

Prueba documental B

CONFIDENCIAL

**TRIBUNAL DE DISTRITO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DISTRITO SUR DE NUEVA YORK**

PETRÓLEOS DE VENEZUELA, S.A., PDVSA, S.A.
y PDV HOLDING, INC.,

Demandantes,

- contra -

MUFG UNION BANK, N.A. y GLAS AMERICAS
LLC,

Demandados.

Caso N.º 19-cv-10023-KPF

**INFORME PERICIAL DE ALLAN R. BREWER-
CARIÁS REFUTANDO EL INFORME DE** [REDACTED]

1 de mayo de 2020

CONFIDENCIAL

Índice

I .	INTRODUCCIÓN	1
ii.	RESUMEN DE OPINIONES	1
III.	ES ERRÓNEO QUE EL CONCEPTO DE “CONTRATO DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL” SOLO INCLUYA LOS CONTRATOS EN LOS QUE LA REPÚBLICA SEA PARTE	8
	A. Ni el Tribunal Supremo ni ningún tribunal predecesor ha establecido tal interpretación, y mucho menos una interpretación vinculante en virtud del Artículo 335 de la Constitución venezolana.....	8
	i. Sentencia N.º 953, de 29 de abril de 2003 (<i>EDELCA</i>).....	8
	ii. Sentencia N.º 1460 del 12 de julio de 2007 (<i>Fiscalía General de la República II</i>)9	
	iii. Sentencia de la ex Corte Suprema en <i>Simón Muñoz Armas et al. Cláusulas de impugnación de la Resolución del Congreso del 4 de julio de 1995</i>	10
	iv. Decisiones de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo	11
	B. Las sentencias identificadas en I no establezca ningún “precedente judicial vinculante” de que la república debe ser parte en los contratos de interés público nacional	11
	i. Sentencia del 26 de noviembre de 1937 (<i>Fiscalía General de la República I</i>)....	12
	ii. Sentencia del 15 de marzo de 1962 (<i>Banco de Venezuela</i>).....	13
	iii. Sentencia N.º 2241 del 24 de septiembre de 2002 (<i>Andrés Velázquez et al.</i>).....	14
	iv. Sentencia N.º 1460 del 12 de julio de 2007 (<i>Procurador General de la República II</i>).....	17
	v. Sentencia N.º 618 del 20 de julio de 2016 (<i>Brigitte Acosta Isis</i>).....	18
	C. Ninguna sentencia ha establecido una interpretación general de carácter vinculante respecto del concepto de contratos de interés público nacional	22
	D. <i>Andrés Velázquez et al.</i> no estableció ningún “criterio requerido adicional” para los contratos de interés público nacional	29
	E. Las alegaciones de los demandantes no “contradican” ninguna “interpretación oficial” de la Asamblea Nacional o de la Fiscalía General	30
	i. La Asamblea Nacional rechazó categóricamente la Garantía prendaria y ha declarado explícitamente que el Convenio de emisión es un contrato de interés público nacional que requiere autorización previa de la Asamblea Nacional.....	30
	ii. La opinión de la Fiscalía General del 7 de agosto de 2006 no respalda las afirmaciones de	35
	F. Los Artículos 226 y 236 de la Constitución venezolana no restringen los contratos de interés público nacional a los contratos celebrados por la propia República	35

CONFIDENCIAL

IV.	LA OPINIÓN DE ES CONTRARIA AL PESO ABRUMADOR DE LOS JURISCONSULTOS VENEZOLANOS.....	36
V.	LAS “CONSIDERACIONES ADICIONALES” NO APOYAN SU CONCLUSIÓN ERRÓNEA Y ATÍPICA DE QUE SOLO LA PROPIA REPÚBLICA PUEDE CELEBRAR CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL	39
	A. La afirmación de de que PDVSA y PDVSA Petróleo operan efectivamente como corporaciones independientes es contrario a la ley venezolana y a los hechos en el momento de la oferta de canje.....	40
	B. La Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público no exime de la autorización previa de la Asamblea Nacional a los contratos de deuda pública celebrados con contrapartes extranjeras/no domiciliadas a nivel nacional	45
	C. El Convenio de emisión y la Garantía prendaria son incuestionablemente “contratos administrativos”	46
	D. La histórica falta de control de la Asamblea Nacional sobre los contratos celebrados por PDVSA o sus subsidiarias no fundamenta la opinión de	50
VI.	LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD Y EL PRINCIPIO DE EXPECTATIVA LEGÍTIMA NO PUEDEN APLICARSE NUNCA A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NI A NINGÚN ACTO ESTATAL AFECTADO POR LA NULIDAD ABSOLUTA	51

CONFIDENCIAL

I. INTRODUCCIÓN

1. A petición de Paul Hastings LLP, en calidad de abogado de las Juntas Directivas Ad Hoc de PDVSA y PDVSA Petróleo, y de Willkie Farr & Gallagher LLP, en calidad de abogado de PDV Holding, Inc., presenté un informe pericial el 16 de marzo de 2020, en el que concluí que los Bonos 2020, el Convenio de emisión y la Garantía prendaria son inválidos, ilegales, nulos y sin valor *ab initio*, e inaplicables en virtud de las leyes venezolanas porque el Convenio de emisión y la Garantía prendaria se firmaron sin la autorización previa de la Asamblea Nacional, en violación de la Constitución venezolana. El mismo día, [REDACTED] presentó un informe en nombre de los Demandados [REDACTED] en el que se opinaba erróneamente que el Convenio de emisión y la Garantía prendaria no eran “contratos de interés público nacional” y que, por lo tanto, no requerían la autorización previa de la Asamblea Nacional.

2. En este informe, refuto las opiniones erróneas que expresó [REDACTED]. En lugar de abordar todos y cada uno de los errores en [REDACTED], he centrado mi refutación en los errores fundamentales que creo que son relevantes para el caso.

ii. RESUMEN DE OPINIONES

3. Ninguno de los fundamentos en [REDACTED] modifica mi conclusión de que el Convenio de emisión y la Garantía prendaria son contratos de interés público nacional que requieren la autorización previa de la Asamblea Nacional. Mi conclusión se basó y se basa, en resumen, en lo siguiente:

- a. En virtud de los artículos 150 y 187.9 de la Constitución venezolana, que propuse en mi papel de uno de los redactores constitucionales, un contrato de interés público nacional no puede firmarse sin la autorización previa de la Asamblea Nacional, si *el contrato se celebrará con un Estado extranjero, con una entidad oficial extranjera o con empresas no domiciliadas en Venezuela.*¹
- b. Un contrato de interés público “nacional” es un contrato de interés público celebrado por una entidad que forma parte de la “Administración Pública Nacional”. PDVSA y PDVSA Petróleo, que son empresas comerciales enteramente estatales, forman parte indiscutiblemente de la Administración Pública Nacional, tal como se

¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA 1999, Art. 150; 187.9 (que se presenta como Ficha 1 en el Primer Informe).

CONFIDENCIAL

define en la Ley Orgánica de la Administración Pública,² una ley venezolana que yo redacté. PDVSA y PDVSA Petróleo no son como las entidades comerciales normales, ya que están sujetas tanto al derecho público como al privado. Además, a diferencia de otras empresas estatales, que generalmente son creadas por un Decreto Ejecutivo para dedicarse a un negocio en particular, PDVSA fue creada como parte de la nacionalización de la industria petrolera venezolana y es la única empresa estatal cuya propiedad estatal está consagrada en la Constitución venezolana “por razones de soberanía económica y política y de estrategia nacional” (Art. 303).³ Además, el Presidente de PDVSA en el momento de la Oferta de Canje, Eulogio Del Pino, se desempeñaba también como Ministro de Petróleo y Minería de Venezuela.

- c. En mi opinión y en la de muchos otros juristas venezolanos, *cualquier* contrato celebrado por una entidad de la Administración Pública Nacional es un contrato de interés público nacional. Esta fue la intención de la propuesta que hice ante la Asamblea Nacional Constituyente con respecto a la inclusión del artículo 150 en la Constitución. Esta opinión también es coherente con la Sentencia N.º 953 del Tribunal Supremo del 29 de abril de 2003 (Causa: *EDELCA*), en la que la Sala Constitucional reconoció expresamente que los contratos celebrados por una empresa estatal, *Electrificación del Caroní S.A.*, con determinadas entidades brasileñas eran contratos de interés público nacional.⁴ El Convenio de emisión y la Garantía prendaria son también contratos de interés público nacional según las normas propuestas que tienen en cuenta el impacto y la magnitud del contrato, ya que estos contratos afectaron de manera decisiva el “recurso más valioso” de la industria más importante de Venezuela desde el punto de vista económico y estratégico.
- d. Por lo tanto, el Convenio de emisión y la Garantía prendaria, ambos suscritos por PDVSA y PDVSA Petróleo con empresas no domiciliadas en Venezuela, requirieron la autorización previa de la Asamblea Nacional en virtud de los artículos 150 y 187.9 de la Constitución. La

² Ley Orgánica de la Administración Pública, GACETA OFICIAL N.º 6.147, 17 de noviembre de 2014 (que se presenta como Ficha 9 en el Primer Informe).

³ CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999, Art. 303 (que se presenta como Ficha 1 en el Primer Informe).

⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, N.º 953 EDELCA, 29 de abril de 2003 (Venez.) (en adelante, Sentencia N.º 953 del Tribunal Supremo de Justicia) (que se presenta como Prueba documental [REDACTED] -72 a [REDACTED]).

CONFIDENCIAL

falta de la necesaria autorización de la Asamblea Nacional impidió que el consentimiento y la formación del contrato fueran válidos, por lo que el Convenio de emisión, los Bonos 2020 emitidos en virtud del mismo y la Garantía prendaria son inválidos, ilegales y nulos *ab initio*—es decir, nunca llegaron a tener a una existencia legal válida y son totalmente inexigibles.

4. La conclusión de [redacted] de que el Convenio de emisión y la Garantía prendaria no son contratos de interés público nacional se basa principalmente en la afirmación errónea, contraria a la gran mayoría de la opinión académica, de que solo la propia República puede celebrar contratos de interés público nacional. Esta afirmación errónea no se basa en ningún análisis jurídico fundamental, sino en tres presupuestos incorrectos:

- a. Que “el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha sostenido desde hace mucho tiempo que los contratos de interés nacional deben incluir a la República como una parte”;
- b. Que los artículos 236 y 226 de la Constitución venezolana son coherentes con este supuesto precedente de larga data; y
- c. Que este supuesto precedente de larga data es apoyado por las posiciones de la Asamblea Nacional y la Fiscalía General.

5. Estos presupuestos son erróneos por las siguientes razones, que explico con más detalle a continuación:

- a. En primer lugar, ni la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ni ningún tribunal antecesor ha dictaminado nunca que el concepto de “contrato de interés público nacional” se restrinja únicamente a los contratos que incluyen a la República como parte y no puede incluir los contratos celebrados por una corporación pública o una empresa estatal que forme parte de la Administración Pública Nacional. De hecho, la cuestión de si esos contratos pueden calificarse de contratos de interés público nacional no ha formado parte del *thema decidendum* de ningún caso.
- b. Las decisiones [redacted] se basan únicamente en demostrar que el concepto de “contrato de interés público nacional” *incluye* contratos celebrados por la República, y no que el concepto *excluye* los contratos celebrados por corporaciones públicas y empresas estatales. Deducir tal proposición de estas decisiones contradice la lógica y contraviene otras

CONFIDENCIAL

decisiones en las que la Sala Constitucional, otras Salas del Tribunal Supremo y la ex Corte Suprema de Justicia han aceptado expresamente (sin que se plantee siquiera una cuestión) que los contratos celebrados por tales entidades eran contratos de interés público nacional. Notablemente, [REDACTED] pretende apoyarse en una de estas decisiones de la Sala Constitucional (N.º 1460 de 12 de julio de 2007) (*Fiscalía General de la República II*) para llegar a su conclusión errónea.

