

Las filiales extranjeras de empresas del Estado en el Derecho Administrativo venezolano. El caso de CITGO

José Ignacio HERNÁNDEZ G.*
RVLJ, N.º 16, 2021, pp. 733-753.

SUMARIO

Introducción 1. La participación de PDVSA en CITGO 1.1. Los problemas jurídicos de la internacionalización de PDVSA y el caso de CITGO 1.2. El régimen jurídico de CITGO 2. El principio de aplicación territorial del Derecho Administrativo 2.1. La aplicación del principio de territorialidad del Derecho público venezolano y el concepto de empresas del Estado 2.2. El régimen jurídico de las empresas del grupo CITGO. Especial consideración a la aplicación del artículo 150 de la Constitución

Introducción

Para este merecido homenaje al profesor Jesús CABALLERO ORTIZ, hemos seleccionado un área definitoria de su obra, a saber, las empresas públicas¹. El tema que hemos querido analizar, dentro de esta temática, es la relación existente entre el Derecho Administrativo venezolano y las filiales extranjeras de empresas del Estado, tomando como ejemplo a CITGO, filial

* **Universidad Central de Venezuela**, Profesor de Derecho Administrativo. **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesor de Derecho Administrativo. **Universidad Castilla-La Mancha**, Profesor invitado. **Growth Lab-Harvard Kennedy School**, *Fellow*.

¹ CABALLERO ORTIZ, Jesús: *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1982.

extranjera de Petróleos de Venezuela, S. A. (PDVSA). Tal y como explicamos en este artículo, las normas de Derecho Administrativo sobre empresas del Estado no aplican a las filiales extranjeras de estas, debido a su carácter territorial. Es por ello que CITGO no puede ser considerada una empresa del Estado, según el Derecho Administrativo venezolano.

Así, el Derecho Administrativo venezolano ha prestado especial atención al llamado «Estado empresario», esto es, la actividad administrativa de gestión directa de actividades económicas a través de «empresas públicas». Con especial énfasis, desde la década de los setenta del pasado siglo, el modelo de desarrollo se apalancó en la gestión directa de actividades económicas por el Estado, especialmente, en el sector de los hidrocarburos, luego de la nacionalización de 1975. Dentro del sector empresarial público, PDVSA es, sin duda, el ejemplo paradigmático de empresa pública.

En la década de los noventa, PDVSA inició un proceso de internacionalización de sus operaciones, en especial, procurando la integración vertical de sus actividades, para abarcar la refinación. Fue como resultado de esa política que PDVSA adquirió a CITGO Petroleum Corporation («CITGO»), empresa constituida en Estados Unidos dedicada a la refinación y expendio de combustible. Dada la importancia del mercado de Estados Unidos para las exportaciones petroleras venezolanas, PDVSA consideró oportuno asumir, también, actividades de refinación en ese mercado.

Esto planteó un problema conceptual que no ha recibido debido tratamiento en el Derecho Administrativo venezolano: el régimen jurídico aplicable a las filiales extranjeras de empresas públicas venezolanas. Para abordar este tema, el presente artículo se divide de la siguiente manera. La primera parte analiza la participación de PDVSA en las empresas que conforman el grupo CITGO, que, como se verá, abarcan empresas tenedoras de acciones y a la propia CITGO. Luego, el artículo explica por qué el concepto legal de empresas del Estado solo puede aplicar a sociedades constituidas en Venezuela, y no así a sociedades constituidas en el extranjero, por lo que respecta a los controles de Derecho público aplicable a la actividad de esas sociedades.

1. La participación de PDVSA en CITGO

En la década de los noventa del pasado siglo, PDVSA inició un proceso de internacionalización que le llevó a constituir filiales en el extranjero, para conducir empresas afines al sector de hidrocarburos. Esta fue la llamada «estrategia de internacionalización», implementada en la década de los ochenta. Como resume ESPINASA:

Previendo la creciente producción de crudos pesados y ácidos (de peor calidad y difícil disposición) la dirección de PDVSA decidió iniciar un proceso de compra de capacidad de refinación en el exterior, para ir adaptando para tomar y procesar cantidades crecientes de crudos venezolanos y así no tener que venderlos a descuento. El proceso de integración vertical internacional de la industria petrolera nacional se tradujo en cuantiosas ganancias para el país. El legado más emblemático de esta estrategia es el sistema CITGO. La importancia y conveniencia de esta estrategia queda de relieve en la medida que, después de anunciarse muchas veces la posible venta de esta empresa, esta sigue ahí. Los beneficios para el país han sido mil millones².

Asimismo, como explica PACHECO, «la estrategia giraba alrededor de la adquisición de capacidad de refinación en nuestros principales mercados, con el objetivo de asegurar la colocación de sus crecientes volúmenes de petróleo mediano y pesado. En paralelo, se invirtió fuertemente en Venezuela para transformar el parque de refinación nacional, para así minimizar la producción de *fuel oil* y aumentar la producción de derivados de alta calidad, como demandaba el mercado mundial»³.

² ESPINASA, Ramón: «El sector petrolero quince años después», en *Guayoyo en letras*, del 20-07-14, <http://guayoyoenletras.net/2014/07/20/ramon-espinasas-el-sector-petrolero-quince-anos-despues/>.

