

# La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública frente al derecho extranjero e internacional: El caso de la deuda pública externa

José Ignacio HERNÁNDEZ G.\*

REDAV, N° 25, 2022, pp. 27-50

**Resumen:** Este trabajo examina el alcance y los efectos transnacionales del Derecho Administrativo. En concreto, analiza la responsabilidad de la Administración Pública en los litigios de deuda externa. Habitualmente, el Derecho Administrativo se centra en los daños causados por el funcionamiento irregular de los servicios públicos, por el ejercicio de potestades administrativas y por las cláusulas contractuales exorbitantes en los contratos administrativos, entre otros supuestos. El artículo explora la aplicabilidad del Derecho Administrativo en casos de litigios de deuda externa, utilizando como ejemplo el caso de Venezuela. El estudio demuestra que el Derecho Administrativo siempre se aplica a los litigios extranjeros e internacionales relacionados con la deuda externa.

**Palabras clave:** Derecho internacional de inversiones – Deuda externa – Responsabilidad patrimonial.

**Abstract:** *This paper examines the scope and transnational effects of Administrative Law. Specifically, it analyzes the liability of public administration in external debt litigations. Usually, Administrative Law focuses on damages caused by irregular functioning of public services, the exercise of executive powers, and exorbitant contractual clauses in administrative contracts. The paper explores the applicability of Administrative Law in external debt litigation cases, using the Venezuela case as an example. The study finds that Administrative Law always applies to foreign and international litigations related to external debt.*

**Keywords:** *International investment law Public – External debt – Administration liability.*

Recibido

25-03-2023

Aceptado

03-05-2023

## Introducción

Uno de los temas especialmente tratados por el recordado profesor HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE es la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública<sup>1</sup>. Este tema fue abordado para justificar la

\* Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello. Investigador, Escuela Kennedy de la Universidad de Harvard.

<sup>1</sup> Iribarren Monteverde, Enrique, "La responsabilidad administrativa extracontractual", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello* N° 44, Caracas, 1992, pp. 133 y ss. Su pensamiento en este tema puede consultarse en *El régimen venezolano (paradójicamente clásico) de la responsabilidad administrativa extracontractual*, Ediciones Liber, Caracas. 2006.

necesidad de adoptar un sistema jurídico de responsabilidad patrimonial extracontractual distinto al que deriva del Código Civil, y ajustado a las particularidades del Derecho Administrativo. Este sistema jurídico especial diferencia, así, la responsabilidad derivada del funcionamiento anormal de los servicios públicos, de la responsabilidad basada en la tesis del sacrificio particular por la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas. El propósito último de esta propuesta fue complementar el principio de legalidad y el control jurisdiccional de la Administración Pública, a los fines de abarcar también las consecuencias jurídicas de los daños y perjuicios sufridos por los particulares con ocasión a la actividad e inactividad de la Administración Pública<sup>2</sup>.

Este sistema especial aplica al ámbito extracontractual de la actividad administrativa, en tanto la responsabilidad contractual quedó dominada por la teoría del contrato administrativo, tema igualmente tratado por el profesor IRIBARREN MONTEVERDE. En este ámbito, la responsabilidad patrimonial contractual no solo se basa en el incumplimiento del contrato, sino también, en otros dos ámbitos particulares, como lo es la responsabilidad derivada del ejercicio de las cláusulas exorbitantes (en especial, la responsabilidad por terminación unilateral del contrato administrativo) y la responsabilidad derivada de la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato, incluyendo la teoría de la imprevisión<sup>3</sup>.

Para rendir merecido homenaje a la memoria del profesor IRIBARREN, hemos querido presentar una arista poco explorada de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, como es la responsabilidad patrimonial contractual y extracontractual basada en el Derecho extranjero e internacional, y que se corresponde con la teoría jurídica de la deuda pública externa. En el Derecho venezolano, la teoría de la deuda pública ha sido tratada desde la arista del Derecho Presupuestario, pero no tanto desde el Derecho Administrativo. Y en realidad, la deuda pública no es más que la dimensión financiera de la responsabilidad patrimonial del Estado y, más en concreto, de la Administración Pública.

---

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

<sup>3</sup> Iribarren, Henrique, "El contencioso de los contratos administrativos" en *Régimen jurídico de los contratos administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1991, pp. 249 y ss., así como "El equilibrio económico en los contratos administrativos y la teoría de la imprevisión", *VIII Jornadas Internacionales de Derecho administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". Los contratos administrativos. Tomo II*, FUNEDA, Caracas, 2005, pp. 115 y ss.

Nuestro interés se centra en la deuda pública externa, en tanto ésta es gobernada, en parte, por el Derecho extranjero o internacional, en contraposición a la deuda pública interna, sometida a Derecho venezolano. En realidad, lo que se aprecia es la interaplicación entre estos ordenamientos jurídicos, pues toda deuda pública –externa o interna– se rige por el Derecho Público venezolano. Además, la deuda pública externa se rige por el Derecho extranjero, y también –según los casos– por el Derecho Internacional.

Con lo cual, en este estudio analizamos la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública frente al Derecho extranjero e internacional, o lo que es igual, la deuda pública externa desde el Derecho Administrativo. En Venezuela, este tema es de especial importancia si consideramos que la deuda pública externa puede estimarse en no menos de 140.000 millones de dólares. La práctica totalidad de esa deuda se causó a partir de 1999, con lo cual, es una deuda legada de los Gobiernos de Chávez y Maduro. Este aspecto cuantitativo es, así, otra manera de evaluar la destrucción institucional del Derecho Constitucional y Administrativo en Venezuela<sup>4</sup>.

En concreto, este artículo presenta la introducción general a este tema, con el propósito de proponer una taxonomía de los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que ha dado lugar a la deuda pública externa y los casos prácticos en los cuales el Derecho Administrativo ha sido tomado en cuenta. Para estos fines, el presente artículo se dividirá en dos partes. La primera presenta la introducción general al tema de la deuda pública externa desde el Derecho Administrativo venezolano, considerando la práctica de las reclamaciones presentadas en cortes extranjeras y tribunales internacionales de inversiones en contra del Estado. La segunda parte examina cuatro supuestos prácticos que evidencian cómo, en esas reclamaciones, el Derecho Administrativo venezolano siempre es relevante.

## I. Introducción a la deuda pública externa desde el derecho administrativo venezolano

El estudio de la deuda pública en general, y de la deuda pública externa en especial, suele enmarcarse en el Derecho Presupuestario o Financiero, esto es, el estudio de las normas jurídicas que regulan a la hacienda pública nacional, lo que se corresponde con el concepto de operaciones de crédito público del Derecho venezolano.

---

<sup>4</sup> Seguiremos lo que hemos expuesto en Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, EJV, Caracas, 2022.

Desde el punto de vista económico, esta perspectiva de la deuda pública corresponde al estudio de la macroeconomía y las políticas fiscales, en especial, mediante el estudio de la captación de ingresos para financiar el gasto público. A estos fines, la deuda pública no solo abarca a los contratos de financiamiento sino también, en sentido amplio, al incumplimiento de obligaciones patrimoniales, lo que desde la perspectiva económica se corresponde con el déficit fiscal. Si los gastos son superiores al ingreso, es por cuanto el Estado se ha endeudado difiriendo en el tiempo el gasto que no puede asumir. Asimismo, la relación entre inflación y déficit ha llamado la atención en la macroeconomía, en especial, en la medida en que la inflación puede ser un mecanismo –indirecto– de financiar el gasto público<sup>5</sup>.