- c. De cualquier modo, ninguno de los casos en los que [REDACTED] se basa estableció ningún “precedente judicial vinculante” con respecto al concepto de “contrato de interés público nacional”. En el sistema de derecho civil venezolano, no existe una doctrina de *stare decisis* ni un precedente vinculante; las decisiones del Tribunal Supremo no son una fuente de derecho; y salvo las interpretaciones de la Sala Constitucional declaradas explícitamente como de carácter vinculante de conformidad con el Artículo 335 de la Constitución venezolana, las decisiones del Tribunal Supremo no tienen más peso que las opiniones de los juristas y otros poderes del Estado.
- d. En cuanto a la opinión de los académicos, simplemente no es cierto que la opinión expresada por [REDACTED] respecto al concepto de “contrato de interés público nacional” haya sido “reiteradamente reafirmada por respetados juristas venezolanos”. (párr. 15). La realidad es justamente lo contrario. Además de mí, quienes han interpretado el concepto de “contrato de interés público nacional” para abarcar los contratos celebrados por las empresas públicas y las empresas estatales dentro de la Administración Pública Nacional incluyen:
 - i. La Asamblea Nacional, que es el único órgano del gobierno venezolano reconocido como legítimo por los EE.UU., en las resoluciones previas y posteriores a la Oferta de Canje;
 - ii. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo en los casos de *EDLECA* (2003) y la *Fiscalía General de la República II* (2007);
 - iii. La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en los casos de *Diques y Astilleros Nacionales S.A. (DIANCA)* (2013), *Corporación Venezolana de Guayana (CVG)* (2011), y *Compañía Anónima Venezolana de Televisión (VTV)* (2006);

CONFIDENCIAL

- iv. La ex Corte Suprema de Justicia en el *caso Simón Muñoz Armas et al.* (1999);
 - v. El profesor Juan Cristóbal Carmona Borjas, distinguido miembro de la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, que pronunció su opinión sobre este asunto a la Asamblea Nacional en el momento de la Oferta de Canje;
 - vi. Profesor Luis Henrique Farías Mata;
 - vii. Profesor José Araujo Juárez;
 - viii. Profesor Margot Y. Huen Rivas;
 - ix. Profesor Román José Duque Corredor;
 - x. Profesora Isabel Boscán de Ruesta;
 - xi. Profesor Luis Britto García;
 - xii. El profesor Rafael Badell Madrid (quien, contrariamente a la caracterización errónea de [REDACTED] de sus escritos sobre este asunto, ha sido enfático en cuanto a que los contratos de interés público nacional incluyen los contratos celebrados por empresas estatales y corporaciones públicas); y
 - xiii. El profesor Jesús Caballero Ortíz (quien, contrariamente a lo que afirma [REDACTED], ha opinado en sus escritos académicos que los contratos celebrados por las corporaciones públicas (institutos autónomos) pueden calificarse como contratos de interés público nacional).
- e. Aparte del profesor Eloy Lares Martínez, quien afirmó que “los contratos de interés nacional son contratos administrativos celebrados por la Administración Pública Nacional”,⁵ para luego adoptar la posición contradictoria (sin explicación) de que la República debe ser parte, *no conozco a ningún otro estudioso del derecho público*

⁵ Eloy Lares Martínez, *Contratos de Interés Nacional*, en 1 LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR ANTONIO MOLES CAUBET 117, 137 (1981) (en adelante, *Contratos de Interés Nacional*) (que se presenta como Prueba documental [REDACTED] -65 a [REDACTED]).

CONFIDENCIAL

venezolano que sostenga la opinión expresada por [REDACTED] en este caso. Contrariamente a las afirmaciones erróneas de [REDACTED], su opinión no encuentra sustento en los escritos que cita del profesor José Melich Orsini. El peso relativo de la autoridad en esta cuestión no es ni siquiera cercano.

- f. En segundo lugar, los Artículos 226 y 236 de la Constitución venezolana no restringen los contratos de interés público nacional a los contratos celebrados por la propia República, como afirma erróneamente [REDACTED]. Más bien, estos artículos simplemente facultan al Presidente, en su calidad de jefe del Poder Ejecutivo Nacional, a celebrar tales contratos en nombre de la República.⁶
- g. Por último, ni la Asamblea Nacional ni la Fiscalía General han adoptado la posición de que un contrato de interés público nacional debe tener a la República como parte. De hecho, lo contrario es cierto. La Asamblea Nacional, en resoluciones aprobadas tanto antes como después de la emisión de los Bonos 2020, ha declarado que el Convenio de emisión y la Garantía prendaria, que fueron suscritos por PDVSA y PDVSA Petróleo como entidades estatales dentro de la Administración Pública Nacional, son contratos de interés público nacional que requieren la autorización previa de la Asamblea Nacional como condición para su validez.⁷
- h. De ser aprobada, la opinión atípica de [REDACTED] socavaría profundamente los principios democráticos en los que se basa el sistema de gobierno de Venezuela, ya que el Ejecutivo Nacional (por no mencionar un régimen ilegítimo y autoritario) podría evitar la supervisión de la Asamblea Nacional simplemente contratando a través de entidades estatales. Como uno de los redactores de la Constitución venezolana, puedo decir con certeza que una propuesta tan ilógica y destructiva es completamente contraria a la intención y a la correcta interpretación de los Artículos 150 y 187.9.

6. [REDACTED] también opina que, incluso si un tribunal venezolano concluyera que el Convenio de emisión y la Garantía prendaria son contratos de interés público nacional que requieren la autorización de la Asamblea Nacional, el

⁶ CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999, Art. 226, 236 (que se presenta como Prueba documental [REDACTED] -32 a [REDACTED]).

⁷ [REDACTED] afirma que varias “consideraciones adicionales” también fundamentan su opinión. Más adelante profundizo en mayor detalle sobre estas “consideraciones adicionales” (párr. 21, 156, 231).

CONFIDENCIAL

tribunal probablemente los haría cumplir de todos modos basándose en la “presunción de legalidad” (párr. 179) y el “principio de expectativa legítima” de Venezuela. (párr. 184). Sin embargo, como han opinado la Sala Constitucional y numerosos juristas, la “presunción de legalidad” y el “principio de expectativa legítima” no pueden aplicarse nunca a los actos ilegales de nulidad absoluta, ⁸ como la ejecución del Convenio de emisión y la Garantía prendaria sin la autorización de la Asamblea Nacional exigida constitucionalmente.

⁸ Ver, por ejemplo, ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS, EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS 203 (Octava edición, 2008) (que se presenta como Prueba documental ■■■-103 a■■■).

CONFIDENCIAL

III. [REDACTED] ES ERRÓNEO QUE EL CONCEPTO DE “CONTRATO DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL” SOLO INCLUYA LOS CONTRATOS EN LOS QUE LA REPÚBLICA SEA PARTE

A. Ni el Tribunal Supremo ni ningún tribunal predecesor ha establecido tal interpretación, y mucho menos una interpretación vinculante en virtud del Artículo 335 de la Constitución venezolana

7. El principal fundamento de la conclusión errónea de [REDACTED] de que el Convenio de emisión y la Garantía prendaria no son contratos de interés público nacional es la afirmación que los tribunales venezolanos han sostenido “desde hace mucho tiempo” respecto a que [los contratos de interés público nacional] deben tener a la República como parte (párr. 87) y que, a partir de 2002, la Sala Constitucional había emitido sentencias “vinculantes” que supuestamente confirmaban este “requisito judicial de larga data”. (párr. 85, 99).

8. De hecho, no existe una “interpretación vinculante” o “requisito judicial de larga data” de la Sala Constitucional, ni de ningún otro tribunal venezolano, de que los contratos de interés público nacional deben tener a la República como parte. La Sala Constitucional *nunca ha* realizado una interpretación tan general. Por el contrario, la Sala Constitucional, la ex Corte Suprema de Justicia y la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo han dictado resoluciones en las que se acepta que los contratos en cuestión *eran* contratos de interés público nacional a pesar de que no fueron celebrados por la propia República, sino por corporaciones públicas o empresas estatales que, como PDVSA y PDVSA Petróleo, forman parte de la Administración Pública Nacional descentralizada.

i. Sentencia N.º 953, de 29 de abril de 2003 (EDELCA)

9. En el caso *EDELCA* (Sentencia N.º 953, de 29 de abril de 2003), que se produjo apenas varios meses después de la sentencia de *Andrés Velázquez et al.* (N.º 2241, de 24 de septiembre de 2002) que es la pieza central de [REDACTED], la Sala Constitucional *reconoció expresamente que los contratos celebrados con entidades brasileñas por una empresa estatal, Electrificación del Caroní S.A. (EDELCA), eran contratos de interés público nacional.*⁹ Esta decisión solo se reconoce en una nota al pie (137) de [REDACTED], en la que [REDACTED] admite que “*una corporación estatal [EDELCA] celebró un contrato que el Tribunal de Justicia calificó como de interés nacional*”.

⁹ Sentencia N.º 953 del Tribunal Supremo de Justicia, supra nota 4 en 14-15.

CONFIDENCIAL

ii. **Sentencia N.º 1460 del 12 de julio de 2007 (Fiscalía General de la República II)**

10. [REDACTED] afirma que, en esta decisión, la Sala Constitucional “confirmó y reafirmó la sentencia en el caso *Andrés Velásquez et al.* que una transacción de Deuda Pública puede calificarse como Contrato de Interés Nacional cuando sea ejecutada “por la República con [otros] Estados, entidades oficiales extranjeras o empresas comerciales no domiciliadas en Venezuela” (párr. 103). Al igual que con otras decisiones a las que se hace referencia en [REDACTED], resulta inmediatamente obvio al leer la decisión que la afirmación de [REDACTED] es totalmente incorrecta. Si bien la Sala Constitucional se refirió a su sentencia anterior no vinculante del caso *Andrés Velásquez* (que se analiza más adelante), no hay una sola palabra, renglón o párrafo en la Sentencia N.º 1460 del 12 de julio de 2007 (que tampoco es vinculante), en la que la Sala Constitucional “confirme” o “reafirme” que los contratos de interés público nacional son *solamente* los celebrados por la República. Por el contrario, la resolución del caso presupone que ***los contratos de deuda pública celebrados por entidades descentralizadas de la Administración Pública Nacional son contratos de interés público nacional.***¹⁰

11. El caso se refería a la interpretación del Artículo 247 de la Constitución venezolana, que obliga a la Procuraduría General de la República a ser consultada sobre contratos de interés público nacional antes de su aprobación. Concretamente, se pidió a la Sala Constitucional que aclarara si una opinión de la Fiscalía General emitida de conformidad con el Artículo 247 es vinculante para la entidad de la Administración Pública que solicita el dictamen o de naturaleza meramente consultiva.¹¹ Ese fue el *thema decidendum*¹² del caso. No hubo solicitudes abstractas de interpretación de una disposición constitucional, sino más bien una solicitud específica de interpretación sobre la naturaleza de las opiniones particulares de la Fiscalía General con respecto a determinados contratos de deuda pública (pagarés) del *Banco de Desarrollo Agropecuario (Bandagro)*, que es una corporación pública dentro de la Administración Pública Nacional descentralizada.¹³ La Sala Constitucional dictaminó en esta sentencia no vinculante que las opiniones de la Fiscalía General, si bien así lo exige el Artículo 247 de la Constitución, eran de naturaleza meramente consultiva.¹⁴ Contrariamente a lo que se sugiere en [REDACTED]

¹⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N.º 1460 [Fiscalía General de la República II], 12 de julio de 2007 (Venez.) (en adelante, Sentencia N.º 1460 del Tribunal Supremo de Justicia) en 22 (que se presenta como Prueba documental [REDACTED]-71 a [REDACTED]).

¹¹ *Id.* en 18.

¹² *Ver* párr. 30 a continuación.

¹³ Sentencia N.º 1460 del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 10 en 19, 21.

¹⁴ *Id.* en 19, 22, 23.

CONFIDENCIAL

(párr. 94), la Sala Constitucional no abordó, en modo alguno, la noción de qué entidades pueden celebrar un contrato de interés público nacional, y mucho menos el supuesto requisito de que la propia República sea parte.

12. Así, no solo la Sala Constitucional no afirmó en su Sentencia N.º 1460 del 12 de julio de 2007 que los contratos de interés público son solo aquellos en los que la República es parte, sino que, por el contrario, la Sala aceptó expresamente en esta sentencia que los “contratos de deuda pública” (pagarés) emitidos por una corporación pública como entidad descentralizada de la Administración Pública Nacional (y no de la República) debían ser sometidos a la aprobación de la Fiscalía General de la República de conformidad con el Artículo 247 de la Constitución, que se aplica solo a los “contratos de interés público nacional”.¹⁵

iii. Sentencia de la ex Corte Suprema en *Simón Muñoz Armas et al. Cláusulas de impugnación de la Resolución del Congreso del 4 de julio de 1995*

13. También es importante mencionar la sentencia del 17 de agosto de 1999 de la ex Corte Suprema de Justicia en el caso de *Apertura Petrolera* (Caso: *Cláusulas de impugnación de la Resolución del Congreso del 4 de julio de 1995* de Simón Muñoz Armas et al.), a la que se hace referencia en [redacted] (párr. 172). En ese caso, los contratos administrativos celebrados por entidades descentralizadas de la industria petrolera, que eran subsidiarias de PDVSA, estaban expresamente calificados como “contratos de interés público nacional”.¹⁶ Es por eso que, por ejemplo, el profesor Eugenio Hernández Bretón ha afirmado que los “Acuerdos de Asociación” celebrados por PDVSA y sus subsidiarias son todos “contratos de interés público”.¹⁷

¹⁵ *Id.* en 18, 21, 22.

¹⁶ ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS, EL CASO DE LA APERTURA PETROLERA (DOCUMENTOS DEL A PETROLERA 1996-1999) [DOCUMENTOS DEL JUICIO DE NULIDAD CONTRA LA AUTORIZACIÓN PARLAMENTARIA PARA LOS ACUERDOS DE ASOCIACIÓN PETROLERA 1996-1999] 318-319 (2001) (en adelante, *Caso de la Apertura Petrolera*) (que se presenta como Prueba documental [redacted]-101 a [redacted]).