³ PACHECO, Luis: «PDVSA 1998: antes de la tormenta», en *Prodavinci*, del 17-10-18, <https://prodavinci.com/pdvsa-1998-antes-de-la-tormenta/>.

Desde un punto de vista jurídico, la estrategia de internacionalización planteó un problema someramente tratado en ese momento: determinar la aplicación de los controles a los cuales se somete PDVSA de acuerdo con el Derecho venezolano, en la implementación de esa estrategia. Este punto es de utilidad práctica para determinar la naturaleza jurídica de la participación de PDVSA en CITGO.

1.1. Los problemas jurídicos de la internacionalización de PDVSA y el caso de CITGO

En 1983, PDVSA diseñó un acuerdo de asociación con la empresa alemana Veba Oel, que llevaría a controlar el cincuenta por ciento (50 %) de acciones de la empresa de refinería Ruhr Oel and Gas. Ello dio lugar a un debate jurídico, a los fines de determinar si tal contrato quedaba sujeto al control del Poder Legislativo –el entonces Congreso– tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos. La Procuraduría General de la República opinó que esa norma no resultaba aplicable, pese a lo cual, algunas posiciones políticas dentro del Congreso insistieron en que esa operación debía someterse a control parlamentario⁴.

BREWER-CARIÁS, para ese momento senador, dio una opinión jurídica sobre este tema, basado en especial en las normas constitucionales sobre contratos de interés público⁵. Dentro de las diversas consideraciones formuladas por BREWER-CARIÁS, interesa destacar el criterio referido a la territorialidad del Derecho público venezolano. El acuerdo de asociación, se observó, no sería ejecutado en Venezuela sino en el extranjero, con lo cual no se sometía a las normas constitucionales sobre contratos de interés público. Tampoco podía aplicarse, a tal acuerdo, el citado artículo 5, que regía solo para la realización de actividades reservadas al Estado dentro del territorio venezolano.

⁴ La referencia se toma de BAENA, César: *The politics of oil in Venezuela: a decision-making analysis of PDVSA's internationalisation policy*. London School of Economics and Political Science. Tesis doctoral. Londres, 1997, pp. 15 y ss.

⁵ BREWER-CARIÁS, Allan R.: *Estudios de Derecho público*. T. II (Labor en el Senado). Ediciones del Congreso de la República. Caracas, 1985 pp. 65 y ss.

Tal fue la razón jurídica que permitió zanjar el debate político que entonces se planteó, y que aplicó, en general, para el resto de las operaciones jurídicas referidas al señalado proceso de internacionalización.

Luego, en 1989, PDVSA adquirió el cincuenta por ciento (50 %) de las acciones sobre la empresa de refinación de Estados Unidos, CITGO, lo que en su momento se consideró como una operación estratégica para consolidar la comercialización de crudo venezolano en Estados Unidos. En 1990, se completó la adquisición del resto del capital de CITGO⁶. Al haber quedado resuelta la duda jurídica en torno a la no-aplicación del Derecho venezolano a contratos suscritos y ejecutados en el extranjero, la adquisición de esa participación no fue objeto de control parlamentario.

Un punto de especial interés que deriva de la estrategia de internacionalización es la existencia de filiales extranjeras. Así, en el caso de CITGO, la empresa de refinería es controlada a través de filiales de PDVSA constituidas en el extranjero. Actualmente, existen dos estructuras intermedias: PDVSA es el único accionista de PDV Holding, Inc., quien a su vez es accionista único de CITGO Holding, Inc., empresa matriz de CITGO. Todas las empresas están domiciliadas en Delaware, Estados Unidos.

Esto quiere decir que, formalmente, PDV Holding, Inc. y CITGO Holding, Inc. son filiales respectivamente, de primer y segundo grado de PDVSA. En este artículo, la expresión «grados» se emplea en función al número de filiales existentes, mientras que el concepto de filial aplica a las sociedades mercantiles cuyo capital pertenece completamente a otra sociedad. Por lo tanto, la sociedad mercantil matriz es PDVSA, siendo que PDV Holding, Inc. es una filial de primer grado, pues su accionista directo es PDVSA. Por lo tanto, CITGO es una filial de tercer grado de PDVSA⁷.

⁶ BAENA: ob. cit., pp. 196 y ss.

⁷ En cuanto a los «grados» de participación accionarial del Estado venezolano, *vid.* ARAUJO-JUÁREZ, José: «Régimen general de Derecho público relativo a las empresas del Estados». En: *Nacionalización, libertad de empresa y asociaciones mixtas*. UCV-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2008, p. 222.

Desde un punto de vista económico, estas sociedades mercantiles conforman lo que se conoce como un grupo de empresas, en concreto, de tipo vertical. Así, se trata de empresas que actúan bajo el control último de PDVSA, quien es el accionista final. Este control se limita, en todo caso, al control accionarial. PDVSA ejerce los derechos que le corresponden como accionista de PDV Holding, Inc., lo que entre otras facultades le permite designar a su junta directiva. Esto permite que PDV Holding, Inc., bajo la gestión de los directores designados por PDVSA, pueda actuar como accionista de control de CITGO Holding, Inc. a los fines de designar a su junta directiva, quien a su vez hará lo propio con CITGO⁸.