La dimensión de la deuda pública que queremos presentar aquí se inspira de estas dos visiones desde una perspectiva jurídica y, especialmente, desde la perspectiva de la Administración Pública. Así, la relación entre deuda pública y actividad administrativa puede ser estudiada, al menos, desde dos perspectivas: **(i)** la gestión de la deuda pública como una competencia de la Administración Pública, y **(ii)** la deuda pública derivada de daños y perjuicios ocasionado por la actividad e inactividad administrativa.

### 1. El concepto jurídico de deuda pública interna y externa

En términos sencillos, la deuda pública es el conjunto de obligaciones patrimoniales del Estado entendido en sentido amplio y que, en concreto, se traduce en obligaciones de pago de sumas de dinero<sup>6</sup>. La deuda pública, bajo esta perspectiva, admite diversas clasificaciones, pero aquí interesa detenernos solo en tres, a saber, la clasificación desde

---

<sup>5</sup> Por ejemplo, Reinhart, Carmen M. y Rogoff, Kenneth S., "Growth in a time of debt", en *American Economic Review: Papers & Proceedings* N° 100, 2010, pp. 573 y ss.

<sup>6</sup> Las obligaciones solo pueden recaer en personas jurídicas, con lo cual la expresión "Estado" abarca las distintas personas jurídicas a través de las cuales éste actúa, lo que comprende a las personas político-territoriales (República, estados, distritos y municipios) y los entes descentralizados funcionalmente. En cuanto a la República y sus entes descentralizados, las obligaciones pueden ser causadas por acciones u omisiones de cualquiera de las ramas del Poder Público. En la práctica, sin embargo, la deuda pública suele relacionarse con la actividad administrativa, pues **(i)** la gestión financiera de la deuda es parte del giro o tráfico de las Administraciones Públicas; **(ii)** la responsabilidad contractual suele relacionarse con contratos suscritos por las Administraciones Públicas y **(iii)** la responsabilidad extracontractual suele estar ocasionada por la actividad administrativa, en tanto ésta tiene a su cargo la gestión concreta del interés público.

la fuente de las obligaciones, la clasificación desde la moneda de pago y la clasificación desde la causa de las obligaciones<sup>7</sup>.

Desde la *fuentes de las obligaciones*, la deuda pública puede ser contractual o extracontractual, según su causa sea la actividad unilateral o la actividad contractual del Estado. La deuda pública contractual abarca no solo a la deuda derivada de contratos de financiamientos, sino también, la deuda derivada de incumplimientos de contratos públicos.

Con independencia de ello, las obligaciones patrimoniales también pueden clasificarse *de acuerdo con la moneda de pago*, que puede ser la moneda de curso legal o la divisa. El principio general en el Derecho venezolano es que toda obligación pecuniaria se extingue mediante el pago en bolívares, salvo disposición legal o contractual en contrario. Nótese que no existe correlación entre la moneda de pago y las partes de la obligación, lo que puede ser relevante para determinar el *Derecho aplicable a la obligación*, que podrá ser el Derecho venezolano, el Derecho extranjero o el Derecho internacional. En términos descriptivos puede hablarse de obligaciones nacionales regidas por el Derecho doméstico o de obligaciones extranjeras regidas por el Derecho foráneo, pero técnicamente, en cualquiera de esos casos, la moneda de pago puede ser el bolívar o la divisa. En la práctica las obligaciones domésticas tienden a pagarse en bolívares y las obligaciones extranjeras en divisas, pero nada impide fijar reglas especiales<sup>8</sup>.

Esta distinción basada en la moneda de pago permite distinguir a la *deuda interna de la deuda externa*: mientras que la primera es pagadera en bolívares –que es la regla– la segunda es pagadera en divisas –que es la excepción, que rige solo ante disposición legal expresa o acuerdo entre las partes–. Lo relevante desde el punto de vista presupuestario es la moneda de pago y no el régimen jurídico aplicable a la deuda, pues la moneda de pago impone condiciones presupuestarias especiales en cuanto a los ingresos fiscales necesarios para el pago de la deuda. Bajo esta perspectiva, la deuda es interna si es pagadera en bolívares, incluso, si el deudor es extranjero o si el Derecho aplicable es extranjero. Al mismo tiempo, la deuda es externa si es pagadera en divisas, incluso si el deudor es nacional y el Derecho aplicable es el nacional.

<sup>7</sup> La teoría general de la deuda pública es parte de la teoría general de las obligaciones, derivada del Derecho Civil y aplicable al Derecho Público venezolano. *Vid.*: Domínguez, María Candelaria, *Curso de Derecho Civil III. Obligaciones*, Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2017, pp. 85 y ss. En cuanto a la clasificación de la deuda pública en el Derecho Comparado, *vid.*: Megliani, Mauro, *Sovereign debt*, Springer, Nueva York, 2015, pp. 3 y ss.

<sup>8</sup> Mélich-Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas, Caracas, 2012, pp. 615 y ss., y Rodner, James-Otis, *El dinero. La inflación y las deudas de valor*, Caracas, 1995, pp. 560 y ss.

Como principio general, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública regida por el Derecho Administrativo venezolano es pagadera en bolívares, que es la moneda de curso legal. En el caso de la responsabilidad extracontractual regida por el Derecho venezolano, siempre la obligación se extingue en bolívares, al no basarse en un acuerdo previo. Por ello, la teoría de la responsabilidad extracontractual en el Derecho Administrativo venezolano se corresponde siempre con la deuda interna. Esto abarca en especial las reclamaciones patrimoniales basadas en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, así como la indemnización expropiatoria, en los términos de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública e Interés Social.

La única excepción a esta regla es la responsabilidad patrimonial extracontractual regida por el Derecho foráneo, o sea, el Derecho extranjero o el Derecho Internacional. Mientras que es poco usual que la responsabilidad patrimonial extracontractual se rijan por el Derecho extranjero, el Derecho Internacional puede aplicar cuando se trata de la responsabilidad patrimonial internacional. Los dos ámbitos en los cuales el Derecho Internacional Público suele aplicar es, por un lado, la responsabilidad patrimonial por violación a derechos humanos y en segundo lugar, la responsabilidad basada en el Derecho Internacional de Inversiones, que es un supuesto de especial aplicación a Venezuela.

La responsabilidad contractual, al someterse a la voluntad de las partes, puede derivar en obligaciones pagaderas en bolívares o en divisa, de acuerdo con los principios de la Ley de Contrataciones Públicas, la Ley del Banco Central de Venezuela y el Código Civil. En especial, los contratos de financiamiento orientados a captar fondos en los mercados internacionales suelen derivar en obligaciones pagaderas en divisas, o sea, deuda externa, lo que viene acompañado de la cláusula que pacta la aplicación del Derecho extranjero, tanto para los derechos y obligaciones contractuales, como para la jurisdicción a cargo de resolver disputas contractuales<sup>9</sup>.

Por último, *según su causa*, pueden diferenciarse las obligaciones financieras de las no-financieras. En el primer caso la causa de la obligación es procurar recursos por medio de préstamos y otros mecanismos de financiamiento, mientras que el segundo caso comprende obligaciones patrimoniales que no se contraen por causa de endeudamiento. Las obligaciones no-financieras, en la práctica, suelen responder al pago de

---

<sup>9</sup> El Reglamento N° 2 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, de manera errada a nuestro entender, define a la deuda pública externa empleando, concurrentemente, las categorías del domicilio del deudor y la moneda de pago (artículo 3, numeral 17).

daños y perjuicios, según se trate de obligaciones contractuales o extracontractuales.

La distinción entre la deuda financiera y la no-financiera es intercambiable con la deuda contractual y extracontractual. De esa manera, y por un lado, la *deuda pública contractual financiera* es aquella causada en operaciones contractuales de endeudamiento, lo que incluye a las operaciones de crédito público a las cuales alude la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP). Esta deuda pública contractual financiera puede responder a contratos de préstamos bancarios o a la emisión de títulos valores públicos, entre otras modalidades contractuales. Así, mientras que en el siglo pasado la deuda financiera era principalmente deuda contratada con instituciones bancarias, actualmente la deuda financiera suele basarse en títulos valores públicos emitidos por el Estado para captar ingresos en divisas en los mercados internacionales.