¹⁷ Ver Margot Y. Huen Rivas, *El Arbitraje Internacional en los Contratos Administrativos*, en 1 VIII JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 403, 435, nota al pie 58 (Fundación Estudios de Derecho Administrativo ed., 2005) (citando a Eugenio Hernández Bretón, *El Controversial Artículo 127*, en REVISTA GERENTE (1999)). También consideré los contratos celebrados por PDVSA como “contratos de interés público nacional” al expresar mi opinión ante el Senado venezolano en 1982. Ver CARTA DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS A GODOFREDO GONZÁLEZ, PRESIDENTE DEL SENADO VENEZOLANO (11 de agosto de 1982) en 2, 3, 6, 7.

CONFIDENCIAL

iv. Decisiones de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo

14. Como se reconoce en la nota al pie 144 de [REDACTED], la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo también ha dictado sentencias relativas a los contratos de interés público nacional, *en general aceptando que dichos contratos pueden ser celebrados por entidades descentralizadas de la Administración Pública Nacional como Diques y Astilleros Nacionales S.A. (DIANCA), que es una empresa nacional de propiedad estatal (Sentencia N.º 847 del 16 de julio de 2013);¹⁸ Corporación Venezolana de Guayana (CVG), que es una institución nacional autónoma creada por ley (Sentencia N.º 1690 del 7 de diciembre de 2011);¹⁹ y Compañía Anónima Venezolana de Televisión (VTV), que también es una empresa nacional de propiedad estatal (Sentencia N.º 855 del 5 de abril de 2006 - Caso VTV v. Eletronica Industriale).²⁰*

B. Las sentencias identificadas en [REDACTED] no establezca ningún “precedente judicial vinculante” de que la república debe ser parte en los contratos de interés público nacional

15. Las sentencias de la Sala Constitucional y de la corte predecesora obre las cuales [REDACTED] se basa no establecen *ningún* precedente judicial —vinculante o no vinculante— de que los contratos de interés público nacional deben incluir a la propia república como parte. Por el contrario, como se ha mencionado anteriormente, dos de estas sentencias (*EDELCA y Fiscalía General de la República II*)²¹ apoyan la opinión casi unánime entre los juristas venezolanos de que los contratos celebrados por entidades de la Administración Pública Nacional, como

¹⁸ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa [TSJ-SPA] Sentencia N.º 847 Diques y Astilleros Nacionales (DIANCA) del 16 de julio de 2013 (Venez.) (en adelante, Sentencia N.º 2241 del Tribunal Supremo de Justicia) (que se presenta como Prueba documental [REDACTED]-75 a [REDACTED]) en 23.

¹⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa [TSJ-SPA] Sentencia N.º 1690 Minera Las Cristinas (MINCA) del 7 de diciembre de 2011 (Venez.) (en adelante, Sentencia N.º 1690 del Tribunal Supremo de Justicia) (que se presenta como Prueba documental [REDACTED]-76 a [REDACTED]) en 43 en idioma español original, 47 en la traducción. En esta sentencia de 2011, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo también se refirió a su anterior sentencia N.º 832 del 14 de julio de 2004, en la que también reconocía que las concesiones mineras, en ese caso también concertadas por institutos autónomos (sociedades públicas) como la *Corporación Venezolana de Guayana* y lo mismo *Mineras Las Cristinas S.A.* eran “contratos de interés público nacional”. Id. en 41, 72 en el original en español, 40, 53 en la traducción.

²⁰ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa [TSJ-SPA] Sentencia N.º 855 Compañía Anónima Venezolana de Televisión (VTV), 5 de abril de 2006 (Venez.) (que se presenta como Prueba documental - Prueba documental [REDACTED]-126 a [REDACTED]) en 78.

²¹ Sentencia N.º 953 del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 4; Sentencia N.º 1460 del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 10.

CONFIDENCIAL

PDVSA y PDVSA Petróleo, pueden calificarse como contratos de interés público nacional.

16. En primer lugar, abordaré las dos sentencias referenciadas de la ex Corte Federal y de Casación de Venezuela y de la ex Corte Suprema venezolana, emitidas en 1937 y 1962, respectivamente, antes de la ratificación de la Constitución de 1999. De estas sentencias de hace décadas no se puede deducir ningún “requisito judicial de larga data” de que la República debe ser parte en un contrato de interés público nacional. A continuación, me referiré a las sentencias más recientes en las que se basa [REDACTED], que tampoco respaldan la absurda idea de que los contratos celebrados por las empresas públicas y las empresas estatales no pueden calificarse como contratos de interés público nacional.

i. Sentencia del 26 de noviembre de 1937 (*Fiscalía General de la República I*)

17. Según [REDACTED], “el requisito de que la República debe ser parte en un contrato para que pueda calificarse como un contrato de interés nacional fue reconocido por primera vez por el tribunal superior de Venezuela en 1937 en el caso de la *Fiscalía General de la República I*” (párr. 95).²² Solo leer la sentencia de la Corte es suficiente para darse cuenta de la falsedad de esta afirmación.²³

18. El *thema decidendum* del caso no tiene nada que ver con el concepto de “contrato de interés público nacional” en general o con la cuestión específica de qué entidades pueden celebrarlos. Más bien, el caso implicó la revisión judicial de un “proyecto de Ley Especial” (proyecto de ley) por el cual el Congreso debía autorizar la concesión de un préstamo a la Municipalidad del Distrito de Iribarren en el Estado de Lara. La Fiscalía General impugnó el proyecto de Ley Especial por motivos constitucionales, argumentando que el Legislativo no tenía la facultad de iniciar la concesión del préstamo.²⁴ La Corte estuvo de acuerdo, haciendo hincapié en que “la única rama del gobierno con la iniciativa de celebrar contratos era el Ejecutivo Nacional”, no la Legislatura, que “no tiene la facultad de contratar”.²⁵ Concluyendo que el proyecto de Ley Especial impugnado en última instancia “no era un proyecto

²² Ver Sala Político Administrativa de la Corte Federal y de Casación N.º 62 [Procurador General de la República I] 26 de noviembre de 1937 (Venez.) (en adelante, Sentencia N.º 62 de la Corte Federal y de Casación) (que se presenta como Prueba documental [REDACTED] 64 a [REDACTED]).

²³ Puede parecer que, en la nota 128 de su informe, [REDACTED] cita una de mis obras para fundamentar su opinión. Sin embargo, la cita no es a algo que yo haya escrito, sino al texto de la Constitución venezolana de 1936 en mis compilaciones históricas de las constituciones del país.

²⁴ Sentencia N.º 62 de la Corte Federal y de Casación, *supra* nota 22 en 351.

²⁵ *Id.* en 352.

CONFIDENCIAL

de ley” o un “proyecto de contrato” sino una “orden” supuestamente dada por el Congreso al Ejecutivo Nacional para celebrar un contrato de préstamo, la Corte anuló el proyecto de Ley Especial por tratarse de una violación inconstitucional de la separación de poderes.²⁶

19. Al concluir que la facultad de celebrar contratos corresponde al Poder Ejecutivo Nacional y *no al Legislativo*, la Corte se refirió al artículo 100.21 de la Constitución de 1936, que facultaba al Ejecutivo Nacional a celebrar contratos de interés público nacional.²⁷ La Corte no dictaminó que el Ejecutivo Nacional era la *única* autoridad facultada para celebrar contratos de interés nacional y *que las corporaciones públicas o empresas estatales no pudieran* celebrar contratos de interés público nacional. De hecho, esa cuestión ni siquiera se planteó, y mucho menos se decidió. No podía ser de otra manera, ya que en 1937 no existían corporaciones públicas o empresas estatales como las que existen hoy en día, sino solo algunas instituciones autónomas (corporaciones públicas) como el *Banco Obrero* y el *Banco Agrícola y Pecuario*, que fueron creadas en 1928. Contrariamente a las afirmaciones de ■■■, en este caso no se respeta en absoluto “el principio de que los contratos de interés nacional se [limitan] a los contratos celebrados por el Ejecutivo Federal” ■■■ párr. 97).

ii. Sentencia del 15 de marzo de 1962 (*Banco de Venezuela*)

20. En esta sentencia, el ex Tribunal Supremo de Justicia anuló una “[l]ey por la que se aprobaba²⁸ un contrato entre el Ejecutivo Nacional y el Banco de Venezuela”. La ley fue anulada porque el contrato aprobado por la ley eximía al *Banco de Venezuela* (un banco comercial privado) de los impuestos municipales, en violación de la autonomía municipal garantizada en la Constitución venezolana.²⁹ Para llegar a la sentencia, el Tribunal concluyó que, aunque el contenido de la ley era la aprobación de un contrato público, la competencia para ejercer la revisión judicial de la legislación (incluidas las “leyes especiales” que aprobaban los contratos públicos y, por lo tanto, sin contenido general) siempre perteneció al pleno de la Corte Suprema (*Corte Plena*) y que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (incluida la Sala Político Administrativa del Tribunal), que tenían competencia en los casos relacionados con los contratos administrativos, no eran competentes para ejercer la revisión judicial de la ley.³⁰

²⁶ *Id.* en 354.

²⁷ *Id.* en 351.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Banco de Venezuela, 15 de marzo de 1962, en GACETA OFICIAL N.º 760 (22 de marzo de 1962) (Venez.) (que se presenta como Prueba documental ■■■ -69 a ■■■) en 10.

²⁹ *Id.* en 7-10.

³⁰ *Id.* en 4-7.

CONFIDENCIAL

21. Aunque el caso se refería a un contrato celebrado por el Ejecutivo Nacional, en la decisión no hay nada que indique que la Corte se ocupara siquiera del concepto de contratos de interés público nacional, y mucho menos que interpretara el concepto para incluir únicamente los contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional en nombre de la propia República. Además, nada en la opinión disidente sugiere que “se aclare más que los contratos de interés nacional son celebrados [solo] por el Ejecutivo Nacional en nombre de la República” o que los jueces disidentes “confirmaron que los contratos de interés nacional se [restringen] a los contratos celebrados por la República”, como [REDACTED] afirma erróneamente (párr. 98). Los magistrados disidentes se limitaron a discrepar de que la Corte estuviera facultada para ejercer el control judicial de la ley, dado que su contenido era la aprobación de dicho contrato.³¹ En otras palabras, el *thema decidendum* era si la constitucionalidad de una ley que aprobaba un contrato celebrado por el Ejecutivo Nacional en nombre de la República podía ser revisada por la Corte Suprema, y no si un contrato debía ser celebrado por la República para ser considerado un contrato de interés público nacional. Después de considerarse competente para ejercer el control judicial, la Corte Suprema procedió a anular la ley.³²

iii. Sentencia N.º 2241 del 24 de septiembre de 2002 (Andrés Velázquez et al.)

22. [REDACTED] afirma erróneamente que, en esta sentencia, la Sala Constitucional reafirmó expresamente el supuesto “requisito judicial de larga data” (que, como ya se ha dicho, no existía) de que “para que un contrato sea calificado como Contrato de Interés Nacional, la República tenía que ser una de las partes contratantes”. (Párr. 99).

23. De hecho, el *thema decidendum* no implicó en absoluto la interpretación de la Constitución con respecto a la noción de contratos de interés público. Más bien, la Sala Constitucional estaba fallando un recurso general de inconstitucionalidad interpuesto por varios ciudadanos (Andrés Velázquez y otros) contra el Artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público.³³ El Artículo 80 establecía, en la parte pertinente, que “una vez sancionada la ley de endeudamiento anual, el Ejecutivo Nacional procederá a celebrar contratos de deuda pública en las mejores condiciones posibles y deberá informar periódicamente a la Asamblea

³¹ *Id.* en 12.

³² *Id.* en 10.

³³ Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional, N.º 2241 Andrés Velázquez y otros, nulidad parcial Artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del sector Público, 24 de septiembre de 2002 (Venez.) (en adelante, Sentencia N.º 2241 del Tribunal Supremo de Justicia) (que se presenta como Ficha 23 en el informe de Brewer).

CONFIDENCIAL

Nacional”.³⁴ El demandante argumentó que, tal como estaba escrito, esta disposición parecía permitir al Ejecutivo Nacional celebrar contratos de deuda pública de interés nacional con estados extranjeros, entidades oficiales extranjeras y empresas no domiciliadas en Venezuela, en violación del Artículo 150 de la Constitución de Venezuela, es decir, sin la autorización de la Asamblea Nacional.³⁵ El *thema decidendum* del caso fue, por lo tanto, la constitucionalidad del Artículo 80 de la Ley Orgánica. Coincidiendo con el demandante en que la disposición pertinente era inconstitucional, la Sala Constitucional la declaró nula y sin efecto.³⁶

24. Teniendo en cuenta este contexto, no puede deducirse, como afirma erróneamente [REDACTED], que “con base en esa afirmación” la expresión “contratos de interés público nacional” solo abarca “los contratos celebrados por la República a través de los órganos competentes del Ejecutivo Nacional” (párr. 101). La Sala Constitucional no dictaminó en modo alguno que las entidades descentralizadas de la Administración Pública Nacional, como las corporaciones públicas y las empresas estatales, no puedan celebrar contratos de interés público nacional. Como el propio [REDACTED] reconoce en su informe (párr. 100), la Sala Constitucional señaló en *Andrés Velázquez et al.* que los contratos de interés público nacional “son una especie de contratación que incluye “..... los contratos celebrados por la República a través de los órganos competentes del Ejecutivo Nacional” (párr. 100 (énfasis añadido)), lo que implica que el Ejecutivo Nacional no es más que una entidad que puede celebrar dichos contratos, no la *única* entidad.