1.2. *El régimen jurídico de CITGO*

En el Derecho venezolano, el concepto de empresa del Estado puede ser definido en función a tres criterios⁹. Bajo un criterio formal, el concepto alude a la sociedad mercantil que obra bajo el control del Estado. El criterio funcional aplica a la realización de actividades económicas por el Estado, sin reparar en la forma jurídica adoptada al respecto. El concepto legal depende de la definición de empresas del Estado empleada en la legislación administrativa venezolana que define al sector público.

La primera de esas leyes es la Ley Orgánica de la Administración Pública, cuyo artículo 103 dispone lo siguiente:

Las empresas del Estado son personas jurídicas de Derecho público constituidas de acuerdo a las normas de Derecho privado, en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere el presente Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social.

⁸ RODNER, James-Otis: «El grupo de sociedades». En: *Visión contemporánea del Derecho Mercantil venezolano*. Vadell Hermanos. Valencia, 2000, pp. 185 y ss.

⁹ En general, *vid.* BREWER-CARÍAS, Allan R.: *El régimen jurídico de las empresas públicas en Venezuela*. Ediciones del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. Caracas, 1980, pp. 45 y ss., así como CABALLERO ORTIZ: *ob. cit.*, p. 93.

Apartando ciertas imprecisiones de ese concepto, interesa destacar que la definición de empresa del Estado depende de tres criterios concurrentes¹⁰:

- i. El criterio subjetivo apunta a la identificación del accionista, que debe ser el Estado definido en sentido amplio, abarcando así a los entes político-territoriales y a los entes descentralizados, o sea, la llamada Administración Pública central y descentralizada.
- ii. El criterio cuantitativo exige que la participación accionarial del Estado sea mayor del cincuenta por ciento (50 %) del capital social.
- iii. El criterio formal alude a su forma jurídica, regulada por «las normas de Derecho privado». Esas normas no son otras que el Código de Comercio, cuyos artículos 200 y siguientes regulan a las sociedades mercantiles.

Esta definición, como se observa, no alude al lugar de constitución de la sociedad mercantil. Este es, sin embargo, un asunto que responde a otra naturaleza, a saber, la aplicación territorial o extraterritorial del Derecho público venezolano, aspecto que será expuesto más adelante.

Ahora bien, este concepto de empresa del Estado debe precisarse de cara a las distintas leyes administrativas que rigen a las empresas del Estado y que definen al sector público. Así, la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público regula la actividad financiera de las empresas del Estado, partiendo de un concepto específico. Según los numerales 8 y 9 de su artículo 5, esa Ley rige a:

... 8. Las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas a que se refiere este artículo tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. Quedarán comprendidas además, las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional.

¹⁰ BREWER-CARIAS, Allan R.: *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público Iberoamericano*. T. II (La Administración Pública). Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2013, pp. 762 y ss.

9. Las sociedades mercantiles en las cuales las personas a que se refiere el numeral anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social...

El numeral 8 aplica a las sociedades mercantiles en las cuales la República o cualquiera de otros sujetos definidos en ese artículo tengan una participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50 %) ¹¹. Esto aplica, por ello, a las sociedades mercantiles en las cuales la República u otras sociedades mercantiles de participación mayoritaria pública sean propietarios de cincuenta por ciento (50 %) o más del capital social. Esto abarca, por ende, a las sociedades mercantiles cuyo accionista es la República y las sociedades mercantiles cuyo accionista es otra sociedad mercantil controlada por el Estado, esto es, las empresas del Estado de primer y de segundo grado. Por su parte, el numeral 9 aplica a las sociedades mercantiles controladas por sociedades regidas por el citado numeral 8, lo que se extiende entonces, incluso, a las filiales de tercer grado. Esta es la misma definición derivada de los numerales 9 y 10 del artículo 4 de la Ley Orgánica de Bienes Públicos.

El artículo 4 de la Ley contra la Corrupción sigue este mismo concepto. De acuerdo con su numeral 10, se consideran integrantes del sector público a «las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación en su capital social, así como las que se constituyen con la participación de aquéllas». Para efectos de esta opinión, este concepto aplica a las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales «los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público nacional» tengan participación, según el numeral 1. La expresión «órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público nacional» abarca no solo a la República como órgano, sino también, a los entes

¹¹ Los sujetos mencionados en el citado artículo 5 son la República, los estados, los distritos, los municipios, los institutos públicos, las universidades nacionales, institutos, colegios universitarios nacionales y otras instituciones públicas de educación superior, las academias nacionales, las sociedades mercantiles reguladas por el numeral 8; las sociedades mercantiles reguladas por el numeral 9, las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con fondos públicos, y las demás personas jurídicas estatales de Derecho público.

de la Administración Pública nacional descentralizada, incluyendo las sociedades mercantiles controladas por la República. Luego, el citado numeral 4 aplica, incluso, a las sociedades mercantiles controladas por empresas del Estado de segundo grado, esto es, aquellas controladas por empresas de primer grado (por aplicación del numeral 1), así como las sociedades mercantiles en las cuales aquellas también tengan participación (por aplicación del numeral 10), esto es, las empresas de tercer grado.