Los títulos valores públicos son emitidos, de conformidad con la LOAFSP, por la Administración Pública, por lo cual ellos siempre responden a un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Más allá de la denominación que puedan tener (bonos o notas, por ejemplo), la clasificación más útil es aquella que distingue a los títulos valores orientados a solucionar problemas de flujo de caja –las llamadas notas del tesoro– y los títulos que más bien se orientan a procurar ingresos para proyectos de mayor aliento<sup>10</sup>.

La *deuda pública contractual no-financiera*, por su parte, es aquella típicamente derivada del incumplimiento de contratos públicos, distintos a contratos de financiamiento, lo que coincide con la teoría general de la responsabilidad contractual de la Administración Pública. Esto abarca, así, la responsabilidad de la Administración por incumplimiento de contratos públicos.

Por el otro lado, la *deuda pública extracontractual por definición*, es *no-financiera*, y abarca todos los supuestos de responsabilidad extracontractual, en especial, aquella derivada del ejercicio de potestades administrativas que ocasionan un daño especial, la responsabilidad derivada de hechos ilícitos, la responsabilidad patrimonial derivada de la potestad expropiatoria y la responsabilidad derivada de la violación del Derecho Internacional.

Como se observa, esta clasificación de la deuda pública excede de la visión tradicional que enfoca a esa deuda solo desde lo que aquí

---

<sup>10</sup> Las operaciones de tesorería son de corto plazo, pues la deuda se emite con vencimiento dentro del mismo ejercicio fiscal, ello, a través de las letras del tesoro (numerales 18 y 26, artículo 3, Reglamento N° 2).

llamamos deuda financiera. En realidad, la visión más amplia es la que se aconseja incluso desde un punto de vista económico, si recordamos que el déficit fiscal supone, básicamente, contraer deuda no-financiera, en la medida en que se difiere el pago obligaciones ante la insuficiencia de ingresos fiscales.

Esta visión amplia incluye al concepto de operaciones de crédito público previsto en el artículo 80 de LOAFSP y desarrollado en su Reglamento N° 2. Así, la Ley abarca dentro del concepto de crédito público no solo a los contratos de endeudamiento, sino en general, todo contrato que implique diferimiento de pagos, incluso, en el contexto de contratos públicos<sup>11</sup>. El concepto es relevante pues, como regla, la celebración de operaciones de crédito público como mecanismo para procurar ingresos fiscales debe ser previamente autorizada mediante la Ley de endeudamiento dictada por la Asamblea Nacional junto con la Ley de presupuesto, salvo excepciones de interpretación restrictiva. Pero incluso las operaciones de crédito público exceptuadas de la Ley de endeudamiento se someten al resto de normas de la LOAFSP y, en general, del Derecho Público, en especial, en lo que respecta al principio de responsabilidad fiscal, conforme al cual el Estado solo puede contraer deuda de manera racional y sostenible<sup>12</sup>.

## 2. La interacción entre el derecho administrativo, el derecho extranjero y el derecho internacional. La Cláusula Calvo

La deuda pública externa basada en la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública venezolana encuentra su causa en acciones u omisiones cometidas por órganos y entes de la Administración Pública, no solo nacional sino también en los niveles subnacionales. Por lo tanto, esa deuda siempre se rige por el Derecho Administrativo, que es el Derecho que aplica a las acciones u omisiones que dan lugar a tal responsabilidad.

Pero hay casos en los cuales puede aplicar también el Derecho foráneo, que, a estos fines, es cualquier Derecho distinto al Derecho de Venezuela. Esto abarca a dos categorías. Por un lado, puede tratarse del

<sup>11</sup> El citado artículo 80 incluye una categoría residual, relacionada con “operaciones destinadas a obtener recursos que impliquen financiamiento reembolsable”.

<sup>12</sup> La Ley de endeudamiento contempla el monto anual máximo de endeudamiento, lo que implica el control parlamentario previo sobre las operaciones de crédito público (artículo 82). Salvo situaciones de emergencia, todo endeudamiento que supere ese límite debe ser autorizado mediante Ley (artículo 90). La celebración de operaciones de crédito público dentro de ese límite no requiere controles parlamentarios adicionales, salvo que se trate de contratos de interés público (artículo 97). El artículo 101 exceptúa a ciertos entes de los controles comentados, establecidos en el Título III de la Ley, con lo cual el resto de sus normas sí aplica a tales entes. PDVSA es uno de los entes exceptuados, únicamente, del citado Título III.

Derecho extranjero, o sea, del Derecho un Estado distinto a Venezuela. Por el otro lado, puede tratarse del Derecho Internacional Público, en supuestos de responsabilidad patrimonial internacional. En el caso de la responsabilidad extracontractual, la aplicación del Derecho extranjero o internacional dependerá de la causa de la responsabilidad. En el caso de la responsabilidad contractual, ello dependerá del acuerdo contenido en contratos públicos por medio de los cuales se pacte la aplicación del Derecho extranjero. Esto último conecta con la llamada Cláusula Calvo<sup>13</sup>.

Así, la teoría que de manera frontal atiende al problema del Derecho aplicable a los extranjeros es la doctrina desarrollada por CARLOS CALVO. Aun cuando la doctrina, como tal, no aparece expresamente en el *Tra-tado* del autor argentino, de 1863, uno de los párrafos de tal obra ha sido identificado como la posible fuente de la referida doctrina<sup>14</sup>. Allí se critica la tesis que postula el sometimiento de los extranjeros a reglas más favorables o privilegiadas que las que rigen a los nacionales, principio considerado contrario a la igualdad entre las Naciones.

Con fundamento en estos postulados, CALVO no sólo cuestionó la protección diplomática –al postular que los Estados deben quedar libres de cualquier injerencia extranjera– sino que además propugnó que los extranjeros no podían tener derechos y privilegios no reconocidos a los nacionales. Es decir, que los extranjeros debían quedar sometidos al Derecho nacional en las mismas condiciones que los nacionales, y que, por ello, debían quedar sometidos a la jurisdicción de los tribunales nacionales. En resumen, la doctrina CALVO pretendió erradicar el riesgo latente de intervenciones de Estados extranjeros motivados por los reclamos de los inversionistas<sup>15</sup>.

En este sentido, en realidad, podría asumirse que la doctrina CALVO resumió una doctrina que ya había sido alegada por distintos Estados, principalmente en Latinoamérica, quienes, en defensa de la soberanía, cuestionaron los intentos de sustraer del foro doméstico conflictos con extranjeros. La doctrina señala que uno de los primeros intentos en este sentido fue realizado por Venezuela en 1852<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Arbitraje Internacional de Inversiones*, CIDEP-EJV, 2016, pp. 123 y ss.

<sup>14</sup> Calvo, Carlos, *Le Droit International theorique et pratique, Volumen III*, París, 1888, p. 140.

<sup>15</sup> Miles, Kate, *The origins of international investment law: Empire, environment, and the safeguarding of capital*, pp. 49 y ss.

<sup>16</sup> Shea, Donald R., *The Calvo clause*, University of Minnesota Press, 1955, p. 21. De acuerdo con BORCHARD, en 1852 el Gobierno venezolano comisionó a Antonio Leocadio Guzmán con el propósito de negociar un Tratado entre Estados Latinoamericanos que rechazase la presentación de reclamos extranjeros. Cfr.: Borchard,

La doctrina CALVO nunca alcanzó el rango de doctrina de Derecho Internacional, básicamente por la oposición de los entonces Estados exportadores de capital. De allí que los entonces Estados importadores de capitales, como Venezuela, decidieron convertir tal doctrina en una cláusula contractual obligatoria, incluso, de rango constitucional. Esto dio origen a la "Cláusula Calvo", de acuerdo con la cual, las controversias surgidas en el marco de contratos con contratistas extranjeros deben quedar sometidas al Derecho del Estado sede y a la jurisdicción de sus tribunales<sup>17</sup>.