25. Como señalé en mi informe inicial, la razón por la cual la Sala Constitucional se centró en los contratos de interés público nacional celebrados por el Ejecutivo Nacional es que *esos eran los únicos contratos mencionados expresamente en la disposición impugnada del Artículo 80 de la Ley Orgánica.*³⁷ El profesor Román J. Duque Corredor ha observado en el mismo sentido que “la sentencia pone énfasis en los contratos de interés público de la República” porque la decisión “se refería a la nulidad del Artículo 80 de la Ley Orgánica de Gestión Financiera del Sector Público, que rige las operaciones de deuda pública de la República”. Es decir, el análisis de la Sala Constitucional “se centró en los contratos de interés público de la República, concluyendo que el Artículo 80 era contrario a la obligación constitucional del Ejecutivo Nacional de solicitar a la

³⁴ *Id.* en 11-12.

³⁵ *Id.* en 3.

³⁶ *Id.* en 19.

³⁷ Sentencia N.º 2241 del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 33 en 11.

CONFIDENCIAL

Asamblea Nacional la autorización para celebrar contratos de interés público nacional, en el marco de las operaciones de la deuda pública, cuando dichos contratos se celebren con Estados, entidades oficiales extranjeras o empresas extranjeras no domiciliadas en Venezuela”.³⁸ Así, en palabras del profesor Duque Corredor, la interpretación del fallo de que “PDVSA no está sujeta al Artículo 150 de la Constitución, porque dicha disposición solo se aplica a la República y no a las empresas estatales como PDVSA” no es más que una “manipulación de la interpretación del fallo”, que “no establece que las empresas estatales estén excluidas del Artículo 150 de la Constitución”.³⁹ El fallo “equipara a la República con el Ejecutivo Nacional, pero no lo hace con la intención de excluir a los entes descentralizados como las empresas estatales del cumplimiento del Artículo 150”.⁴⁰

26. En todo caso, la prueba de que la Sala Constitucional no pretendía limitar el concepto de contratos de interés público nacional se produjo pocos meses después en el caso *EDELCA* (Sentencia N.º 953 del 29 de abril de 2003), que se analiza en el Párrafo 9 anterior, en el que la Sala Constitucional reconoció expresamente que los contratos celebrados por una empresa estatal *eran contratos de interés público nacional*.

27. Como se mencionó en [REDACTED] (párr. 101), he sido particularmente crítico del fallo de *Andrés Velázquez*, no en relación con su anulación de la disposición impugnada del Artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, sino porque inadvertidamente creó la oportunidad de confusión y argumentos de motivación política al no incluir una referencia a los contratos celebrados por las entidades descentralizadas dentro de la Administración Pública Nacional al discutir los contratos de interés público nacional.⁴¹ El tiempo

³⁸ Ver ROMÁN J. DUQUE CORREDOR, *OPINIÓN SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL BONO PDVSA 2020*, 2, 3 (2020).

³⁹ Ver *ídem*. En 2, 3.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ Allan Randolph Brewer-Carías, *La Mutación de la Noción de Contratos de Interés Público Nacional Hecha Por la Sala Constitucional, para Cercenarle a la Asamblea Nacional sus Poderes de Control Político en Relación con la Actividad Contractual de la Administración Pública y sus Consecuencias*, en 151–52 *REVISTA DE DERECHO PÚBLICO* 371, 379 (2017) (en adelante, *La Mutilación de la Noción de Contratos de Interés Público Nacional*). En 2005 dije que esta decisión podía dar lugar a la impresión errónea de que un contrato celebrado por PDVSA no era un contrato de interés público nacional, y que esa afirmación “no tiene sentido”. No obstante, sin duda, se trata de un contrato público nacional celebrado por una entidad pública estatal, en particular, una empresa estatal o una entidad de derecho privado estatal”. Ver Allan R. Brewer-Carías, *Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del estado en Venezuela*, en 2 *VIII JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO* 449, 451 (Fundación Estudios de Derecho Administrativo ed., 2005). He expresado esta opinión desde 1982, cuando, como Senador del Distrito Federal, preparé un memorándum para el Presidente del Senado venezolano sobre la noción de contratos de interés público

CONFIDENCIAL

me ha dado la razón, ya que mis preocupaciones se han concretado en el caso de los Bonos 2020 de PDVSA.

28. Como también escribí en 2017, “lamentablemente y sin necesidad de resolver el *thema decidendum*, que era la nulidad del último párrafo del Artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del sector público, [la Cámara] inició el inconveniente proceso de reducir la noción de contratos de interés nacional”. Para contrarrestar este proceso, aclaré lo siguiente:

“el determinante de la Constitución para identificar los contratos de interés público no es la participación de la República, de los Estados o de los Municipios, sino la participación de las personas estatales de derecho público o privado en los tres niveles territoriales, y que además de la República, los Estados y Municipios son, por ejemplo, las instituciones autónomas [como PDVSA o PDVSA Petróleo] o las empresas estatales en los tres niveles territoriales.”⁴²

29. En cuanto a mi artículo 2017, debo señalar también que no “reconocí expresamente [la decisión] como derecho vinculante”, como ■ afirma erróneamente (nota 136). En este fallo, el único contenido que puede considerarse “vinculante” es la anulación parcial del Artículo 80 de la Ley Orgánica (que fue el *thema decidendum* del caso y tiene efectos generales *erga omnes*) y, junto con ello, la reafirmación de la Sala Constitucional de que, en el caso de los contratos de interés público nacional celebrados con entidades oficiales extranjeras o empresas extranjeras no domiciliadas en Venezuela, la autorización previa de la Asamblea Nacional es “ineludible”.⁴³

iv. Sentencia N.º 1460 del 12 de julio de 2007 (Procurador General de la República II)

30. ■ afirma erróneamente que en este fallo la Sala Constitucional “confirmó y reafirmó el fallo de *Andrés Velásquez* et al. de que una operación de Deuda Pública puede calificarse como [contrato de interés público nacional] cuando es ejecutada 'por la República con [otros] Estados, entidades oficiales extranjeras o empresas comerciales no domiciliadas en Venezuela'” (párr. 103). De hecho, como se ha examinado en los Párrafos 10 a 12 supra, la decisión del caso de la *Fiscalía General de la República II* presume en realidad que los contratos de deuda pública celebrados por las

nacional y su aprobación legislativa. Carta de Allan R. Brewer-Carías a Godofredo González, Presidente del Senado de Venezuela, (11 de agosto de 1982) en 2, 6, 7.

⁴² Brewer-Carías, *Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del estado en Venezuela*, supra nota 41 en 379.

⁴³ Sentencia N.º 2241, supra nota 33 en 18.

CONFIDENCIAL

entidades descentralizadas de la Administración Pública Nacional son contratos de interés público nacional.⁴⁴

v. Sentencia N.º 618 del 20 de julio de 2016 (*Brigitte Acosta Isis*)

31. Esta sentencia, junto con otras emitidas después de que la oposición ganara el control de la Asamblea Nacional en diciembre de 2015, es totalmente ilegítima y no tiene derecho a reconocimiento o deferencia. Como explico ampliamente en mi informe inicial, desde las elecciones de 2015, la Cámara Constitucional ha actuado en connivencia con el régimen de Maduro para intentar sistemáticamente neutralizar, socavar y, en algunos casos, usurpar los poderes de la Asamblea Nacional, especialmente en relación con su control político y administrativo sobre la Administración Pública Nacional.⁴⁵ Como escribí en mi informe inicial:

“el Tribunal Supremo no actuaba como tribunal de justicia, sino más bien como agente del régimen de Maduro; en otras palabras, como agente del autoritarismo para neutralizar la Asamblea Nacional elegida democráticamente, que ha sido reconocida internacionalmente desde enero de 2019 (incluso por los Estados Unidos) como el único órgano legítimo de la República, elegido democráticamente. Las acciones del Tribunal Supremo de Justicia solo pueden entenderse a la luz de su falta de independencia y autonomía, que es el producto de casi dos décadas de sometimiento político”.⁴⁶

32. Concretamente, la Sentencia de la Sala Constitucional N.º 618 en el caso *Brigitte Acosta Isis* se emitió sin ningún respeto por los derechos del debido proceso. De hecho, la Sala Constitucional ni siquiera notificó el caso a la Asamblea Nacional y no escuchó los argumentos de ninguna de las partes interesadas. La

⁴⁴ El profesor Rafael Badell también señaló que en este caso la Sala Constitucional reiteró la discusión en *Andrés Velázquez et al.* sobre la naturaleza y las características de los contratos de interés público y luego declaró que las operaciones de crédito público realizadas por BANDAGRO, entidad de la Administración Pública descentralizada, constituían contratos de interés público nacional. En este sentido, la Sala Constitucional reconoció que la Administración Pública descentralizada puede celebrar contratos de interés público, en ese caso a través de operaciones de crédito público, y que “para la emisión del acto administrativo correspondiente, en apoyo a la formación de la voluntad del órgano de la administración activa se requiere constitucionalmente la consulta a la Procuraduría General de la República, de conformidad con el Artículo 247 de la Constitución y el Artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”. Ver Rafael Badell Madrid, Discurso en la III Conferencia Académica de Contratación Pública: CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO (29 de junio de 2018) (transcripción disponible en www.badellgrau.com) en 6.

⁴⁵ [Informe inicial, Sección VIII].

⁴⁶ [Informe inicial, párr. 91] (Se omiten las citas internas).

CONFIDENCIAL

sentencia fue emitida, como destacó el profesor Román José Duque Corredor, “en el marco de un *golpe de Estado* permanente contra la Asamblea Nacional” [...] “con el único propósito de obstruir los controles de la Asamblea Nacional”.⁴⁷

33. Aun así, como se establece en el texto de la decisión ilegítima, el *thema decidendum* o “el punto central de la solicitud de interpretación constitucional presentada” no era “*otra cosa que aclarar si el posible contrato de préstamo que el Banco Central de Venezuela suscribirá con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR) podría ser considerado como un contrato de interés público nacional* y, por lo tanto, sujeto a la autorización de la Asamblea Nacional y necesitado de la opinión jurídica de la Fiscalía General”.⁴⁸

34. Fue en el contexto de esta solicitud específica, y no de manera abstracta, que la Sala Constitucional dictaminó que el contrato que debía celebrar el Banco Central no era un contrato de interés público nacional que requería la autorización de la Asamblea Nacional. En otras palabras, esta sentencia no era una “interpretación vinculante” abstracta de efecto general en virtud del Artículo 335 de la Constitución sobre el concepto de contratos de interés público nacional.

35. La sentencia completa de la Sala Constitucional fue:

“el potencial contrato de préstamo que el Banco Central de Venezuela suscribirá con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR), se realiza con la firma de un Contrato Internacional firmado y ratificado por la República Bolivariana de Venezuela (Ley de Aprobación del Convenio Constitutivo del Fondo Latinoamericano de Reservas, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N.º 34172 del 6 de marzo de 1989) y, en consecuencia, no debe ser considerado como un contrato de interés público nacional, por lo que no está sujeto a la autorización de la Asamblea Nacional, ni requiere de la opinión de la Fiscalía General de la República, como órgano asesor del Ejecutivo Nacional, como expresamente lo establece el Artículo 247 de la Constitución”.⁴⁹

⁴⁷ Ver DUQUE CORREDOR, OPINIÓN SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS BONOS 2020 DE PDVSA, *supra* nota 38 en 4.

⁴⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N.º 618 Brigitte Acosta Isis, 20 de julio de 2016 (Venez.) (en adelante, Sentencia N.º 618 del Tribunal Supremo de Justicia) (que se presenta como Ficha 26 en el Primer Informe) en 18.

⁴⁹ *Id.* en 33.

CONFIDENCIAL

36. Contrariamente a lo que se afirma en [REDACTED], la sentencia no contiene ninguna determinación de que “el acuerdo de financiación en cuestión no era un contrato de interés nacional porque la República no era parte” (párr. 104). De hecho, si tal determinación hubiera sido la base de la sentencia, habría sido un asunto muy simple.⁵⁰ Pero en lugar de pronunciarse simplemente sobre el hecho de que el contrato no era un contrato de interés público nacional porque la República no era parte, la Sala Constitucional dedica numerosas páginas de su sentencia a analizar la “singularidad” y las funciones del Banco Central y sus relaciones con los diferentes poderes y ramas del gobierno, concluyendo (entre otras cosas) que es:

“una persona jurídica de Derecho Público, de rango constitucional, dotada de autonomía para el ejercicio de las políticas de su competencia, que no forma parte ni de la Administración Central ni de la Administración funcionalmente descentralizada, sino que, de acuerdo con las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que la regulan y que han sido desarrolladas por la Ley Especial que la rige, forma parte de la llamada Administración con autonomía funcional, la cual constituye un elemento esencial para el cumplimiento de los fines asignados por la ley; por lo que requiere de un arreglo y organización especial, propio y diferente del común aplicable a otros entes públicos o privados”.⁵¹

37. Fue con “[b]ase a estos argumentos de hecho y de derecho” en relación con la “naturaleza única” del Banco Central, incluido el hecho de que no forma parte ni de la Administración Pública centralizada ni de la descentralizada, que la Sala Constitucional se pronunció como lo hizo en el “punto central de la solicitud de interpretación constitucional”.⁵² Así pues, la decisión ni siquiera aborda la cuestión de si los contratos celebrados por entidades como PDSVA y PDVSA Petróleo, que forman parte indiscutiblemente de la Administración Pública descentralizada, pueden calificarse de contratos de interés público nacional. Como ha sostenido el profesor Román José Duque Corredor, la afirmación de la Sala Constitucional de que “la Administración Pública es la que puede celebrar contratos de interés público nacional” se hizo “con el propósito de señalar que el Banco Central de Venezuela no es la Administración Pública Nacional y, por lo tanto, no está sujeto al

⁵⁰ Esta es la razón por la que, al analizar la sentencia de *Brigitte Acosta Isis*, el profesor Rafael Badell Madrid se refirió a los criterios analizados en *Andrés Velázquez* que podrían “parecer que excluyen a la administración pública descentralizada de la celebración de contratos de interés público” como “criterios desestimados”. Ver Badell Madrid, *CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO*, *supra* nota 44 en 7.