Otras leyes contradicen, sin embargo, esta definición. Así, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal aplica expresamente solo a las empresas públicas de primer y segundo grado, no así a las empresas públicas de tercer grado, de acuerdo con su artículo 9¹². Tal es la misma definición derivada del tenor literal de los numerales 4 y 5 del artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas¹³.

Como se observa, no existe claridad en el Derecho público venezolano acerca del grado de participación bajo el cual se aplica el concepto de empresa del Estado¹⁴.

¹² Según ese artículo 9, están sujetos a las disposiciones de esa Ley «los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público nacional» (numeral 1), y las «sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación en su capital social, así como las que se constituyan con la participación de aquéllas» (numeral 10).

¹³ Según el artículo 3, esa Ley aplica a «los órganos y entes del Poder Público nacional, estatal, municipal, central y descentralizado» (numeral 1); a «las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en las cuales la República Bolivariana de Venezuela y las personas jurídicas a que se contraen los numerales anteriores tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50 %) del patrimonio o capital social respectivo» (numeral 4) y «las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en cuyo patrimonio o capital social, tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50 %), las asociaciones civiles y sociedades a que se refiere el numeral anterior» (numeral 5).

¹⁴ Ello no obsta, sin embargo, a que la participación accionaria del Estado en la sociedad mercantil sea el elemento determinante para la aplicación de normas de Derecho Administrativo. En efecto, como lo ha advertido GARRIDO ROVIRA, Juan: *Temas sobre Administración descentralizada en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, p. 115, «la participación accionaria del Estado es el supuesto de hecho necesario para la aplicación de normas de Derecho Administrativo a las

Mientras que algunas leyes aplican incluso a filiales de tercer grado, otras limitan el concepto a filiales de segundo grado.

Ahora bien, si se aplican estos conceptos sin considerar la consecuencia derivada del lugar de constitución de las sociedades mercantiles, entonces, podría concluirse que tanto PDVSA como PDV Holding, Inc. calificarían como empresas del Estado integrantes del sector público, al ser empresas del Estado de primer y segundo grado. CITGO Holding, Inc. sería empresa del Estado solo desde ciertas leyes administrativas, en su condición de filial de tercer grado (o sea, de filial de una sociedad mercantil controlada, a su vez, por una sociedad mercantil en la cual la República es el único accionista). CITGO, por el contrario, sería una filial de cuarto grado no incluida en las definiciones legales examinadas.

Empero, esta conclusión no considera el hecho de que PDV Holding, Inc. y sus empresas privadas están constituidas en el extranjero. Por ello, el verdadero tema que debe ser resuelto es si las normas de Derecho Administrativo venezolano aplican a sociedades mercantiles domiciliadas en el extranjero.

2. El principio de aplicación territorial del Derecho Administrativo

El concepto de empresa del Estado, en todo caso, debe adecuarse a la aplicación territorial del Derecho Administrativo. Más allá del grado de control accionarial de la República, por medio de PDVSA, lo cierto es que las normas de Derecho Administrativo que rigen a PDVSA y sus filiales solo son aplicables a operaciones ejecutadas en Venezuela. Este fue, como vimos, el criterio aplicado al inicio del proceso de internacionalización de PDVSA.

empresas en las cuales el Estado participa. De esta forma, si las leyes administrativas establecen, por ejemplo, que las empresas en las cuales el Estado tenga más de un 50 % de participación en su capital social se encuentran sujetas a un determinado régimen, es precisamente ese *quantum* de participación el que constituye el supuesto de hecho para la aplicación de la norma legal correspondiente».

2.1. La aplicación del principio de territorialidad del Derecho público venezolano y el concepto de empresas del Estado

Las leyes de Derecho Administrativo comentadas en la sección anterior desarrollan el concepto de empresa del Estado como un ente de la Administración Pública nacional descentralizada¹⁵. Por ello, como regla, esas leyes solo pueden aplicar a las sociedades mercantiles constituidas en Venezuela, pues el Derecho Administrativo es de aplicación territorial.

Así, el principio general es que las leyes dictadas por el Poder Legislativo solo son aplicables en el territorio venezolano, esto es, el principio de aplicación territorial de la ley reconocido en el Código Civil¹⁶. Este principio rige por ello a las leyes de Derecho Administrativo, aun cuando existe una razón adicional.

En efecto, el Derecho Administrativo es un Derecho estatal, pues regula un área específica del quehacer del Estado, relacionada con la gestión concreta del interés público¹⁷. Como tal, el Derecho Administrativo regula una parcela específica de la soberanía estatal, cuando esta se expresa a través de la Administración Pública o de la actividad administrativa, incluso si la Administración Pública actúa bajo formas de Derecho privado, como sucede con las sociedades mercantiles que pueden ser calificadas como empresas del Estado¹⁸.

¹⁵ CABALLERO ORTIZ: ob. cit., *passim*.

¹⁶ BREWER-CARÍAS, Allan R.: *La Constitución de 1999 y la enmienda constitucional N.º 1 de 2009*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, p. 73. Como señala PEÑA SOLÍS, José: *Manual de Derecho Administrativo*. Vol. I. TSJ. Caracas, 2006, p. 160, «por cuanto concierne a la eficacia espacial predomina en nuestro país el principio de la territorialidad de la ley recogido en el artículo 8 del Código Civil, el cual preceptúa que la autoridad de la ley se extiende a todas las personas nacionales o extranjeras que se encuentren en la República. De modo, pues, que conforme al aludido principio la eficacia de las fuentes del Derecho abarca todo el territorio del Estado venezolano y, por tanto, resultan aplicables a todos los componentes de su elemento plurisubjetivo, esto es, a los venezolanos, a los extranjeros y hasta a los apátridas, si fuere el caso».