En Venezuela, esta cláusula está asociada a los contratos de interés público. Tras ciertas decisiones contradictorias, la doctrina concluyó que esta cláusula es relativa, esto es, que no aplica a todos los contratos, en tanto es posible que, de acuerdo con su naturaleza, se pacte la aplicación del Derecho extranjero y se reconozca, también, la jurisdicción de tribunales extranjeros<sup>18</sup>. Tal es la interpretación que deriva del artículo 151 de la Constitución<sup>19</sup>:

En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

La Cláusula Calvo solo aplica en los llamados contratos de interés público nacional, y en todo caso, en ese ámbito su aplicación es relativa. Así, cuando fuera procedente "de acuerdo con la naturaleza" de estos contratos, podrá pactarse la aplicación del Derecho extranjero y

---

Edwin, *The diplomatic protection of citizens abroad*, The Banks Law Publishing Co., Nueva York, 1925, p. 794.

<sup>17</sup> Shea, Donald R., *The Calvo clause*, cit.

<sup>18</sup> Balzán, Juan Carlos, "El arbitraje en los contratos de interés público a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución de 1999", en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Los contratos administrativos y los contratos del Estado, Tomo II*, FUNEDA, Caracas, 2006, pp. 339 y ss.

<sup>19</sup> Usualmente este tema es abordado en Venezuela en referencia a la inmunidad de jurisdicción, aun cuando esta doctrina, en Derecho Internacional, alude a la posibilidad de que cortes extranjeras enjuicien a Estados soberanos. Vid.: Badell Madrid, Rafael, "La inmunidad de jurisdicción y el arbitraje en los contratos del Estado", en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Los contratos administrativos y los contratos del Estado, Tomo II*, cit., p. 276.

reconocerse la jurisdicción de cortes extranjeras<sup>20</sup>. Esta excepción es de interés para la deuda pública pues, en tanto los contratos de crédito público sean considerados contratos de interés público nacional, podría justificarse la aplicación del Derecho extranjero en la medida en que ello sea necesario para crear incentivos para la emisión de deuda pública externa<sup>21</sup>. Así, la aplicación del Derecho extranjero –como el Derecho del Estado de Nueva York, en Estados Unidos– puede crear condiciones favorables para la emisión de títulos valores públicos en los mercados internacionales, pues los acreedores tienden a confiar en esos foros a los efectos de garantizar sus derechos económicos.

En todo caso, de acuerdo con el artículo 93 de la LOAFSP, las:

[...] controversias que surjan con ocasión de la realización de operaciones de crédito público, serán resueltas por el Tribunal Supremo de Justicia, sin perjuicio de las estipulaciones que se incorporen en los respectivos documentos contractuales conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes aplicables.

Esto es, que en los contratos de crédito público, incluso aquellos que revistan la condición de contratos de interés público, al cumplir los extremos derivados del artículo 150 de la Constitución<sup>22</sup>, puede pactarse la

<sup>20</sup> Madrid, Claudia, “El artículo 151 de la Constitución de la República ¿inmunidad? ¿exclusividad? o ¿las dos cosas?”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 143, Caracas, 2005, pp. 427 y ss.

<sup>21</sup> En el Derecho de Venezuela se ha discutido si los contratos de crédito público pueden ser también contratos de interés público. Véase el análisis de Pérez Luciani, Gonzalo, en “Contratos de interés nacional, contratos de interés público y contratos de empréstito públicos”, *Escritos del Dr. Gonzalo Pérez Luciani*, Fundación Bancaribe, Caracas, 2013, pp. 499 y ss. Concluye el autor que el contrato de empréstito no puede ubicarse ni dentro de la categoría de contratos de interés nacional ni dentro de la categoría de contrato de interés público (p. 581). En general, vid. Mizrachi, Ezra, “Los contratos de empréstito”, en *Régimen jurídico de los contratos administrativos*, cit., pp. 169 y ss. En todo caso, la Sala Constitucional en sentencia de 24-09-2002, caso *Andrés Velásquez*, concluyó que los contratos de crédito público pueden ser, también, contratos de interés público.

<sup>22</sup> Según la citada sentencia de la Sala Constitucional, esos extremos son: “1.- Que sean celebrados por la República, a través de los órganos que componen al Ejecutivo Nacional competentes en esta materia. 2.- Que su objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado Venezolano. 3.- Que satisfagan los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan sólo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estatal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estatal o municipal contratante. 4.- Que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquel en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede generar en la vida económica y social de la Nación”. Vid.: Brewer-Carías, Allan, *Sobre las nociones de contratos administrativos, contratos de interés público*,

aplicación del Derecho extranjero y reconocerse la jurisdicción de cortes extranjeras, en tanto ello se justifique para lograr el efecto útil de esas operaciones, cual es levantar fondos en mercados internacionales.

Ahora bien, la responsabilidad extracontractual no queda sometida a estas disposiciones, y por ello, en la medida en la causa de esa responsabilidad –típicamente, la actividad e inactividad administrativa– se realice en Venezuela, la responsabilidad quedará sometida al Derecho Administrativo, como es el caso paradigmático de la responsabilidad patrimonial derivada de la expropiación. No obstante, esa responsabilidad también se somete a los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) suscritos por Venezuela, y que establecen estándares de protección de la inversión, que aplican en especial a la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración Pública. Tal responsabilidad queda sometida al Derecho Internacional, no solo al Tratado sino en general, a los principios generales del Derecho Internacional Público<sup>23</sup>.

Por ello, acciones y omisiones de la Administración Pública, que de ordinario se someterían al Derecho Administrativo bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativa, pasan a estar también sometidas por el Derecho Internacional, bajo la jurisdicción del modelo de arbitraje internacional de inversiones que aplique según el Tratado, en especial, el arbitraje administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (CIADI).

En concreto, la responsabilidad patrimonial derivada de la actividad administrativa expropiatoria, o con efectos similares a la expropiación, puede quedar sustraída parcialmente del Derecho Administrativo para pasar a ser regida por el Derecho Internacional de Inversiones. En todo caso, la responsabilidad patrimonial sometida al Derecho Internacional de Inversiones debe responder al ejercicio de potestades administrativas, y no a simples incumplimientos contractuales. Por ejemplo, la terminación unilateral de contratos públicos queda sometida a los TBIs, si la Administración Pública actúa en ejercicio de potestades<sup>24</sup>.

Pero es también posible incluir, en los contratos públicos, una cláusula arbitral que someta cualquier disputa al arbitraje contractual internacional. Mientras que el arbitraje basado en tratados tiene un ámbito

---

*servicio público, interés público y orden público, y su manipulación legislativa*, EJV, 2º ed., Caracas, 2021, pp. 200 y ss.

<sup>23</sup> Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Arbitraje Internacional de Inversiones*, cit.

<sup>24</sup> Véase lo que hemos expuesto en Hernández G., José Ignacio, “El arbitraje internacional de inversiones y la deuda pública externa venezolana”, en *Derecho de propiedad e intervención del Estado: nuevos y viejos problemas: Jornada Anual de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo*, Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, Caracas, 2021, pp. 361 y ss.

ciertamente amplio, el arbitraje contractual se circunscribe a resolver disputas sobre el incumplimiento de obligaciones contractuales<sup>25</sup>. Este arbitraje contractual ha sido favorecido en diversas leyes administrativas, en especial, en materia de contratación pública<sup>26</sup>.

