o comerciales contractuales se ha empleado para eludir principios básicos del Derecho Administrativo, en lo que es una huida contraria al artículo 141 de la Constitución, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención Americana contra la Corrupción y la Ley contra la Corrupción.

En todo caso, reiteramos que acudir a la Ley Antibloqueo para solucionar estas objeciones constitucionales y legales no es un argumento sólido, vista la evidente inconstitucionalidad de aquel texto, que pretende justificar cualquier contrato público inconstitucional e ilegal.

Con lo cual, estos nuevos modelos son claramente insuficientes para atraer la inversión privada que requiere la industria petrolera venezolana para su reconstrucción, en la ventana de oportunidades que presenta la transición energética. Por ello, hemos sostenido que una condición necesaria es reformar la Ley Orgánica de Hidrocarburos y dar piso jurídico a nuevos contratos petroleros, en el marco de la reconstrucción de los mecanismos de mercado y el restablecimiento del Estado de Derecho⁵². Los contratos de participación productiva no son una solución, y, por el contrario, crean problemas adicionales, al margen de las licencias que pueda emitir la OFAC.

⁵² HERNÁNDEZ G., José Ignacio y BELLORÍN, Carlos: «*The case for a new Venezuelan Hydrocarbons Law as the basis of a new Hydrocarbons Policy: unlocking the path for recovery, stabilization and growth*». En: *The Journal of World Energy Law & Business*. Vol. 12, N.º 5. 2019, pp. 394-407, <https://doi.org/10.1093/jwelb/jwz026>.

Conclusiones

En la práctica del Derecho de los Hidrocarburos en Venezuela, existen diversas modalidades de contratos públicos por medio de los cuales PDVSA –y sus empresas filiales, incluyendo a las empresas mixtas– pueden contratar con la inversión privada.

En primer lugar, encontramos el contrato de sociedad o producción compartida, por el cual PDVSA y la inversión privada acuerdan producir conjuntamente, a través de una filial común conocida como empresa mixta. Este es un contrato público regido por la Ley Orgánica de Hidrocarburos y, además, es un contrato de interés público nacional regido por el artículo 150 de la Constitución. Una condición esencial es que PDVSA mantenga el control efectivo de la producción, siendo ilegal cualquier contrato que pretenda transferir ese control a la inversión privada, incluyendo al socio minoritario.

Este contrato no permite la reconstrucción de la industria petrolera, pues hace recaer en PDVSA la principal responsabilidad operativa y financiera, por medio de tareas que la estatal petrolera no puede cumplir, vista su arraigada fragilidad. De allí la imperiosa necesidad de reformar la Ley Orgánica de Hidrocarburos y permitir a la inversión privada ser titular de derechos petroleros.

Además, y en segundo lugar, PDVSA, por medio de sus filiales (PPSA y las empresas mixtas actuando como empresas operadoras, o sea, empresas titulares de derechos petroleros cedidos por la República) puede celebrar contratos de obras, bienes y servicios y, en general, cualquier contrato público al amparo de la Ley de Contrataciones Públicas. Pero la aplicación efectiva de esta Ley se ha hecho irrisoria, en el marco de abusivos instrumentos jurídicos que eliminan la licitación pública.

En tercer lugar, PDVSA ha promovido contratos de servicios petroleros que transfieren al inversionista privado actividades exclusivas de PPSA y las empresas mixtas. Ello incluye a los llamados «acuerdos de servicios compartidos» (ASC), «acuerdos de servicios productivos» (ASP), los «contratos de asistencia

técnica» (TSA) y, en general, cualquier contrato innominado por el cual el inversionista privado asume el ejercicio y financiamiento de actividades primarias, así como de la comercialización.

Más recientemente, y, en cuarto lugar, los contratos de participación productiva (contratos de participación productiva), como modalidad del contrato de servicio petrolero, transfieren al inversionista privado el control y financiamiento de actividades de producción y comercialización, de forma tal que su remuneración será el valor del petróleo producido remanente menos los costos, incluyendo el porcentaje de la producción cedida a la PDVSA. Estos contratos también permiten el pago de la deuda comercial surgida entre la empresa mixta y el socio minoritario.

Más allá de sus formas jurídicas y detalles de implementación –que no son analizados aquí– los contratos de servicio petroleros, acuerdos de servicios compartidos, acuerdos de servicios productivos, los contratos de asistencia técnica y los contratos de participación productiva responden a la modalidad concesional, en tanto la inversión privada es quien asume la producción y comercialización. Sin embargo, esta modalidad está prohibida en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, lo que podría implicar que el objeto de estos contratos es ilegal, en especial, de cara al marco jurídico que previene la corrupción. Para subsanar ese riesgo, PDVSA ha invocado la Ley Antibloqueo. Pero más bien, el solo uso de este texto agrava, más todavía, la antijuridicidad de estos nuevos contratos petroleros, en tanto tal texto pretende abolir principios fundamentales del Estado de Derecho.

Es así cómo, al margen de los controles del Estado de Derecho y de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, se han implementado nuevos contratos petroleros que promueven la apertura de la industria petrolera a la inversión privada. Se trata, en todo caso, de una apertura *de facto*, cuya fragilidad institucional impedirá la recuperación de la industria petrolera venezolana.

* * *

Resumen: Al margen de los controles del Estado de Derecho y de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, PDVSA ha implementado nuevos contratos petroleros que promueven la apertura *de facto* de la industria petrolera a la inversión privada. A estos fines, se promueven contratos de servicios petroleros, acuerdos de servicios compartidos, acuerdos de servicios productivos, los contratos de asistencia técnica y los contratos de participación productiva. Estos nuevos modelos son claramente insuficientes para atraer la inversión privada que requiere la industria petrolera venezolana para su reconstrucción, en la ventana de oportunidades que presenta la transición energética. **Palabras clave:** contratos petroleros, PDVSA, contratos de servicios, contratos de sociedad, hidrocarburos, contratos públicos. Recibido: 08-05-24. Aprobado: 27-06-24.

New oil contracts in Venezuelan law

Abstract: *Beyond the rule of law controls and the Organic Hydrocarbons law, PDVSA promotes new oil contracts to facilitate a de facto liberalization of the oil industry, expanding the scope of private investment. For that purpose, several new contracts have been signed, including oil services agreements, shared services agreements, productive service agreements, technical service agreements, and share participating agreements; those new contracts are not enough to attract private investment needed by the Venezuelan oil industry, in the opportunity window that derives from the energetic transition. **Keywords:** oil contracts, PDVSA, Service contracts, joint ventures, hydrocarbons, public contracts.*