¹⁷ Nos hemos pronunciado en este sentido en HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*. Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP. Caracas, 2016, pp. 54 y ss.

¹⁸ En este sentido, advierte BREWER-CARÍAS, Allan R.: «La interaplicación del Derecho público y del Derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huida

Por ello, el Derecho Administrativo se encuentra limitado por la extensión territorial de la soberanía estatal, o sea, el territorio de Venezuela. La soberanía del Estado y, por ende, el ejercicio de la actividad administrativa sujeta a Derecho Administrativo, solo puede ejercerse dentro del territorio de Venezuela y no, por ende, en el exterior¹⁹. Es precisamente por ello que la doctrina de Derecho Administrativo ha insistido que este es de aplicación territorial²⁰.

Además, el propio régimen de las empresas del Estado en la Ley Orgánica de la Administración Pública acredita que el propósito del legislador fue limitar el régimen jurídico a las empresas constituidas en Venezuela. En efecto:

y recuperación del Derecho Administrativo». En: *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías» (Las formas de la actividad administrativa)*. FUNEDA. Caracas, 1996, p. 31, que «a pesar de que los entes descentralizados del Estado se hayan creado con formas jurídicas del Derecho privado con el objeto de que se sometan a un régimen jurídico más flexible de Derecho privado, el Derecho público siempre les resulta aplicable cuando una normativa legal integradora regule dichos entes en la misma forma que los de Derecho público».

¹⁹ Sobre la vinculación entre el territorio y el ámbito del ejercicio de los poderes del Estado, *vid.* PEÑA SOLÍS, José: *Lecciones de Derecho Constitucional general*. Vol. 1. UCV. Caracas, 2008, pp. 464 y 465; SAINZ BORG, Juan Carlos: *El Derecho Internacional y la Constitución de 1999*. UCV. Caracas, 2006, p. 182.

²⁰ *Vid.* BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Derecho Administrativo*. T. I. UCV. Caracas, 1975, pp. 9-13. Más recientemente, MUCI BORJAS, José Antonio: *El Derecho Administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, p. 51. Como resume SANZ RUBIALES, Iñigo: «Principio de territorialidad del Derecho Administrativo y cooperación transfronteriza». En: *Desafíos del Derecho Administrativo contemporáneo*, T. II. Ediciones Paredes. Caracas, 2009, p. 1347, «El Derecho Administrativo es una rama del Derecho público, vinculado por lo tanto al poder, a la tenencia y ejercicio de la *puissance publique* y en último extremo, a la soberanía. Es un Derecho territorial, cuya aplicación se ciñe al territorio constitutivo de la persona jurídico-pública superior, de supremacía y fines generales, que puede ser el Estado, o los municipios, o las entidades territoriales intermedias (regiones, estados federados, comunidades autónomas... la terminología es, en este ámbito, muy variada). Así, el territorio se configura como el ámbito de actuación de las potestades públicas y, en ese sentido, es el límite de validez de las normas y actos administrativos».

i. La creación de empresa del Estado debe ser autorizada por el presidente en Consejo de Ministros, los gobernadores o los alcaldes mediante decreto, un acto administrativo dictado según las previsiones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y de efectos circunscritos al territorio de Venezuela (artículo 104); ii. ese decreto debe ser publicado en la *Gaceta Oficial* o el medio de publicación oficial correspondiente (artículo 104); iii. en tanto personas jurídicas, solo adquieren su personalidad jurídica una vez se ha inscrito su acta constitutiva en el registro mercantil (artículo 104); iv. la propia Ley Orgánica de la Administración Pública establece la exención al pago de aranceles y otras tasas a los trámites de registro de los documentos referidos a las empresas del Estado (artículo 104); v. el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Administración Pública exige que todos los documentos relacionados con las empresas del Estado que, conforme al ordenamiento jurídico vigente deben ser objeto de publicación, se publicarán en la *Gaceta Oficial* o en el medio de publicación oficial correspondiente, y vi. el órgano competente en materia presupuestaria debe llevar un registro de la composición accionaria de las empresas en las cuales el Estado tenga participación en su capital social, y debe remitir semestralmente copia a la Comisión correspondiente de la Asamblea Nacional (artículo 109).

Todas estas formalidades fueron diseñadas para empresas del Estado creadas en Venezuela, o sea, para sociedades mercantiles creadas mediante decreto presidencial y posterior inscripción en el registro mercantil, siguiendo las formalidades del Código de Comercio.

Adicionalmente, el propio artículo 108 de la Ley Orgánica de la Administración Pública expresamente advierte que el régimen jurídico de las empresas del Estado está contenido en la legislación venezolana: «Las empresas del Estado se regirán por la legislación ordinaria, por lo establecido en el presente Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica y las demás normas aplicables; y sus trabajadores y trabajadoras se regirán por la legislación laboral ordinaria»²¹.