⁵¹ Sentencia N.º 618 del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 48 en 29-30.

⁵² *Id.* en 18.

CONFIDENCIAL

mencionado Artículo 150”. Por eso, en palabras del profesor Duque Corredor, se puede deducir de esta decisión que:

“las entidades que forman parte de la Administración con autonomía funcional, están exentas del requisito de autorización o aprobación de los contratos de interés público; y que, por el contrario, las personas jurídicas de derecho público o privado creadas por los titulares del poder organizativo de la Administración Central no lo están [exentas], porque dichas personas forman parte de la Administración Pública Nacional Descentralizada, de la que forman parte las empresas comerciales del Estado”.⁵³

38. Critiqué esta decisión en mi artículo de 2017 mencionado anteriormente, señalando que se emitió como parte de un “activismo judicial restrictivo de las funciones de la Asamblea Nacional” y con el propósito específico de “asegurar la exclusión del control parlamentario sobre contratos de préstamo específicos que celebre el Banco Central”.⁵⁴ Con este propósito, era conveniente que el gobierno redujera el alcance de los contratos de interés público nacional a solo los celebrados por los entes territoriales de derecho público, excluyendo los contratos celebrados por entidades como el Banco Central de Venezuela, lo cual “sigue siendo contrario a lo establecido en la Constitución”.⁵⁵ Así, como escribí en mi artículo de 2017, la Sala Constitucional pretendía “vaciar de contenido” el concepto de contrato de interés público nacional, distorsionando ⁵⁶ completamente un concepto “tan fundamental e importante para el derecho administrativo”.⁵⁷

39. Afortunadamente para los principios del derecho administrativo en Venezuela, esta decisión no estableció ninguna “interpretación vinculante” en virtud

⁵³ Ver DUQUE CORREDOR, OPINIÓN SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS BONOS 2020 DE PDVSA, *supra* nota 38 en 4.

⁵⁴ Brewer-Carías, *La mutación de la noción de contratos de interés público nacional*, *supra* nota 41, en 383. Por ello, el 28 de abril de 2020, la Asamblea Nacional emitió una resolución “ratificando que ninguna de las decisiones emitidas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia desde el 23 de diciembre de 2015 puede ser considerada como una sentencia válida y efectiva, mucho menos vinculante en los términos del Artículo 335 de la Constitución, ya que son el resultado de la composición ilegítima del Tribunal Supremo de Justicia y, además, forman parte de las decisiones políticas dirigidas a dismantelar el orden constitucional en Venezuela” (Artículo primero). Esta resolución se basó en parte en el hecho de que en esas decisiones “el Tribunal Supremo ha contribuido a desconocer los poderes de la Asamblea Nacional” (Considerando 4). Ver Asamblea Nacional, *Acuerdo de rechazo a la decisión de la ilegítima sala constitucional número 59 de 22 de abril de 2020 y de ratificación de la usurpación de la Procuraduría General de la República por Reinaldo Muñoz Pedroza*. (28 de abril de 2020) (Venez.) (en adelante, Resolución del 28 de abril de 2020).

⁵⁵ Brewer-Carías, *La mutación de la noción de contratos de interés público nacional*, *supra* nota 41, en 383.

⁵⁶ *Id.* en 388.

⁵⁷ *Id.* en 389.

CONFIDENCIAL

del Artículo 335 de la Constitución, por lo que la sentencia se aplica únicamente *al contrato de préstamo específico suscrito por el Banco Central de Venezuela y el Fondo Latinoamericano de Reservas*. De una sentencia tan específica y de alcance tan limitado, incluso si fuera legítima, es imposible y erróneo concluir que la Sala Constitucional estableció alguna interpretación general, y mucho menos una “interpretación vinculante”, en relación con cualquier asunto.

C. Ninguna sentencia ha establecido una interpretación general de carácter vinculante respecto del concepto de contratos de interés público nacional

40. [REDACTED] afirma erróneamente que “la Sala Constitucional ha establecido normas y criterios para determinar si un acuerdo es un Contrato de Interés Nacional[,] [y] [c]onforme con la ley venezolana, las sentencias de la Sala Constitucional son definitivas y *vinculantes*” (párr. 54). Contrariamente a lo que afirma [REDACTED], la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia *no* ha establecido ninguna norma o criterio “definitivo y vinculante” para determinar si un acuerdo es un contrato de interés público nacional. Las sentencias de la Sala Constitucional citadas en [REDACTED] en materia de contratos de interés público nacional (N.º 2241 del 24 de septiembre de 2002 (Caso: *Andrés Velázquez et al.*); N.º 1460 del 12 de julio de 2007 (Caso: *Fiscalía General de la República II*); y N.º 618 del 20 de julio de 2016 (Caso: *Brigitte Acosta Isis*)),⁵⁸ *no fueron emitidas* como “interpretaciones vinculantes” del contenido o alcance de ningún principio o disposición constitucional de conformidad con el Artículo 335 de la Constitución venezolana. Por lo tanto, estas sentencias no tienen carácter *vinculante* en virtud de la legislación venezolana con respecto al concepto de contratos de interés público nacional.

41. En Venezuela, al igual que en otros países que siguen el sistema de derecho romano, la doctrina *stare decisis*, que “es particular de los sistemas de derecho común y ajena a los sistemas de derecho romano”,⁵⁹ no tiene aplicación general. Como han explicado los profesores M. Cappelletti y J. C. Adams:

“Según la doctrina angloamericana de *stare decisis*, una sentencia del más alto tribunal de cualquier jurisdicción es vinculante para todos los tribunales inferiores de la misma jurisdicción y, por lo tanto, tan pronto como el tribunal

⁵⁸ Sentencia N.º 2241 del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 33; Sentencia N.º 1460 del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 10; y Sentencia N.º 618 del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 48.

⁵⁹ Como expresé en 1989 en mi libro: ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *JUDICIAL REVIEW IN COMPARATIVE LAW* 198 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2014).

CONFIDENCIAL

ha declarado una ley inconstitucional, ningún otro tribunal puede aplicarla... *stare decisis*, sin embargo, no suele formar parte de los sistemas de derecho romano y, por lo tanto, en estos sistemas, los tribunales no están obligados en general ni siquiera por las decisiones del más alto tribunal”.⁶⁰

42. El profesor Cappelletti desarrolló más tarde el argumento en su libro *Judicial Review in the contemporary world*, cuando escribió:

“Dado que el principio de *stare decisis* es ajeno a los jueces de derecho civil, un sistema que permitiera a cada juez decidir sobre la constitucionalidad de las leyes podría dar lugar a que una ley fuera desestimada como inconstitucional por algunos jueces, mientras que otros la consideraran constitucional y la aplicaran. Además, el mismo órgano judicial, que un día hiciera caso omiso de una ley determinada, podría confirmarla al día siguiente, al haber cambiado de opinión sobre la legitimidad constitucional de la ley”.⁶¹

43. Por lo tanto, como argumenté hace muchos años en mi libro *Judicial Review in Comparative Law* (1989), en el:

“sistema procesal venezolano, la doctrina *stare decisis* no tiene aplicación alguna, siendo los jueces soberanos en sus decisiones, solo sometidos a la constitución y a la ley. Por lo tanto, las decisiones relativas a la inaplicabilidad de una ley considerada inconstitucional en un caso concreto no tienen efectos vinculantes, ni con respecto al mismo juez que puede cambiar su opinión jurídica en otros casos, ni con respecto a otros jueces o tribunales”.⁶²

44. La excepción se da cuando la Sala Constitucional anula un acto legislativo de efecto general *erga omnes*, en cuyo caso la decisión es universalmente vinculante. Salvo en estos casos, las decisiones del Tribunal Supremo (incluidas las emitidas por la Sala Constitucional) no son fuente de derecho y, a menos que una interpretación de la Sala Constitucional de una norma o principio constitucional sea explícitamente declarada de carácter vinculante de conformidad con el Artículo 335 de la Constitución venezolana, las decisiones del Tribunal Supremo no tienen más peso que las interpretaciones de los juristas y otros poderes del Estado.

⁶⁰ Ver *Id.* (citando a Mauro Cappelletti y J.C. Adams, *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations*, 79 HARVARD LAW REVIEW 1207, 1215 (1966)).

⁶¹ Ver *Id.* (citando MAURO CAPPELLETTI, *JUDICIAL REVIEW IN THE CONTEMPORARY WORLD* 58 (1971)).

⁶² Ver *Id.* en 374.

CONFIDENCIAL

45. El Artículo 335 de la Constitución establece que el Tribunal Supremo, a través de todas sus Salas, “será el intérprete supremo y último de la Constitución y velará por la interpretación y aplicación uniforme de la misma”.

Además, en la misma disposición se añade que la Sala Constitucional puede establecer interpretaciones sobre el contenido y alcance de las normas o principios constitucionales con carácter vinculante, para lo cual la Sala Constitucional ha desarrollado al menos dos normas de procedimiento muy importantes para identificar cuáles de sus interpretaciones tienen carácter vinculante de conformidad con el Artículo 355 de la Constitución: i) que el carácter vinculante de la interpretación se indique expresamente en el texto de la sentencia (conocida como “norma de explicitación”); y ii) que la sentencia incluya una orden para su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República (conocida como “norma de publicación”).⁶³

46. Así pues, la Sala Constitucional se ocupa de dos tipos distintos de interpretación constitucional: 1) la “interpretación vinculante” de conformidad con el Artículo 335 de la Constitución (denominada *jurisdatio*), y 2) la interpretación no vinculante que se aplica únicamente a los hechos concretos de que se trata en el caso concreto ante el tribunal (denominada *jurisdictio*).⁶⁴

⁶³ Ruben J. Laguna N. describe estas dos normas como “condiciones complementarias”, escribiendo que “para ser vinculantes, además, [las sentencias de la Sala Constitucional] deben cumplir ciertas condiciones complementarias: 1. Que se indique expresamente el carácter vinculante de la sentencia”; y “2. La necesidad de que la sentencia se publique en la *Gaceta Oficial*”. Francis Marval, *La jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional y el principio iura novit curia*, en 1 MAGISTRA 179, 183 (2008) (citando a Ruben J. Laguna Navas, LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA: SU ROL COMO MÁXIMA Y ÚLTIMA INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN, 233 (Universidad Central de Venezuela ed., 2005)). El profesor Jesús María Casal también ha explicado que cuando se establece una interpretación vinculante de conformidad con el Artículo 335 de la Constitución, “la Sala Constitucional ha establecido expresamente el carácter vinculante de la *ratio decidendi*, y ha ordenado la publicación de la sentencia correspondiente en la *Gaceta Oficial*”. Jesús M. Casal Hernández, *Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional*, en 8 REVISTA DE VENEZOLANA DERECHO CONSTITUCIONAL 193, 215 (2003). Asimismo, he explicado que cuando la Sala Constitucional emite una interpretación vinculante, esto debe ser “expresamente señalado”. Ver Allan R. Brewer-Carías, *Los efectos de las sentencias constitucionales en Venezuela*, en 22 ANUARIO INTERNACIONAL SOBRE JUSTICIA CONSTITUCIONAL 19, 64 (2008).