De esa manera, y en resumen, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública puede someterse a un Derecho distinto al Derecho Administrativo, en dos casos.

El *primer* caso aplica a la responsabilidad contractual, cuando en el contrato público –incluyendo el contrato de crédito público y el contrato de interés público– se pacte la aplicación del Derecho extranjero y se reconozca la jurisdicción de cortes extranjeras. Asimismo, el contrato público puede pactar la cláusula de arbitraje comercial internacional para resolver cualquier disputa. La principal limitación es la llamada Cláusula Calvo derivada del artículo 151 constitucional, cuya aplicación práctica es más bien reducida.

El *segundo* caso, de gran interés práctico para Venezuela, es la responsabilidad patrimonial extracontractual que se rige por el Derecho Internacional, de acuerdo con el TBI aplicable<sup>27</sup>. Este supuesto es especialmente relevante para la actividad administrativa expropiatoria<sup>28</sup>.

En todo caso, la relación entre el Derecho Administrativo, por un lado, y el Derecho extranjero e internacional, por el otro, es más bien de interaplicación, pues lo cierto es que el Derecho Constitucional y Administrativo venezolano siempre aplicará. En concreto, hay dos ámbitos de aplicación que interesa destacar.

Así, el Derecho Constitucional y Administrativo rige para determinar la capacidad del órgano o ente deudor, típicamente, la República y PDVSA. Más allá del Derecho aplicable a las obligaciones y derechos de las operaciones de crédito público e incluso, de la jurisdicción que pueda

---

<sup>25</sup> Schill, Stephan W., "International Investment Law and Comparative Public Law-an Introduction", en *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 3 y ss.

<sup>26</sup> Brewer-Carías, Allan, "La progresiva aceptación del arbitraje en el derecho público," en *Boletín de la Academia de Ciencias Sociales y Políticas* N° 161, Caracas 2020, pp. 1.107 y ss.

<sup>27</sup> Dejamos a salvo la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tiene un tratamiento especial.

<sup>28</sup> Montt, Santiago, *State liability in investment arbitration: global constitutional and administrative law in the BIT Generation*, Hart Publishing, 2009, p. 342. Véase también a Tudor, Ioana, *The fair and equitable treatment standard in the international law of foreign investment*, Oxford University Press, 2008, p. 53.

resolver disputas, la capacidad del órgano o ente público contratante se rige por el Derecho Público venezolano<sup>29</sup>.

Además, y especialmente en el ámbito del Derecho Internacional de Inversiones, el Derecho Constitucional y Administrativo aplica a aspectos tales como la existencia y alcance de la inversión protegida, dejando a salvo que, de acuerdo con el tratado, el Derecho Venezolano también puede aplicar.

En estos casos es posible aludir al *efecto trasnacional del Derecho Administrativo venezolano*, en la medida en que la responsabilidad patrimonial derivada de operaciones de crédito público, contratos sometidos al Derecho extranjero, o acciones y omisiones violatorias de TBIs, quedará regida por aspectos del Derecho Administrativo venezolano, más allá de la aplicación, sustantiva y adjetiva, del Derecho extranjero e internacional<sup>30</sup>.

## II. Cuatro ejemplos prácticos de la aplicación del derecho administrativo venezolano a la responsabilidad patrimonial de la administración pública regida por el derecho internacional y extranjero

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, según lo expuesto en la sección anterior, no se somete exclusivamente al Derecho Administrativo venezolano, como consecuencia de las obligaciones derivadas de la deuda pública externa, que actualmente, puede estimarse en no menos de 140.000 millones de dólares. Tanto en el ámbito contractual como extracontractual, esta deuda se ha traducido en reclamaciones formuladas ante tribunales de arbitraje internacional y cortes extranjeras, en las cuales el Derecho Administrativo venezolano ha tenido cierto grado de relevancia.

Así, el *primer* caso en el cual el Derecho Administrativo ha resultado de interés es en la interpretación de los principios generales de Derecho

---

<sup>29</sup> Así, es un principio generalmente aceptado que la capacidad de los entes públicos que emiten deuda se rige siempre por su Derecho Público, en este caso, el Derecho Constitucional y Administrativo venezolano. Esto no incide en la aplicación del Derecho extranjero para determinar el alcance de los derechos y obligaciones e incluso, acudir a cortes extranjeras. Pero la capacidad de la República y de PDVSA para contratar operaciones de crédito público no puede regirse por el Derecho extranjero. Cfr.: Wälde, Thomas, "The sanctity of debt and insolvent countries: defenses of debtors in international loan agreements", en *Judicial enforcement of international debt obligations*, International Law Institute, Washington D.C., 1986, p. 125.

<sup>30</sup> Arroyo Jiménez, Luis, "Las caras del derecho administrativo transnacional", en *Revista de Administración Pública* N° 218, Madrid, 2022, pp. 101 y ss.

Administrativo como fuente supletoria del Derecho Internacional de Inversiones, en el marco de una disputa Estado-inversor.

El *segundo* caso en el cual el Derecho Administrativo venezolano ha sido aplicado es en controversias relacionadas con la deuda pública externa, es en cuanto a las consecuencias patrimoniales de la violación de la autonomía de PDVSA, en el marco de acciones orientadas a la ejecución de sentencias que condenan a la República al cumplimiento de obligaciones patrimoniales, típicamente relacionadas con laudos arbitrales.

La representación judicial de la PDVSA, en el marco de demandas por incumplimiento contractual conocidas por cortes extranjeras, es el *tercer caso* en el cual el Derecho Administrativo ha sido tomado en cuenta.

Por último, y quizás en el ejemplo más relevante, el *cuarto caso* de aplicación del Derecho Administrativo se relaciona con las restricciones constitucionales a la capacidad de PDVSA de emitir títulos valores en el marco de contratos de emisión sometidos al Derecho del Estado de Nueva York.

### **1. La aplicación del derecho administrativo venezolano como parte de los principios generales de derecho en el marco del arbitraje internacional de inversiones**

De conformidad con el literal “c”, numeral 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, los principios generales de Derecho son fuente de Derecho Internacional. Como es sabido, el propósito de este artículo fue facilitar la interpretación hermenéutica del Derecho Internacional Público, evitando que lagunas en la interpretación del tratado impidiesen decidir casos. De esa manera, y de forma supletoria, se reconoció como fuente de Derecho a los principios generales de Derecho doméstico, esto es, aquellos principios de aceptación universal, lo que en modo alguno implica aceptación homogénea. Así, estos principios reconocen la diversidad de sistemas jurídicos y de soluciones, lo que no impide abstraer principios comunes a esos sistemas<sup>31</sup>.

Los principios generales constituyen una útil fuente para la mejor aplicación de los tratados que, como los TBIs, aplican a relaciones jurídico-administrativas. Así, el Estado sede de la inversión queda sometido al TBI en relación con todas sus funciones, aun cuando en la práctica, las relaciones con los inversionistas suelen ser relaciones jurídico-administrativas, o sea, derivadas de la actividad o inactividad de órganos y entes de la Administración Pública. Por ello, se ha propuesto que el Derecho

<sup>31</sup> Raimondo, Fabián, *General principles of law in the decisions of international criminal courts and tribunals*. M. Nijhoff, 2008, pp. 45 y ss.

Internacional de Inversiones debe tomar en cuenta a los principios generales de Derecho Administrativo<sup>32</sup>.