²¹ Por ello, y como resume BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Derecho Administrativo*. T. I. UCV-Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005, p. 439, «de forma que,

Esta norma corrobora, así, que el régimen jurídico de las empresas del Estado está diseñado para empresas domiciliadas en Venezuela y, por ende, sometidas al Derecho venezolano, incluyendo las normas de Derecho Administrativo.

De tal manera, como puede observarse, al regular la figura de las empresas del Estado, la Ley Orgánica de la Administración Pública establece ese régimen para empresas constituidas en el territorio de Venezuela, como una expresión legislativa del principio general de la territorialidad del Derecho Administrativo venezolano. Ello es una consecuencia del régimen de Derecho público que le es aplicable a las empresas del Estado, aun tratándose de entes creados bajo formas de Derecho privado²².

Así lo advierte BOSCÁN DE RUESTA, cuando, al hacer referencia a las empresas extranjeras en las cuales PDVSA es accionista, señala:

Estas empresas extranjeras en las cuales PDVSA tiene participación accionaria directa o indirecta, se rigen por las leyes de los territorios donde operan; bajo ningún respecto podrán calificarse como empresas del Estado, independientemente de la magnitud del paquete accionario que pertenezca a PDVSA, sino que califican como inversiones de PDVSA en el exterior, y las potestades que PDVSA como accionista tiene sobre ellas, son

tratándose de personas jurídicas de Derecho privado, las empresas del Estado se rigen por la legislación ordinaria, particularmente, la establecida en el Código de Comercio». Véase también a CARMONA BORJAS, Juan Cristóbal: *Hidrocarburos y minerales. Derecho y finanzas*. Vol. I. s/e. Caracas, 2016, p. 212.

²² Es por ello que, como apunta PEÑA SOLÍS, José: *Manual de Derecho Administrativo*. Vol. II. TSJ. Caracas, 2008, p. 61, «la actividad de los entes públicos que constituye ejercicio de potestades administrativas suele estar regulada generalmente por normas especiales (leyes de procedimientos administrativos), e inclusive la actividad que desarrollan en el ámbito del Derecho privado suele estar parcialmente regulada por reglas específicas, como en el caso de la adquisición de bienes (licitación)». Como concluye GARRIDO ROVIRA: ob. cit., p. 132, «Las normas de Derecho Administrativo que regulan la actividad, la organización y el funcionamiento de la empresa del Estado se aplican con prevalencia a las normas de derecho privado que rigen a las sociedades anónimas».

aquellas de cualquier inversionista o accionista, de acuerdo con la legislación que rija la operación de esas empresas²³.

Como una consecuencia de ello, puede concluirse que el régimen de Derecho Administrativo venezolano solo es aplicable para las empresas del Estado constituidas en el territorio de Venezuela, en virtud del principio de la aplicación territorial de ese Derecho. Por ello, las empresas constituidas en el extranjero en las que PDVSA tenga una participación accionaria se rigen por el Derecho interno de los países en los que fueron constituidas, y la legislación venezolana relativa a las empresas del Estado no les resulta aplicable.

2.2. El régimen jurídico de las empresas del grupo CITGO. Especial consideración a la aplicación del artículo 150 de la Constitución

Como se explicó, el concepto de empresas del Estado debe ajustarse al principio de territorialidad a partir de cuatro premisas:

- i. El Derecho Administrativo venezolano es de aplicación territorial;
- ii. conforme al Derecho venezolano, son empresas del Estado aquellas constituidas en el territorio de Venezuela, conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública;
- iii. la legislación venezolana en materia de empresas del Estado solo es aplicable a las empresas del Estado constituidas conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública, y
- iv. las empresas constituidas en el extranjero cuyas acciones son propiedad de empresas del Estado venezolanas son compañías que se rigen por el Derecho de los Estados en que fueron constituidas, y no les resulta aplicable la legislación venezolana sobre empresas del Estado.

Tomando en cuenta esas premisas, puede concluirse que las empresas del grupo CITGO no se rigen por el Derecho Administrativo venezolano, ni en general, por el marco jurídico aplicable a las empresas del Estado. Antes por

²³ BOSCAN DE RUESTA, Isabel: «La administración de la industria petrolera nacionalizada y las formas de participación de personas privadas». En: *1 Jornadas de Derecho de Oriente «La apertura petrolera»*. FUNEDA. Caracas, 1997, pp. 12 y 13.

el contrario, esas sociedades se rigen por el Derecho aplicable de acuerdo con su lugar de constitución, en este caso, la legislación de Delaware y de Estados Unidos. Esto es, se insiste, consecuencia del ámbito territorial de aplicación del Derecho, reforzado en el ámbito del Derecho Administrativo en especial y del Derecho público en general, en función al carácter territorial de la soberanía estatal.

Esta conclusión aplica, específicamente, en lo que respecta al régimen de Derecho Administrativo ajustable a la actividad comercial de las filiales extranjeras de empresas del Estado constituidas en el extranjero y, en este caso, las empresas del grupo CITGO. Asunto del todo distinto es el régimen jurídico aplicable a los administradores de esas filiales, en especial, por lo que respecta a las normas que disciplinan el patrimonio público, aspecto que no tratamos en este trabajo. Nuestra conclusión, por el contrario, se limita al régimen jurídico correspondiente a la actividad comercial de tales filiales extranjeras.