⁶⁴ Ver, por ejemplo, Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 276 Gerardo Sánchez Chacón, 24 de abril de 2014 (Venez.) (en adelante, Sentencia N.º 276 del Tribunal Supremo de Justicia) en 7. [La Constitución] establece dos tipos de interpretaciones constitucionales, es decir, la interpretación individualizada que contiene la sentencia como norma individualizada [*jurisdictio*], y la interpretación general o abstracta establecida en el Artículo 335, que es una verdadera *jurisdatio*, en el sentido de que declara *erga omnes* y *pro futuro* (*ex nunc*), el contenido y alcance de los principios y normas constitucionales cuya interpretación se solicita mediante la correspondiente acción extraordinaria. La diferencia entre ambos tipos de interpretación es patente y produce consecuencias

CONFIDENCIAL

47. Desde su creación en 2000, la Sala Constitucional ha sido consciente de los dos tipos de interpretación constitucional.⁶⁵ Por ello, la Sala Constitucional ha sido enfática en afirmar una y otra vez desde 2001 que “es evidente que en nuestro ordenamiento jurídico, salvo la doctrina de interpretación constitucional establecida por esta Sala, *la jurisprudencia no es una fuente directa del derecho*”.⁶⁶

48. En una de sus primeras sentencias de interpretación de la Constitución de 1999, la Sala Constitucional explicó que:

“al dictar sentencia sobre un recurso de interpretación de la Constitución, esta Sala precisará, en su caso, *el núcleo de los preceptos*, valores o principios constitucionales, en respuesta a dudas razonables sobre su significado y alcance, originadas en una supuesta antinomia o falta de claridad en los términos cuya inteligencia es pertinente aclarar para satisfacer la necesidad de seguridad jurídica. Consiste principalmente en una *mera declaración, con efectos vinculantes, sobre el núcleo mínimo de la norma estudiada, su finalidad o extensión*, que afectaría a los rasgos o propiedades que se predicán de los términos que conforman el precepto y el conjunto de objetos o dimensiones de la realidad comprendidos en él, cuando son dudosos o poco claros”.⁶⁷

jurídicas decisivas en el ejercicio de la jurisdicción constitucional de esta Sala [...] [L]a eficacia de una norma individualizada se limita al caso resuelto, mientras que la norma general producida por la interpretación abstracta tiene valor *erga omnes* y constituye una verdadera *jurisdatio*... que expresa el contenido constitucional declarado del texto fundamental.

⁶⁵ Ver, por ejemplo, Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 1347 [sobre el alcance del recurso de interpretación constitucional] 11 de noviembre de 2000 (Venez.) en 84 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 269 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2000) donde la Sala explicó que: “Las declaraciones que, sin referirse al núcleo central del debate objeto de la sentencia, afecten a una cuestión colateral relevante para ella, normalmente vinculada al razonamiento jurídico esbozado para resolver la solución del caso, *no serán lógicamente vinculantes*, ni en este ni en ningún otro sentido”.

⁶⁶ Ver Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 31 Alejandro Humberto Sosa vs. Decisión Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, 30 de enero de 2009, en 117 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO. 135 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2009) (citando la Sentencia N.º 856 del Tribunal Supremo del 1 de junio de 2001).

⁶⁷ Ver Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 1415, 22 de noviembre de 2000 (Venez.) en 7; ver también Allan R. Brewer-Carías, *La potestad la Jurisdicción Constitucional de interpretar la Constitución con efectos vinculantes*, en EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE EN EL PERÚ (ANÁLISIS, COMENTARIOS Y DOCTRINA COMPARADA) 10 (ADRUS Editorial ed., 2009) (que se presenta como Ficha 74 en el Primer Informe); Ramón Escovar León, *Límites a la interpretación constitucional*, en 157-158 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 48, 55, 60 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2019); Hernando Díaz Candia, *El principio Stare Decisis y el concepto de precedente vinculante a efectos del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999* en 8 REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL 219, 228 (Sherwood ed., 2003).

CONFIDENCIAL

49. En su Sentencia N.º 276 de 24 de abril de 2014, la Sala Constitucional reconoció que, sobre la base de estos principios:

“La Sala Constitucional ha sido siempre muy cuidadosa en no usurpar con su interpretación, atribuciones de las demás Salas (por ejemplo, el recurso de interpretación de un texto legal); y evitar que esta acción tenga por objeto sustituir recursos procesales preexistentes; o se intente obtener subrepticamente resultados cuasi-jurisdiccionales que vayan más allá del propósito aclarador de este tipo de acción, es decir, que lo que se proponga busque más bien resolver un conflicto concreto entre particulares o entre éstos y organismos públicos, o entre éstos entre sí; o que exista una intención velada de obtener una opinión previa sobre la inconstitucionalidad de una ley”.⁶⁸

50. La “norma de explicitación” ha sido cumplida por la Sala Constitucional desde el principio de su interpretación de la Constitución de 1999. Siempre que la Sala Constitucional ha adoptado o establecido una interpretación vinculante del contenido o alcance de un principio o disposición constitucional, ha declarado *explícitamente el carácter vinculante de la interpretación en el texto de la sentencia*. En consecuencia, una interpretación puede considerarse vinculante *solo cuando* la propia sentencia establece explícitamente su carácter vinculante.⁶⁹

⁶⁸ Sentencia N.º 276 del Tribunal Supremo de Justicia, supra nota 64 en 9.

⁶⁹ Los siguientes casos son ilustrativos: Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 1 Emery Mata Millán vs. varios, 20 de enero de 2000 (Venez.) en 81 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 229-230 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2000) (en el que se establece explícitamente el carácter vinculante de la interpretación de las normas procesales del procedimiento de amparo); Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 2, Domingo G. Ramírez M vs. Varios, 20 de enero de 2000 (Venez.) en 81 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 238 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2000), 2000) (en el que se establece explícitamente el carácter vinculante de la interpretación de las normas de competencia en los procedimientos de amparo contra altos funcionarios); Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 1555, Yoslena Chanchamire B. c./ Instituto Universitario Politécnico Santiago Mariño, 8 de diciembre de 2000, en 84 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 304, 310 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2000), 2000) (en el que se establece explícitamente el carácter vinculante de la interpretación de las normas de procedimiento judicial y la competencia para los procedimientos de amparo); Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 1013 Elías Santana y Asociación Civil Queremos Elegir c. Presidente de la República e Instituto Autónomo Radio Nacional de Venezuela, 12 de junio de 2001 (Venezuela) en 85-88 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 117 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2001) (en la que se establece explícitamente la doctrina vinculante de una interpretación relativa a los artículos 57 y 58 de la Constitución); Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 833, Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao c. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 5 de marzo de 2001, (Venez.) en 85-88 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 369 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2001) (en la que se establece explícitamente el carácter vinculante de una interpretación del artículo 334 de la Constitución en relación con los dos métodos de revisión judicial que existen en Venezuela -el método de revisión judicial concentrado atribuido a la Sala Constitucional y las facultades de revisión judicial

CONFIDENCIAL

51. En cuanto a la “regla de publicidad”, la Sala Constitucional exige la publicación de sus sentencias con interpretaciones vinculantes en la *Gaceta Oficial* de la República, ordenando dicha publicación en el texto de la propia sentencia.⁷⁰

difusa atribuidas a todos los tribunales); Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Venezuela*, 45 DUQUESNE LAW REVIEW 5-6 (2007) (sobre los dos métodos de revisión judicial en Venezuela); Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 2353, Impugnación de la Ordenanza de Impuestos sobre Juegos y Apuestas del Municipio Iribarren del Estado Lara, 23 de noviembre de 2001 (Venezuela) en 85-88 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 374, 387 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2001) (estableciendo explícitamente el efecto vinculante para todos los tribunales de una interpretación sobre la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa en materia de revisión judicial); Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 488, Parque Turístico Desarrollos Río Chico, C.A. vs. Guardia Nacional, 6 de abril de 2001 (Venezuela) en 85-88 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 470, 472 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2001) (en el que se establece explícitamente el carácter vinculante de la interpretación de las normas de apelación en los procedimientos de amparo); Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 332, INSACA c. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (Director de Drogas y Cosméticos), 14 de marzo de 2001 en 85-88 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 483, 492 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2001) (estableciendo explícitamente el carácter vinculante de una interpretación del artículo 28 de la Constitución para que la Sala asuma la facultad exclusiva de decidir asuntos relacionados con las acciones de hábeas data); y Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 1126 Solicitud de revisión constitucional de la sentencia N.º 303 dictada, el 12 de julio de 2011, por la Sala de Casación Civil (Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A.), 3 de agosto de 2012, en 131 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 203 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2012) (indicando expresamente que interpretaba con carácter vinculante el alcance de la responsabilidad civil extracontractual de las compañías aéreas).

⁷⁰ Algunos ejemplos donde la Sala Constitucional ordena la publicación de interpretaciones vinculantes son: Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 1318 Nicolás J. Alcalá R., 2 de agosto de 2001 en 85-88 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 265 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2001) (ordenando que “los Tribunales del Trabajo, al conocer de ahora en adelante situaciones como la planteada en este caso, deberán atenerse a la doctrina contenida en esta sentencia para la efectiva administración de justicia, por lo que *esta sentencia tendrá efectos ex tunc a partir de su publicación, ya que las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes* para las demás Salas de la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales de la República”); Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 2817, Impugnación de varias disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Electoral, 18 de noviembre de 2002 en 89-92 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 174, 175 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2002) (afirmando que la Sala Constitucional “interpretó, con carácter vinculante, la aplicación del Artículo 214 de la Constitución, de manera que se ordena la publicación de esta sentencia en la *Gaceta Oficial* de la República”); Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 1573 Carbonell Thielsen, C.A. v. Revisión de Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, 12 de julio de 2005 en 103 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 109, 114 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2005) (estableciendo una interpretación vinculante con respecto a la cuantía para la presentación de apelaciones de casación (*recurso de casación*) y ordenando la publicación de la sentencia en la *Gaceta Oficial* de la República dado el carácter vinculante de la sentencia para todos los tribunales de Venezuela); Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 1682 Interpretación del Artículo 77 de la Constitución, julio de 2005 en 103 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 124 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2005) (interpretando el Artículo 77 de la Constitución en referencia al matrimonio y afirmando que “*dado el carácter vinculante, según el Artículo 335 de la Constitución, [la Sala] dispone la publicación de esta sentencia en la Gaceta Oficial de la República*”); Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 1379 Gerardo Gil Peña y

CONFIDENCIAL

52. Asimismo, aún dentro de una decisión en la que la Sala Constitucional emite una interpretación vinculante, ésta se limita al *thema decidendum* de la decisión y no “al *dictum* que se refiere a motivaciones marginales, periféricas, circunstanciales o superabundantes, que *no son vinculantes con efectos erga omnes*, ya que estos últimos solo son persuasivos”.⁷¹

53. Conforme con estas normas, y en oposición a las [REDACTED] afirmaciones infundadas, resulta evidente que ninguna de las sentencias judiciales mencionadas en [REDACTED] - principalmente, las sentencias de la Sala Constitucional N.º 2241 del 20 de septiembre de 2002 (Caso: *Andrés Velázquez et al.*), N.º 1406 del 12 de julio de 2007 (Caso: *Fiscalía General de la República*), y N.º 618 del 20 de julio de 2016 (Caso: *Brigitte Acosta Isasis*) — contienen ninguna “interpretación vinculante” de ningún principio o disposición constitucional relativos a los contratos nacionales de interés público, y mucho menos

otros, 29 de octubre de 2009 en 120 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 107-108 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2009) (decidiendo no aplicar el Artículo 177 de la Ley Orgánica sobre Procedimientos Laborales, declarando explícitamente que la interpretación es *vinculante para todos los tribunales venezolanos*, y *disponiendo la publicación de la sentencia en la Gaceta Oficial de la República*); Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 650, Irwin Oscar Fernández Arrieche (Revisión de sentencia), 23 de mayo de 2012 en 130 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 475, 485 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2012) (interpretando la Constitución con respecto a la aplicabilidad del Artículo 104 de la Ley Orgánica Laboral, explícitamente declarando el *carácter vinculante* de la interpretación, y *ordenando la publicación de la sentencia en la Gaceta Oficial de la República*); Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 1005, Ninfa Denis Gavidia vs. Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Miranda, 26 de julio de 2013 en 135 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 89, 90 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2013) (interpretando el plazo para emitir sentencias judiciales, explícitamente declarando el carácter vinculante de la interpretación para todos los tribunales venezolanos, y disponiendo la publicación de la sentencia en la Gaceta Oficial de la República); Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 1063 Alcaldía Del Municipio Autónomo Acevedo Del Estado Miranda, 5 de agosto de 2014 en 139 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 86, 88 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2014) (estableciendo explícitamente el carácter vinculante de los criterios para todos los tribunales venezolanos con respecto al acceso a la justicia en procedimientos judiciales en materia laboral según los Artículos 26 y 257 de la Constitución y *disponiendo la publicación de la sentencia en la Gaceta Oficial de la República*); Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 97 Pedro Alba Linares vs. actuaciones realizadas por el Tribunal Superior Segundo del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, 14 de mayo de 2019 en 157-158 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 323, 325 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2019) (interpretando el Artículo 76 de la Constitución, estableciendo explícitamente el *carácter vinculante de la interpretación*, con efectos *ex tunc* y *ex nunc*, y *disponiendo la publicación de la sentencia en la Gaceta Oficial de la República*).

⁷¹ Ver Escovar León, *Límites de la interpretación constitucional*, supra nota 67 en 48; ver también Díaz Candia, *El principio de 'Stare Decisis' y el concepto de precedente vinculante*, supra nota 67 en 220-221, 227-229 (“la interpretación vinculante establecida por la Sala Constitucional solo puede referir a los principios legales derivados del *thema decidendum* principal” y no puede referir “a simples afirmaciones realizadas por la Sala o cuestiones incidentales, incluso en referencia al contenido o alcance de las normas y principios constitucionales”).

CONFIDENCIAL

ningún requisito de que, para calificar como un contrato de interés público nacional, la propia República deba celebrar un contrato.