Estos principios son especialmente útiles para interpretar estándares de protección de inversionistas basados en cláusulas generales, como suele ser el caso de los estándares presentes en los tratados celebrados a fines del siglo pasado, como los que suscribió Venezuela. Quizás el estándar más amplio es aquel por el cual Venezuela se compromete a brindar al inversionista un trato justo y equitativo. La interpretación de ese estándar en laudos arbitrales ha considerado que éste protege al inversionista de toda acción –u omisión– que sea desproporcionada, arbitraria, injusta o abusiva. En especial, este estándar se ha interpretado a la luz de la protección de la confianza legítima del inversor<sup>33</sup>. Como se aprecia, la interpretación de este estándar coincide con principios generales que pueden deducirse por el método comparado del Derecho Administrativo<sup>34</sup>.

Este método fue aplicado en el caso *Gold Reserve v. Venezuela*, resuelto por un tribunal arbitral bajo las reglas del CIADI<sup>35</sup>. El asunto sometido al tribunal era la responsabilidad de Venezuela por la terminación unilateral de un contrato público, esto es, un caso común de responsabilidad de la Administración Pública, incluso, bajo la teoría del contrato administrativo y las cláusulas exorbitantes. En concreto, el tribunal debía decidir si esa terminación violó el estándar del trato justo y equitativo, para lo cual este estándar fue interpretado en el marco de los principios generales del Derecho<sup>36</sup>.

En concreto, el tribunal consideró cómo la confianza legítima ha sido interpretada en diversos ordenamientos jurídicos, incluyendo el venezolano<sup>37</sup>:

Basado en consideraciones coincidentes de buena fe y seguridad jurídica, el concepto de confianza legítima se encuentra presente en diferentes tradiciones jurídicas, de acuerdo con las cuales pueden crearse razonable o

<sup>32</sup> Della Cananea, Giacinto, "Genesis and structure of general principles of global public law", en *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer, 2011, pp. 89 y ss. Por ello, se ha señalado que el Derecho Administrativo Global se basa en principios generales. Cfr.: Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, "El Derecho administrativo global: un derecho principal", en *Revista de Derecho Público* N° 120, Caracas, 2009, pp. 7 y ss.

<sup>33</sup> Diehl, Alexandra, *The core standard of international investment protection: fair and equitable treatment*, Kluwer Law International, 2012, pp. 18 y ss.

<sup>34</sup> En general, vid. Gattini, Andrea, et al., "Under the hood of investment arbitration: general principles of law", en *General Principles of Law and International Law Arbitration*, Brill Nijhoff, Leiden-Londres, 2018, pp. 1 y ss.

<sup>35</sup> Laudo de 22-09-2014, en el Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1.

<sup>36</sup> Párrafo 567.

<sup>37</sup> Párrafo 576.

legítimamente algunas expectativas para una persona privada, basadas en el comportamiento constante y/o promesas de su socio, en particular cuando este socio es la Administración Pública de la que depende esta persona privada. En particular, en el Derecho Alemán, la protección de las expectativas legítimas está conectada con el principio de protección de la confianza, el cual ha influido profundamente en el desarrollo del Derecho de la Unión Europea, a partir de garantías precisas y específicas dadas por la administración. La misma noción encuentra equivalentes en otros países europeos como Francia en el concepto de *confiance légitime*. La protección sustantiva (a diferencia de la procesal) de las expectativas legítimas también pueden encontrarse en el Derecho inglés, aunque no fue reconocido hasta la última década.

Esta protección se encuentra en países latinoamericanos, incluyendo Argentina, como lo expresó el Tribunal en *Total v. República Argentina*, y existe igualmente en el Derecho Administrativo venezolano, como se indica en la primera opinión legal del Profesor A. Brewer-Carias, anexa al Memorial de la Demandante.

Como se observa, el Derecho Administrativo venezolano fue considerado a los fines de deducir, por el método comparado, el alcance de la confianza legítima desde los principios generales del Derecho aplicable a relaciones jurídico-administrativas, a los fines de determinar la violación del estándar del trato justo y equitativo. Esto demuestra que el Derecho Internacional de Inversiones, más allá de la aplicación del tratado, requiere la interpretación armónica de los estándares de protección en el marco de la relación jurídico-administrativa entre Venezuela –como Estado sede– y el inversor.

## 2. La responsabilidad de PDVSA por obligaciones imputables a la República

El endeudamiento de PDVSA comprende no solo a las obligaciones (contractuales y extracontractuales) de esa empresa, sino, además, y eventualmente, a las obligaciones de la República, debido a la tesis del *alter ego*, aplicada en Estados Unidos<sup>38</sup>.

Los acreedores de la República han alegado que debido al control político que el Gobierno Nacional ha ejercido sobre operaciones del día a día de PDVSA, ésta debe ser considerada una mera instrumentalidad del Gobierno, sin ningún tipo de autonomía. Estos argumentos se basaron en los hechos que comprueban cómo, de manera gradual, la autonomía de PDVSA fue violada por el Gobierno Nacional, al punto que ésta fue convertida en instrumento político.

---

<sup>38</sup> Seguimos lo que explicamos, con mayor detenimiento, en Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, cit., pp. 210 y ss.

En Estados Unidos, las empresas públicas pueden responder por obligaciones del Estado, cuando éste ha sometido a aquéllas a un control político intenso en actividades del día a día, siempre y cuando ese control haya sido empleado para defraudar a los acreedores. En tales casos, el juez puede obviar la separación jurídica entre la empresa del Estado (PDVSA y sus filiales) y el Estado (la República), a los fines de hacer responsables a las primeras por obligaciones del segundo<sup>39</sup>.

Esta tesis fue aplicada por la Corte de Distrito de Delaware en 2018 para una empresa que era acreedor de la República por un laudo arbitral cercano a los 1.200 millones de dólares, y que el Gobierno de Maduro había aceptado, incluso, mediante una transacción<sup>40</sup>. En virtud de este criterio, la Corte de Distrito de Delaware emitió una medida de embargo en contra de activos propiedad de PDVSA (las acciones de PDV Holding, Inc.), para el pago de la obligación de la República. Aun cuando otros acreedores han intentado aplicar esta sentencia a otras acreencias, la Corte concluyó que cada acreedor debe alegar y probar, al momento de la demanda, que PDVSA y sus filiales (incluyendo Citgo), son el alter-ego de la República<sup>41</sup>.

Para llegar a esa conclusión, la Corte de Distrito analizó el Derecho Administrativo venezolano, en especial, a través de las acciones por medio de las cuales la autonomía de PDVSA fue violada, al emplearse a esa empresa como una simple instrumentalidad del Gobierno Nacional<sup>42</sup>. Aquí, en realidad, el Derecho Administrativo, en tanto Derecho extranjero para la Corte de Distrito, fue valorado como un hecho. Pero en todo caso, esto demuestra cómo el Derecho Administrativo es relevante, incluso, en acciones judiciales orientadas a la ejecución de sentencias que

---

<sup>39</sup> El caso líder en Estados Unidos es *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964), 428.

<sup>40</sup> En junio de 2017 la empresa presentó una demanda ante la Corte de Distrito de Delaware, orientada a declarar que PDVSA era el alter-ego de la República (*Crystallex International Corporation vs. Bolivarian Republic of Venezuela*, expediente N° 1:17-mc-00151). El 08-08-2018 la Corte dictó sentencia declarando que PDVSA es el alter-ego de la República. Mediante reportes de 14-08 y 22-11-2017, expusimos en ese juicio nuestra opinión independiente sobre cómo la autonomía de PDVSA había sido desmantelada. Es importante aclarar que nuestra opinión no versó sobre la tesis del alter-ego, pues éste es un tema de Derecho de Estados Unidos.

<sup>41</sup> En sentencia de 12-12-2019 la Corte de Distrito de Delaware negó la posibilidad de “extender” los efectos de la sentencia de 2018 a otros casos, con lo cual, los acreedores que deseen invocar la tesis del alter-ego deben plantear nuevas demandas y probar que, para el momento de la demanda, PDVSA es el alter-ego de la República.