En especial, esta conclusión rige a los controles de Derecho Administrativo, e incluso, de Derecho Constitucional, que aplican a las empresas del Estado. En tanto esas empresas son entes de la Administración Pública, no cabe postular respecto de ellas el principio *favor libertatis*, de acuerdo con el cual las sociedades mercantiles tienen el derecho a la libertad contractual. Tal principio es privativo del derecho de libertad económica, que no es el título jurídico que habilita la gestión de actividades económicas por las empresas del Estado. Por ello, la capacidad contractual de estas empresas queda limitada, en general, en la Ley de Contrataciones Públicas.

Una limitación especial es el artículo 150 de la Constitución que regula la figura de contratos de interés público. Como vimos, la discusión en torno a la aplicación del Derecho público venezolano al proceso de internacionalización de PDVSA se centró, precisamente, en la posible calificación de los contratos por los cuales esa internacionalización se ejecutó como «contratos de interés público». La discusión es relevante, pues, entre otras consecuencias, todo contrato de interés público nacional celebrado con sociedades no domiciliadas en Venezuela debe ser previamente autorizado por la Asamblea Nacional, como señala el citado artículo 150.

Como explica CABALLERO ORTIZ, el concepto de contratos de interés público es claramente excepcional, al aplicar solo a ciertos tipos de contratos que puedan comprometer intensamente al interés público, incluyendo aquellos celebrados por empresas del Estado²⁴. Este criterio cuantitativo es determinante a los fines de diferenciar entre los contratos propios del giro o tráfico comercial de las empresas del Estado, y aquellos que excepcionalmente involucran de manera especial al interés público y que, por ende, quedan sujetos al citado artículo 150.

Ahora bien, tomando en cuenta lo afirmado en la sección anterior, puede concluirse que solo pueden ser calificados como contratos de interés público aquellos ejecutados en Venezuela, como dedujera BREWER-CARIÁS al analizar el inicio de la internacionalización de PDVSA. En efecto, debido al principio de territorialidad, el artículo 150 constitucional aplica a los contratos suscritos por la Administración Pública y que sean ejecutados en Venezuela. Pero en modo alguno el artículo 150 constitucional podría aplicar a filiales extranjeras de empresas del Estado domiciliadas en Venezuela, como PDVSA, respecto de contratos suscritos y ejecutados en el extranjero.

De lo anterior se desprenden dos consecuencias prácticas: así, y en primer lugar, PDVSA y sus filiales domiciliadas en Venezuela se someten al artículo 150 constitucional, para contratos cuya causa esté ubicada Venezuela, en función a su conexión con las actividades de hidrocarburos reservadas al Estado, cuyo control corresponde a PDVSA de conformidad con el artículo 303 de la Constitución y la Ley Orgánica de Hidrocarburos. En segundo lugar, las filiales extranjeras de PDVSA no se someten al artículo 150 constitucional, pues, como vimos, esas filiales realizan operaciones fuera del territorio venezolano, que, como tal, no pueden quedar reguladas por el Derecho venezolano. Luego, las filiales extranjeras de PDVSA, como las empresas del grupo CITGO, no se someten al citado artículo 150.

²⁴ CABALLERO ORTIZ, Jesús: «Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999». En: *Libro homenaje a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. 20 años de especialización en Derecho Administrativo*. Vol. I. TSJ. Caracas, 2001, pp. 140 y ss.

Durante el 2019 se plantearon diversas dudas en torno a la aplicación del citado artículo 150 de la Constitución en relación con las empresas del grupo CITGO. En concreto, y a modo de recapitulación, conviene aludir a dos de esas dudas, como casos de estudio que permiten explicar, mejor, las conclusiones de este trabajo.

Así, el primer caso en el que se planteó la duda acerca de si los contratos suscritos por PDVSA están sometidos al artículo 150 son los contratos por los cuales esta cedió en garantía a acreedores domiciliados en el extranjero las acciones de CITGO Holding, Inc. Tales contratos de garantía se celebraron con ocasión a contratos de deuda para el financiamiento de sus actividades en Venezuela. Luego, aun cuando los acreedores estaban domiciliados en el extranjero, y las acciones dadas en garantía también estaban ubicadas en el extranjero, la causa del contrato se encontraba en Venezuela, en tanto los contratos de préstamo eran operaciones de crédito público destinadas a financiar la realización de actividades reservadas al Estado.

Tal fue el caso de los contratos suscritos por PDVSA relacionados con los llamados «Bonos PDVSA 2020» y con Rosneft. En octubre de 2016, PDVSA suscribió el contrato de emisión de títulos valores públicos conocidos como «Bonos PDVSA 2020» y el contrato de colateral sobre el 50,1 % de las acciones de CITGO Holding, Inc. Al mes siguiente firmó con Rosneft el contrato de suministro con cláusula de prepago, con garantía sobre el 49,9 % de acciones de CITGO Holding, Inc. La causa de esos contratos fue el financiamiento, mediante operaciones de crédito público, de las actividades propias de PDVSA en Venezuela, en virtud de lo cual PDVSA quedaba sometida al Derecho público venezolano y, en concreto, al artículo 150 de la Constitución. Luego, que el objeto de las garantías sean acciones de filiales extranjeras no impide considerar que los contratos principales, de crédito público, se ejecutaron en Venezuela, en tanto financiaron actividades en Venezuela. En ambos casos, durante el 2019, la Asamblea Nacional concluyó que tales contratos debían haber sido autorizados previamente, al tratarse de contratos de interés público suscritos por PDVSA, cuya causa era el financiamiento

de actividades reservadas al Estado y que, como tal, se sometían al citado artículo 150 constitucional²⁵.