54. En estas sentencias no se menciona ninguna interpretación de este tipo que tenga “carácter vinculante”, y ninguna de estas sentencias contiene una orden de publicación en la *Gaceta Oficial* debido a una “interpretación vinculante” de un principio o disposición constitucional.⁷² Dada la falta de tal “interpretación vinculante” en estas sentencias, se deduce que no hay “elementos” necesarios o requeridos de un contrato de interés público nacional como los que erróneamente se “citan” en [REDACTED] (párrs. 88, 130), como se examina más detalladamente a continuación.

D. *Andrés Velázquez et al.* no estableció ningún “criterio requerido adicional” para los contratos de interés público nacional

55. [REDACTED] afirma que el Convenio de emisión y la Garantía prendaria tampoco cumplen al menos dos “criterios adicionales requeridos” para los contratos de interés público nacional supuestamente establecidos por la Sala Constitucional en *Andrés Velázquez, et al.*; específicamente, (i) que “el contrato debe satisfacer el interés de la comunidad nacional” y (ii) que “el contrato debe implicar la asunción de obligaciones a cargo de la República (contra el Tesoro Nacional) durante varios ejercicios fiscales posteriores a aquel en que se celebró el contrato y, por lo tanto, comprometer cantidades de dinero y recursos fiscales de los presupuestos futuros de Venezuela”.

56. Sin embargo, no existen tales “criterios requeridos” porque, como se ha mencionado anteriormente, la Sala Constitucional no ha establecido ninguna interpretación obligatoria de aplicación general en virtud del Artículo 335 de la Constitución en relación con el concepto de contratos de interés público nacional. Como también se ha expuesto anteriormente, en dos casos resueltos después de *Andrés Velázquez et al. (EDELCA y la Fiscalía General de la República II)*, la Sala Constitucional reconoció expresamente que los contratos en cuestión eran contratos de interés público nacional *aunque no fueran celebrados por la República*,⁷³ de lo que

⁷² La Sentencia N.º 2241, del 24 de septiembre de 2002, ordenó su publicación en la *Gaceta Oficial*, pero no porque contenía alguna interpretación constitucional “vinculante”. Más bien, por mandato de los Artículos 119 y 120 de la entonces Ley Orgánica en vigor de la Corte Suprema de Justicia, todas las sentencias que anulaban disposiciones legales de las leyes debían publicarse en la *Gaceta Oficial* dados sus efectos generales. Sentencia N.º 2241 del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 33 en 19. Este mandato reside actualmente en el Artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo actualmente en vigor. Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, art. 32, *Gaceta Oficial N.º 39.522* (1 de octubre de 2010)

⁷³ Como ha señalado el profesor Rafael Badell, “de las sentencias del caso *EDELCA* y el caso *BANDAGRO*, parece que las entidades de la administración pública descentralizada pueden celebrar contratos administrativos e incluso pueden celebrar contratos de interés público en caso de que la contratación comprometa intereses de la República, los estados o los municipios, como entidades

CONFIDENCIAL

se desprende que la asunción de obligaciones por parte de la República a cargo del Tesoro Nacional o la satisfacción del interés de la comunidad nacional tampoco son “requisitos” como afirma [REDACTED]. En efecto, los contratos en cuestión en el caso de la *Fiscalía General de la República II* -pagarés sin garantía emitidos por una empresa pública de la industria agrícola-bancaria- no podrían haber implicado el interés nacional más que la emisión de los Bonos 2020 por la empresa petrolera estatal de Venezuela con una supuesta garantía prendaria de una participación de control en CITGO, uno de los activos más vitales de la industria más vital del país.

57. También cabe señalar que la sentencia de *Andrés Velázquez et al.* no dice nada sobre la asunción de obligaciones durante varios ejercicios fiscales “por parte de la República”, pagaderas “contra [fondos] del Tesoro Nacional”, y comprometiendo los recursos financieros de “los futuros presupuestos de Venezuela”, como se indica en [REDACTED] (párr. 88). Más bien, la sentencia se refiere simplemente a los contratos que “implican la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipula en el curso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquel en que se produjo el objeto del contrato”. Los Bonos 2020, que se emitieron en 2016 con una fecha de vencimiento en 2020, implicaban ciertamente la asunción de obligaciones a lo largo de varios ejercicios fiscales.

E. Las alegaciones de los demandantes no “contradicen” ninguna “interpretación oficial” de la Asamblea Nacional o de la Fiscalía General

58. Según [REDACTED], “Las alegaciones de los demandantes de que los documentos vigentes son Contratos de Interés Nacional también están en desacuerdo con las “interpretaciones oficiales” del término “Contratos de Interés Nacional” por parte de la Asamblea Nacional y la Fiscalía General de Venezuela antes de la ejecución de los acuerdos” ([REDACTED], párr. 122 y ss). Esto es simplemente erróneo. Ni la Asamblea Nacional ni la Fiscalía General de la Nación han interpretado, ni mucho menos “interpretado oficialmente”, el concepto de contratos de interés público nacional requiriendo que la propia República sea parte.

i. La Asamblea Nacional rechazó categóricamente la Garantía prendaria y ha declarado explícitamente que el Convenio de emisión es un contrato de interés público nacional que requiere autorización previa de la Asamblea Nacional.

político-territoriales”. Ver BADELL MADRID, CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO, *supra* nota 44 en 6.

CONFIDENCIAL

59. Como se expone en mi informe inicial, la Asamblea Nacional ha emitido al menos tres resoluciones recientes relativas a los contratos de interés público nacional en general, y en dos ocasiones, tanto antes como después de que se emitieran los Bonos 2020, específicamente en lo que respecta al Convenio de emisión y la Garantía prendaria.⁷⁴

60. La primera resolución de la Asamblea Nacional pertinente a este asunto se aprobó el 26 de mayo de 2016 (antes del anuncio de la oferta de canje).⁷⁵ La resolución se aprobó como reacción a la campaña de Maduro tras las elecciones parlamentarias de 2015 para reducir aún más los poderes constitucionales de la Asamblea Nacional para legislar y controlar las actividades del Gobierno y la Administración Pública. En la misma, la Asamblea Nacional definió los contratos de interés público nacional como *“los relacionados con grandes contrataciones que podrían comprometer seriamente los bienes de la República o exponerla a graves pérdidas o reclamaciones internacionales finalmente perjudiciales para la soberanía e integridad del país, así como los contratos que, por su finalidad, merecen tal calificación”*.⁷⁶

61. Sobre la base de esta interpretación, en la resolución la Asamblea Nacional dispuso que rechazó lo establecido en el artículo 2.5 del Decreto N.º 2323 [de Maduro] del 13 de mayo de 2016, que declaró un Estado de Excepción y Emergencia Económica, con la intención de permitir, de manera inconstitucional, que el Ejecutivo Nacional celebre contratos de interés público sin la aprobación de la Asamblea Nacional.⁷⁷

62. [REDACTED] califica la Resolución de mayo de 2016 como que “confirma que los contratos de interés nacional deben ser celebrados por la República” (párr. 123). Sin embargo, si se lee en su contexto, es evidente que esta Resolución no confirma nada de eso.

63. Como se ha dicho anteriormente, la Resolución de mayo de 2016 se adoptó como reacción a una disposición específica del Decreto N.º 2323, del 13 de mayo de

⁷⁴ Por eso el profesor Rafael Badell ha dicho que: “un argumento más para reconocer que la administración pública descentralizada puede celebrar contratos administrativos que son considerados como contratos de interés público, son las declaraciones de contratos de interés público de la Asamblea Nacional sobre los contratos realizados por una empresa estatal (en este caso, PDVSA)”. *Ver Id.* en 7-8.

⁷⁵ *Ver Asamblea Nacional, Acuerdo sobre el respeto de las facultades propias e intransferibles de la Asamblea nacional sobre los contratos de interés público que suscriba el Ejecutivo Nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela*, (26 de mayo de 2016) (Venez.) (en adelante, *Resolución de mayo de 2016*) (que se presenta como Ficha 11 en el Primer Informe).

⁷⁶ *Id.* en 2.

⁷⁷ *Id.*

CONFIDENCIAL

2016, por el que Maduro declaró el estado de excepción y de emergencia económica y se “autorizó” a sí mismo (de manera inconstitucional) a “aprobar y concertar contratos de interés público... sin estar sujetos a autorizaciones o aprobaciones de los demás poderes del Estado”.⁷⁸ Reconociendo que “el estado de excepción nunca podrá significar la suspensión del estado de derecho, ni interrumpir el funcionamiento de los órganos del poder público o el ejercicio de sus funciones de control”, la Asamblea Nacional rechazó el supuesto intento del decreto de autorizar al propio Ejecutivo Nacional a celebrar contratos de interés público sin la autorización de la Asamblea Nacional.⁷⁹ La Asamblea Nacional resolvió además “recordar que serán absolutamente nulos los contratos de interés público nacional, estatal y municipal que celebre el Ejecutivo Nacional con Estados, entidades oficiales extranjeras y empresas no domiciliadas en Venezuela sin la aprobación de la Asamblea Nacional”.⁸⁰

64. La Asamblea Nacional declaró además que:

“cualquier actividad realizada por *un órgano* que usurpe las funciones constitucionales de otra autoridad pública es nula y será considerada inexistente, y aquellos que dicten o firmen los actos respectivos serán responsables en virtud de la ley”.⁸¹

65. Es evidente que este lenguaje no se limita a la idea de que solo la propia República (es decir, Maduro) pueda celebrar esos contratos. Es imposible deducir de esta Resolución cualquier “interpretación oficial” de la Asamblea Nacional que supuestamente “confirme” que los contratos de interés público nacional “deben ser celebrados por la República”. En ninguna parte de la Resolución se hace referencia a los contratos celebrados “por la República”, y la referencia a los contratos celebrados “por el Ejecutivo Nacional” se entendió en el sentido más amplio posible, refiriéndose no solo a los contratos de interés público “nacionales” sino a todos los “contratos de interés público nacionales, estatales o municipales celebrados por el Ejecutivo Nacional con Estados, entidades y corporaciones extranjeras no domiciliadas en Venezuela”.⁸² Como expliqué en mi informe inicial, todos esos contratos de interés público (nacionales, estatales y municipales), incluidos todos los contratos de esa índole celebrados por corporaciones públicas y empresas estatales,

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Id.* en 3. Al respecto, el profesor Román José Duque Corredor ha opinado que “los contratos sobre la emisión de los Bonos 2020 y la Garantía prendaria del 50,1% sobre Citgo, al ser contratos de interés público nacional celebrados sin autorización de la Asamblea Nacional, son *nulos y sin efecto según la Ley Constitucional venezolana*”. Ver. DUQUE CORREDOR, OPINIÓN SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS BONOS 2020 DE PDVSA, *supra* nota 38 en 2.

⁸¹ *Resolución de mayo de 2016, supra* nota 75 en 3.

⁸² *Id.* en 2.

CONFIDENCIAL

deben presentarse para su autorización a la Asamblea Nacional por el órgano correspondiente del Ejecutivo Nacional, aunque la propia República no sea parte.

66. La resolución de la Asamblea Nacional del 27 de septiembre de 2016, que fue emitida después de que se anunciaron los Bonos 2020, elimina cualquier posibilidad de duda de que la Asamblea Nacional adoptó la posición de que otras entidades distintas de la propia República, como las empresas de propiedad estatal, podían celebrar contratos de interés público nacional.⁸³ En esta resolución, la Asamblea Nacional invocó específicamente el Artículo 187, Sección 9, al solicitar una investigación sobre las transacciones propuestas y rechazó específica y categóricamente la Garantía prendaria.⁸⁴ Como escribí en mi informe inicial:

“Al invocar el artículo 187.9 de la Constitución, la Asamblea Nacional reconoció que los contratos de la operación eran contratos de interés público nacional, ya que el Artículo 187.9 considera únicamente la autorización de dichos contratos por parte de la Asamblea Nacional y, en particular, considera los contratos de interés público nacional celebrados con Estados extranjeros, entidades oficiales extranjeras o empresas no domiciliadas en Venezuela. En los debates previos a la adopción de la resolución, el miembro de la Asamblea Nacional Freddy Guevara declaró enfáticamente que: “esta Asamblea Nacional... no reconocerá ningún *contrato de interés nacional* que no pase por esta Asamblea Nacional”.⁸⁵

67. Como mencioné en mi informe inicial (par. 65), la Asamblea Nacional emitió una “Resolución de rechazo a los contratos de servicios celebrados por PDVSA que permiten a las empresas privadas desarrollar actividades primarias de hidrocarburos” el 8 de enero de 2019⁸⁶ y una “Resolución de denuncia de la inconstitucionalidad de la constitución del fideicomiso 'PDVSA US Litigation Trust' por parte de PDVSA” el 24 de abril de 2018,⁸⁷ declarando que dichos contratos afectaban el interés público y, de acuerdo a los Artículos 150 y 187.9 de la

⁸³ Asamblea Nacional, *Acuerdo sobre la situación financiera actual de Petróleos de Venezuela S.A.* (27 de septiembre de 2016) (Venez.) (en adelante, *Resolución de septiembre de 2016*) (que se presenta como Ficha 15 en el Primer Informe).

⁸⁴ *Id.* en 2.

⁸⁵ [Informe Inicial, párr. 72].