<sup>42</sup> Sobre la violación de la autonomía de PDVSA, vid. Brewer-Carías, Allan, *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021*, EJV, Caracas, 2021, pp. 484 y ss.

condenan al pago de sumas de dinero bajo el Derecho de Estados Unidos.

### 3. La representación judicial de PDVSA

Para la realización de su giro o tráfico, PDVSA suscribe contratos de suministro con proveedores no domiciliados en Venezuela, usualmente, por medio de su filial Bariven, S.A. Estos contratos pueden someterse a la jurisdicción de los tribunales de Estados Unidos, para dirimir disputas derivadas de incumplimientos contractuales. Precisamente, una de las causas de las reclamaciones en contra de PDVSA en Estados Unidos, es su responsabilidad contractual.

La defensa de PDVSA –y sus filiales– en esos casos, no suele representar mayor problema práctico. Pero a partir del reconocimiento del presidente de la Asamblea Nacional como presidente encargado por el Gobierno de Estados Unidos, el 23-01-2019, las cortes de Estados Unidos tuvieron que resolver qué organización política podía ejercer la representación judicial del PDVSA<sup>43</sup>.

Para resolver este punto, fue necesario interpretar las reglas de Derecho Administrativo que rigen a la representación de PDVSA, pero a partir del reconocimiento del presidente encargado, esto es, el *Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Este Estatuto autorizó al presidente de la Asamblea Nacional, actuando como presidente encargado, para crear órganos especiales de intervención de empresas del Estado, con base en la potestad prevista en la Ley Orgánica de la Administración Pública. A estos fines, se creó la junta administradora ad-hoc de PDVSA, entre otros objetivos, para ejercer la representación de esa empresa en Estados Unidos. Por su parte, la representación judicial se confió a la Oficina del Procurador Especial, igualmente creada en el Estatuto<sup>44</sup>.

Las cortes de Estados Unidos, para resolver el punto sobre la representación judicial de PDVSA, debían interpretar estas normas de Derecho Administrativo, no para analizar su validez –pues ello violentaría la doctrina del acto de Estado– sino para precisar sus aspectos prácticos<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Brewer-Carías, Allan y Hernández G., José Ignacio, *The defense of the rights and interests of the venezuelan State by the Interim Government before foreign courts. 2019-2020*, EJV, Caracas, 2021.

<sup>44</sup> Hernández G., José Ignacio, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela*, EJV, Caracas, 2020.

<sup>45</sup> En el Derecho Internacional, los actos dictados por los órganos de Gobierno de Estados deben presumirse válidos. Por consiguiente, los actos dictados por la Asamblea Nacional, como el Estatuto, debían ser aplicados por las cortes de Estados Unidos como actos válidos y vinculantes. Véase: Webb, Philippa “International

Tal fue la incidencia resuelta por la Corte del Distrito Sur Texas en el caso *Impact Fluid Solution LP vs. Bariven et al.*<sup>46</sup> En el marco de una demanda por responsabilidad patrimonial de Bariven –y otras filiales de PDVSA– la Corte interpretó el Estatuto, a los fines de ratificar la competencia de la junta administradora ad-hoc y de la Oficina del Procurador Especial de representar a PDVSA –y Bariven, S.A.– en Estados Unidos.

En consecuencia, y de conformidad con el Estatuto “la Corte considera que la Oficina del Procurador Especial posee el derecho legítimo de designar representación para las empresas de propiedad estatal, incluidos los demandados” mientras que “el Consejo de Administración Ad-Hoc de PDVSA posee autoridad legal sobre los Demandados para nombrar abogados”<sup>47</sup>.

#### 4. Las restricciones constitucionales a la capacidad contractual de PDVSA: los contratos de interés público

El 28-10-2016 PDVSA –junto a otras filiales– suscribió el contrato de emisión (*Indenture*)<sup>48</sup> y el contrato de garantía (*Pledge and Security Agreement*)<sup>49</sup> de los Bonos 2020<sup>50</sup>. A pesar de que se trata de dos contratos separados, hay una clara conexión entre ellos: en el contrato de garantía PDV Holding, Inc. estableció la prenda sobre el 50,1 % de las acciones de Citgo Holding, Inc., la cual se ejecutará en caso de un evento de incumplimiento (*event of default*) declarado bajo las condiciones del contrato de emisión.

PDVSA suscribió estos contratos a pesar de que la Asamblea Nacional había aprobado, el 27-09-2016, un Acuerdo en ejecución de sus competencias de control sobre contratos de interés público (artículo 187.9 constitucional), en el cual, expresamente, objetó o rechazó que PDVSA cediera las acciones de Citgo en colateral, anunciando una investigación. Así, la Asamblea decidió:

---

law and restraints on the exercise of jurisdiction by national courts of states”, en *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 316-348.

<sup>46</sup> *Impact Fluid Solutions LP vs. Bariven SA et al*, número de caso 4:2019cv00652.

<sup>47</sup> En 9-10.

<sup>48</sup> Las partes de ese contrato son: PDVSA (emisor); PDVSA Petróleos, S.A. (PPSA, garante); Glass America LLC (agente colateral) y MUFG Union Bank, N.A. (Trustee).

<sup>49</sup> Suscrito entre PDV Holding, Inc., PDVSA, PPSA, Glass America LLC y MUFG Union Bank, N.A.

<sup>50</sup> Estos títulos valores, conocidos como los Bonos PDVSA 2020, fueron emitidos en una operación de canje de dos series de bonos con vencimiento en 2017. Estos bonos habían sido emitidos sin garantía, como era usual en la práctica financiera de la estatal petrolera. PDVSA ofreció el canje a la par y con garantía sobre acciones de Citgo Holding, Inc., pero terminó ofreciendo una prima a los tenedores de los bonos 2017 que decidieron participar en el canje. Por ello, financieramente, la operación fue irracional, pues aumentó la deuda de PDVSA y colocó en riesgo a su activo más valioso en el extranjero.

Rechazar categóricamente que dentro de la operación de canje se ofrezca como garantía con prioridad por el 50.1% de las acciones que conforman el capital social de Citgo Holding INC, o que se constituya garantía sobre cualquier otro bien de la Nación.

De esa manera, y en el marco del artículo 150 de la Constitución, la Asamblea Nacional consideró que a pesar de que PDVSA puede emitir y canjear títulos valores sin necesidad de enmarcarse en la Ley de endeudamiento, la empresa sí requería de autorización previa de la Asamblea Nacional, pues la cesión en garantía de la mayoría accionarial de PDV Holding, Inc., fue catalogada como un contrato de interés público suscrito con sociedades no domiciliadas en Venezuela<sup>51</sup>.

Sin embargo, los contratos de emisión y de garantía establecieron que el Derecho aplicable a los derechos y obligaciones de las partes era el Derecho de Nueva York, cuyos tribunales tenían jurisdicción exclusiva para dirimir cualquier disputa. Esto es, se trató de una operación de crédito público en la cual se pactó la aplicación del Derecho extranjero. Los contratos no establecieron ninguna excepción al Derecho aplicable y, en concreto, no dejaron a salvo el Derecho aplicable a la capacidad de PDVSA, que solo puede ser el Derecho venezolano, en concreto, el Derecho Constitucional y Administrativo.

Este punto fue de interés cuando PDVSA y PDV Holding, Inc. demandaron la nulidad de los contratos de emisión y de garantía, en tanto PDVSA no tenía capacidad de ceder en colateral las acciones de Citgo Holding, Inc., al no haber contado con autorización de la Asamblea, tal y como ésta había decidido en Acuerdo de 27-09-2016, luego reiterado en Acuerdo de 15-10-2019<sup>52</sup>. Ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York, las partes dieron dos argumentos distintos en relación con este punto.