El segundo caso fueron los contratos de deuda suscritos por CITGO Holding, Inc. para el financiamiento de su actividad en Estados Unidos. En concreto, durante 2019, esa empresa emitió títulos valores relacionados con su actividad en Estados Unidos, conocidos como «9,25 % CITGO Holding Inc. 2024». Luego, en 2019, se planteó la duda acerca de si tal contrato debía quedar sometido al artículo 150 constitucional, por razones similares a las que llevaron a concluir que la emisión de los «Bonos PDVSA 2020» se regía por esa norma. La respuesta es negativa: CITGO Holding, Inc., como empresa domiciliada en el extranjero, no se somete al Derecho venezolano para sus operaciones ejecutadas en el extranjero, incluyendo operaciones de endeudamiento contratadas y ejecutadas en el extranjero para financiar operaciones propias de esa empresa.

Para aplicar esta conclusión, sin embargo, es fundamental que las filiales extranjeras de PDVSA actúen con independencia de esta, sin perjuicio de los controles que le corresponden como accionista único. En efecto, podría ser un caso de fraude a la ley si PDVSA simula una operación propia a través de operaciones con sus filiales extranjeras, con el propósito de eludir la aplicación de las normas de Derecho Administrativo que le son aplicables. Por ejemplo, sería ese el caso si PDVSA simula una operación de crédito de endeudamiento de PDV Holding, Inc., con el único propósito de endeudarse sin cumplir con los controles que le son aplicables de acuerdo con el Derecho venezolano. Formalmente, la operación de endeudamiento de PDV Holding, Inc. no debe someterse al Derecho venezolano, pero en tal caso, en realidad, lo que existe es la simulación de un negocio jurídico. Ello constituiría un caso de «huida del Derecho Administrativo», que es una modalidad especial

²⁵ Respecto de los «Bonos PDVSA 2020», véase el Acuerdo del 15-10-19. En el caso de Rosnfet, luego de la investigación iniciada en 2019, se concluyó que el contrato de suministro con cláusula de prepago se regía por el artículo 150, en Acuerdo del 04-03-20.

del fraude a la ley por el cual la Administración Pública simula operaciones para eludir la aplicación de controles de Derecho Administrativo²⁶.

De allí la relevancia del cambio introducido en el «Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela»²⁷ y en el Decreto Presidencial N.º 3²⁸. Estos instrumentos legales reconocen la autonomía de PDV Holding, Inc. y sus filiales y, en tal sentido, impiden a PDVSA tomar decisiones del día a día de esas sociedades mercantiles. Luego, esas normas restauraron no solo la autonomía de PDVSA sino, en especial, de PDV Holding, Inc., y sus empresas filiales, que el régimen de Chávez y Maduro había socavado²⁹. Con lo cual, las operaciones de PDV Holding, Inc. y sus empresas filiales en Delaware responden a las decisiones adoptadas por sus administradores, y no a decisiones adoptadas por PDVSA —lo que refuerza la inaplicación de las normas de Derecho Administrativo referidas a empresas del Estado—.

Pero, salvo ese caso, las operaciones autónomamente ejecutadas por las empresas del grupo CITGO, como actividades propias del giro o tráfico comercial de sociedades constituidas en el extranjero, no se someten a Derecho venezolano en función al principio de aplicación territorial de la ley, en especial, pues esas empresas no pueden ser consideradas, legalmente, empresas del Estado. Tampoco, por ello, esas actividades podrían dar lugar a contratos de interés público sometidos al artículo 150 de la Constitución.

Boston, diciembre de 2020

* * *

²⁶ BREWER-CARIAS: ob. cit. («La interaplicación del Derecho...»), *passim*.

²⁷ *Gaceta Legislativa* N.º 1 extraordinario, del 06-02-19.

²⁸ *Gaceta Legislativa* N.º 8, del 05-06-19.

²⁹ Sobre el progresivo desmantelamiento de la autonomía de PDVSA, *vid.*: HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los hidrocarburos*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2016, pp. 66 y 67.

Resumen: El Derecho Administrativo venezolano y, en general, las disposiciones del Derecho público aplicables a las empresas del Estado regulan únicamente a las sociedades domiciliadas en Venezuela con base en el principio de territorialidad. Por tanto, la actividad comercial de las filiales extranjeras de empresas del Estado venezolanas no se rige por el Derecho Administrativo de Venezuela sino por el Derecho extranjero. En particular, las disposiciones constitucionales relativas a los contratos de interés público nacional no son aplicables a aquellas filiales extranjeras, como ocurre con las sociedades del grupo CITGO. **Palabras clave:** Estado, empresa, filial extranjera, principio territorialidad, PDVSA, CITGO. Recibido: 19-01-21. Aprobado: 28-02-21.