Los demandados –los agentes del contrato de emisión y de colateral– alegaron que el Derecho venezolano no es aplicable, pues los contratos pactaron la aplicación del Derecho del Estado de Nueva York. Esta cláusula fue incluida a los fines de brindar mayor seguridad jurídica a los derechos de los tenedores de los Bonos 2020, con lo cual, reconocer la aplicación del Derecho venezolano implicaría afectar esa seguridad jurídica.

Los demandantes –PDVSA y PDV Holding, Inc.– alegaron que el Derecho del Estado de Nueva York es el que aplica a los derechos y

<sup>51</sup> Badell Madrid, Rafael, "Contratos de interés público", en *Revista de Derecho Público* N° 159-160, Caracas, 2020, p. 18, así como Duque Corredor, Román, "Nulidad de los Bonos PDVSA 2020", *Revista de Derecho Público* N° 160-161, Caracas, 2020, p. 350.

<sup>52</sup> Hernández G., José Ignacio, "A propósito del caso de los bonos PDVSA 2020 y la interaplicación del Derecho Mercantil y Constitucional" en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 6, 2021, pp. 105 y ss.

obligaciones contractuales, pero no puede aplicar a la capacidad de PDVSA para contratar, pues esa capacidad se rige por el Derecho venezolano, en concreto, el Derecho Constitucional y Administrativo aplicable a los contratos de interés público, de conformidad con los Acuerdos de la Asamblea Nacional de 27-09-2016 y 15-10-2019. De allí que el argumento de invalidez solo afectaba a la incapacidad de PDVSA de ceder en colateral las acciones de Citgo Holding, Inc.

El 16-10-2020 la Corte del Distrito Sur de Nueva York dictó sentencia, mediante una opinión que desestimó la demanda intentada por PDVSA y PDV Holding, Inc., al considerar –erradamente– que el Acuerdo de la Asamblea Nacional no había impedido a PDVSA ceder en garantía las acciones y que, en todo caso, el Derecho venezolano no era aplicable<sup>53</sup>.

Ambos razonamientos son contradictorios. Así, si el Derecho venezolano no era aplicable, entonces, la Corte no debía interpretar el Acuerdo de la Asamblea Nacional de 27-09-2016, en tanto éste es parte del Derecho venezolano. Pero al haber interpretado ese Acuerdo, la Corte reconoció que el Derecho venezolano sí aplica, al específico punto de la capacidad de PDVSA de ceder en colateral a las acciones.

En todo caso, y además de lo anterior, la Corte violó la doctrina del acto de Estado, pues en realidad, reinterpreto el Acuerdo del 27-09-2016, al concluir que la Asamblea Nacional nunca había anulado los contratos. Tal conclusión parte de un primer error factual: el citado Acuerdo no anuló los contratos pues para el momento en el cual fue dictado, los contratos no habían sido suscritos. En realidad, el citado Acuerdo –como la propia Asamblea Nacional lo interpretó en Acuerdo de 15-10-2019– negó la capacidad de PDVSA de ceder en garantía las acciones de Citgo Holding, Inc. a sociedades extranjeras, con base en la norma constitucional que establece el control previo sobre los contratos de interés público.

A propósito de la apelación presentada por PDVSA y PDV Holding, Inc., el 13-10-2022 la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito revirtió la decisión de la Corte de Distrito. Así, la Corte consideró que, en efecto, es razonable alegar que a pesar de la cláusula que pacta la aplicación del Derecho de Nueva York, el Acuerdo de la Asamblea Nacional sí rige, como parte del Derecho Constitucional y Administrativo que rige a PDVSA. Debido a la trascendencia que esta decisión tendría en la jurisdicción de Nueva York –y en los litigios de deuda pública que suele conocer– se acordó consultar a la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York, quien conoce actualmente el caso. Lo que debe decidirse,

<sup>53</sup> Cfr.: Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, cit.

así, son los efectos jurídicos del Acuerdo de la Asamblea Nacional de 27-09-2016.

El caso de los Bonos PDVSA 2020, poco usual incluso en el estudio comparado de los litigios de deuda pública, coloca en evidencia la importancia de considerar que el Derecho Administrativo venezolano y el Derecho extranjero aplicable a operaciones de crédito público rigen de manera concurrente, pero en ámbitos distintos. De esa manera, PDVSA puede pactar la aplicación del Derecho extranjero en contratos de crédito público, en tanto ello facilita la circulación de títulos valores públicos. Pero al pactar la aplicación del Derecho extranjero, PDVSA no puede eludir las normas de Derecho Constitucional y Administrativo que rigen a su capacidad como ente de la Administración Pública.

Así lo advirtió la Asamblea Nacional antes de que los contratos fueran suscritos, lo cual además permite concluir que los tenedores de los Bonos 2020 debían haber conocido de las razones que acreditan la invalidez del colateral por falta de autorización de la Asamblea Nacional, de acuerdo con el régimen jurídico de los contratos de interés público.

## Conclusiones

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, tanto contractual como extracontractual, no se rige exclusivamente por el Derecho Administrativo venezolano. Como lo demuestran las reclamaciones de la deuda pública externa, esa responsabilidad se somete también al Derecho foráneo, incluyendo al Derecho Internacional y el Derecho extranjero. Por ello, el Derecho Administrativo debe ampliar el análisis de la responsabilidad patrimonial a la responsabilidad derivada de la deuda pública externa, en especial, frente a las reclamaciones –judiciales y arbitrales– presentadas por acreedores extranjeros.

De esa manera, el Derecho Administrativo venezolano nunca es inaplicable a la deuda pública externa: en realidad, ninguna parcela de la actividad –o inactividad– de la Administración Pública puede excluirse por entero del Derecho Administrativo. No es posible, así, la huida del Derecho Administrativo a favor del Derecho Internacional y del Derecho extranjero en las reclamaciones derivadas de la responsabilidad contractual y extracontractual en el marco de la deuda pública externa.

Así, a partir de la taxonomía legal de las reclamaciones presentadas por acreedores extranjeros ante tribunales de arbitraje internacional y cortes extranjeras, pueden identificarse cuatro áreas en las cuales el Derecho Administrativo venezolano aplica –o tiene incidencia– junto con el Derecho Internacional y extranjero.

De esa manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por violación de TBIs está regida por los principios generales como fuente supletoria del Derecho Internacional Público, todo lo cual abarca a los principios generales del Derecho Administrativo, incluyendo el Derecho Administrativo venezolano. Nótese que la aplicación del Derecho venezolano es indirecta, en el sentido que éste es tomado en cuenta para deducir, por el método comparado, los principios generales aplicables a la actividad administrativa, en especial, relacionada con la terminación de contratos públicos.

Además, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública también toma en cuenta el Derecho Administrativo venezolano para considerar las consecuencias jurídicas de la violación de la autonomía de PDVSA. Esa violación no solo contrarió las normas constitucionales y administrativas que rigen a la estatal petrolera, sino que, además, permitió a la Corte de Distrito de Delaware declarar a PDVSA responsable por obligaciones imputables a la República.

La representación judicial de PDVSA en el marco de demandas por incumplimiento de contrato presentadas en las cortes de Estados Unidos también se rige por el Derecho Administrativo venezolano. En especial, las cortes de Estados Unidos interpretaron el régimen jurídico-administrativo de PDVSA derivado del Estatuto, a los fines de determinar las organizaciones que podían ejercer válidamente la representación de esa empresa con ocasión al reconocimiento del presidente encargado.

Finalmente, la responsabilidad patrimonial contractual, en aquellos contratos de crédito público que pactan la aplicación del Derecho Extranjero –como el Derecho del Estado de Nueva York– también se rige por el Derecho Administrativo venezolano, específicamente en lo que corresponde a la capacidad de PDVSA de suscribir contratos de interés público nacional con sociedades no domiciliadas en Venezuela. ■