⁸⁶ Asamblea Nacional, *Acuerdo en rechazo a los contratos de servicios suscritos por PDVSA que permiten que empresas privadas actúen en actividades primarias de hidrocarburos* (8 de enero de 2019) (Venez.) (que se presenta como Ficha 17 en el Primer Informe).

⁸⁷ Asamblea Nacional, *Acuerdo para denunciar la inconstitucionalidad de la constitución el fideicomiso “PDVSA US Litigation Trust”, por parte de la sociedad anónima Petróleos de Venezuela*, (24 de abril de 2018) (Venez.) (que se presenta como Ficha 14 en el Primer Informe).

CONFIDENCIAL

Constitución, se requería la autorización previa de la Asamblea Nacional, reconociendo así expresamente que las entidades descentralizadas de la Administración Pública como PDVSA pueden celebrar contratos de interés público nacional.⁸⁸

68. Unos meses más tarde, el 15 de octubre de 2019, antes de que PDVSA incumpliera los Bonos 2020, la Asamblea Nacional emitió una resolución “reiterando la invalidez de los Bonos 2020”.⁸⁹ Después de reiterar sus resoluciones del 26 de mayo y 27 de septiembre de 2016, incluyendo su anterior rechazo de la Garantía prendaria, la Asamblea Nacional declaró que:

“tras las investigaciones realizadas en coordinación con la Fiscalía Especial, se concluyó que el Convenio de emisión de Bonos 2020 es un contrato público nacional que debería haber sido autorizado por la Asamblea Nacional, de conformidad con el Artículo 150 de la Constitución”.⁹⁰

69. Más recientemente, el 7 de abril de 2020, la Asamblea Nacional emitió una “Resolución por la cual ordenó la apertura de una investigación sobre la supuesta venta de la participación accionaria de la empresa Rosneft en empresas mixtas venezolanas”, declarando que:

“todo contrato celebrado entre la *Corporación Venezolana del Petróleo S.A. (CVP)*, como subsidiaria de *Petróleos de Venezuela*, y empresas domiciliadas en el exterior y que constituyan contratos de interés público nacional, deberá ser previamente autorizado por la Asamblea Nacional en el marco del Artículo 150 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, incluyendo aquellos contratos de constitución de empresas mixtas previstos en la Ley Orgánica de Hidrocarburos”.⁹¹

⁸⁸ Como ha destacado el profesor Rafael Badell: “El propio órgano legislativo, encargado constitucionalmente de autorizar la celebración de contratos de interés público nacional (Artículos 150 y 187.9 de la Constitución), ha reconocido la naturaleza de los contratos de interés público de las operaciones realizadas por Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima (PDVSA), empresa del Estado (ente descentralizado de la administración pública nacional), por ser decisivos para la realización de los fines del Estado y comprometer los intereses patrimoniales de la República”. Ver BADELL MADRID, *CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO*, *supra* nota 44 en 8.

⁸⁹ Asamblea Nacional, *Acuerdo que reitera la invalidez del bono PDVSA 2020*, (15 de octubre de 2019) (que se presenta como Ficha 18 en el Primer Informe).

⁹⁰ *Ídem*.

⁹¹ Ver Asamblea Nacional, *Acuerdo que contiene el pliego nacional de conflicto que unifica la lucha por el restablecimiento de la democracia y el rescate de la lucha por el restablecimiento de la democracia y el rescate de todos los derechos humanos, civiles, políticos y económicos del pueblo venezolano* (7 de abril de 2020) en GACETA OFICIAL N.º 20, 22 de abril de 2020 (Venez.).

CONFIDENCIAL

70. En base a todas las resoluciones mencionadas, y en contra de lo expresado en [REDACTED], existe una larga tradición de la Asamblea Nacional de reconocer los contratos celebrados por PDVSA y sus subsidiarias como contratos de interés público nacional que, cuando se celebran con empresas extranjeras no domiciliadas en Venezuela, deben ser autorizados por la Asamblea Nacional de conformidad con los Artículos 150 y 187.9 de la Constitución. Esta interpretación de la Asamblea Nacional ha sido incluso reconocida como la “interpretación original y auténtica”.⁹² Además, la Asamblea Nacional, único gobierno legítimo y reconocido de Venezuela, “rechazó categóricamente” la Garantía prendaria invocando el Artículo 187.9 de la Constitución, y ha declarado expresamente que el Convenio de emisión, que contempla la Garantía prendaria y la emisión de los Bonos 2020, no tiene validez.

ii. La opinión de la Fiscalía General del 7 de agosto de 2006 no respalda las afirmaciones de [REDACTED]

71. [REDACTED] cita una opinión de fecha 7 de agosto de 2006 (párr. 126) en la que se analizaba un determinado contrato comercial con base en supuestos “elementos” de un contrato de interés público nacional referidos en la sentencia de la Sala Constitucional *Andrés Velázquez, et al.*, que se consideraban solo “a modo de orientación para establecer su naturaleza” (pág. 76). Esta opinión, de carácter puramente consultivo y no vinculante en ningún sentido, no puede calificarse como una especie de “interpretación oficial” del concepto de contrato de interés público nacional. La Fiscalía General de Venezuela no tiene competencia para emitir “interpretaciones oficiales” o “interpretaciones vinculantes” en materia de derecho, sino solo opiniones consultivas, tal como lo resolvió la Sala Constitucional en la sentencia N.º 1460 de 12 de julio de 2007,⁹³ citada en [REDACTED] (párr. 103).

F. Los Artículos 226 y 236 de la Constitución venezolana no restringen los contratos de interés público nacional a los contratos celebrados por la propia República

72. [REDACTED] afirma que su errónea interpretación de los precedentes del Tribunal Supremo de Justicia es coherente con los Artículos 226 y 236 de la Constitución venezolana, alegando que “en virtud [de estos artículos] el Presidente de la República, como Jefe del Ejecutivo Nacional, es la única autoridad facultada por la Constitución para celebrar Contratos de Interés Nacional” ([REDACTED], párr. 91, 92, 112, 114, 118, 120, 121).

⁹² Ver BADELL MADRID, CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO, *supra* nota 44 en 4, 15.

⁹³ Sentencia N.º 1460 del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 10.

CONFIDENCIAL

73. El Artículo 226 de la Constitución se limita a declarar que el Presidente de la República es el Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional, y el Artículo 236.14 se limita a atribuir al Presidente ciertas facultades, entre ellas: “Celebrar los contratos de interés nacional *de acuerdo con esta Constitución y la ley*”.⁹⁴ En otras palabras, una de las facultades otorgadas al Presidente es la de celebrar contratos de interés público nacional en nombre de la República *cuando la Constitución y la ley lo permitan*. Los Artículos 226 y 236 no disponen en ninguna parte, como [REDACTED] afirma erróneamente, que el Presidente sea “la única autoridad facultada por la Constitución para celebrar contratos de interés nacional” (párr. 114).

IV. [REDACTED] LA OPINIÓN DE ES CONTRARIA AL PESO ABRUMADOR DE LOS JURISCONSULTOS VENEZOLANOS

74. Sencillamente no es cierto que la principal opinión expresada en [REDACTED] (que los contratos de interés público nacional deben tener como parte a la propia República) haya sido “reiteradamente reafirmada por respetados juristas venezolanos” (párr. 15). La realidad es manifiestamente la contraria. Como lo señalé en mi informe inicial, *la abrumadora mayoría de los jurisprudencias del derecho público venezolano coinciden en que los contratos de interés público nacional incluyen, no solo los celebrados por la República, sino también los celebrados por las empresas públicas nacionales y las empresas estatales nacionales* (párr. 50 y ss.). La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia lo ha reconocido en muchos casos (entre ellos el caso *EDELCA*, el caso de la *Fiscalía General de la República II (BANDAGRO)* y los otros ejemplos mencionados), teniendo en cuenta que, como ya se ha dicho, la Sala Constitucional no ha establecido ninguna “interpretación vinculante” al respecto.

75. El profesor Luis Henrique Farías Mata, citado en [REDACTED] (párr. 168), siempre ha sido enfático en cuanto a que los contratos de interés público nacional incluyen los contratos celebrados por las entidades públicas descentralizadas de la Administración Pública, argumentando que:

“la Constitución no establece distinciones en cuanto al órgano que celebra el contrato: si se trata de un contrato de interés nacional, independientemente del órgano de la Administración Pública venezolana que figure en él como parte, debe, en todos los casos, cumplir con los requisitos establecidos en el mismo”.⁹⁵

⁹⁴ CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999, Arts. 226, 236 (que se presenta como Prueba documental [REDACTED] -32 a [REDACTED])

⁹⁵ Luis Henrique Farías Mata, *La Teoría del Contrato Administrativo en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Venezolanas*, en 2 LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR ANTONIO MOLES

CONFIDENCIAL

76. Del mismo modo, el profesor José Araujo Juárez ha opinado que las empresas estatales “pueden celebrar contratos que pueden calificarse como contratos de interés público y, por lo tanto, sometidos al control del régimen parlamentario establecido en la Constitución”.⁹⁶ En el mismo sentido, el profesor Román José Duque Corredor ha considerado que las empresas estatales, como entidades de la Administración Pública, pueden celebrar contratos de interés público”.⁹⁷ La profesora Margot Y. Huen Rivas también está de acuerdo en que una de las características de los contratos de interés público es que “al menos una *entidad pública* es una de las partes.”⁹⁸ En lo que respecta a los contratos de interés público *nacional* en particular, la profesora Isabel Boscán de Ruesta está de acuerdo en que dichos contratos “son los que celebra la Administración Pública Nacional”.⁹⁹ Además, Luis Britto García ha opinado que “los contratos administrativos o de interés público, son aquellos en los que la *Administración [Pública]*, actuando como tal, que persigue fines de orden público que le corresponde cumplir, celebra un contrato cuyo objeto tiende a cumplir un fin de interés público”.¹⁰⁰

77. Contrariamente a las afirmaciones erróneas en [REDACTED] (párr. 147), el profesor José Melich Orsini no ha afirmado que la República debe ser parte para que un contrato sea considerado un “Contrato de Interés Nacional”. Lo que dijo el profesor Melich, de hecho, es que “lo que tipifica un 'contrato de interés público' es que se trata de un gran contrato celebrado por la *Administración Pública*

CAUBET 935, 974. Debo mencionar que en la traducción de este párrafo del artículo de Farías Mata en la prueba [REDACTED]-94 de [REDACTED], la expresión “no establece distinciones” está mal traducida, e indica el significado opuesto de “establece una distinción”. *Id.* en 974.

⁹⁶ Ver José Araujo Juárez, *Régimen general de derecho público relativo a las empresas del Estado*, en NACIONALIZACIÓN, LIBERTAD DE EMPRESA Y ASOCIACIONES MIXTAS 191, 229 (2008) (que se presenta como Ficha 35 en el Primer Informe). El profesor Araujo Juárez también expresó su opinión en su libro:

⁹⁷ Ver DUQUE CORREDOR, OPINIÓN SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS BONOS 2020 DE PDVSA, *supra* nota 38 en 4.

⁹⁸ Ver Huen Rivas, *International Arbitration in Administrative Contracts (Arbitraje Internacional en Contratos Administrativos)*, *supra* nota 17 en 404.

⁹⁹ Ver Isabel Boscán de Ruesta, *La Información de Jurisdicción en los Contratos de Interés Público*, en 14 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 23, 38 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 1983).

¹⁰⁰ Ver Juan Carlos Balzán Pérez, *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 2 VIII JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO 293, 308 (Fundación Estudios de Derecho Administrativo ed., 2005) (citando a Luis Britto García, *Régimen Constitucional de los Contratos de Interés Públicos*, en 50 REVISTA DE CONTROL FISCAL Y TECNIFICACIÓN ADMINISTRATIVA 89-90 (1968).

CONFIDENCIAL

nacional”,¹⁰¹ sin mencionar ninguna entidad pública específica dentro de la Administración Pública centralizada o descentralizada a nivel nacional.

78. En el caso del profesor Jesús Caballero Ortiz, es completamente ilegítimo tratar de deducir de un argumento marginal relacionado con la “Cláusula Calvo” (afirmando que en los contratos públicos la República no puede ser considerada como parte privada)¹⁰² que él habría “apoyado” el argumento de que un contrato de interés público nacional debe tener como parte a la República (██████████, párr. 93). Una lectura atenta del citado artículo de Caballero del año 2001 revela que en ninguna parte de su análisis de los contratos de interés público aborda qué órganos o entidades específicas pueden o no pueden celebrar tales contratos. Simplemente analiza los contratos de interés público desde un punto de vista sustantivo con respecto al régimen de autorización y/o aprobación de dichos contratos por parte de la Asamblea Nacional, y de ninguna manera restringe el concepto de contratos de interés público nacional a los contratos celebrados por la República, como afirma ██████████ erróneamente. Por el contrario, el Profesor Caballero opina desde 1982 que los contratos de interés público nacional incluyen no solo los contratos en los que la República es parte, sino también los contratos celebrados por entidades descentralizadas de la Administración Pública, refiriéndose específicamente a “empresas públicas, entidades de derecho público” (instituciones autónomas o corporaciones públicas).¹⁰³

79. En cuanto al profesor Rafael Badell, no “afirma que para que los contratos se califiquen como Contrato de Interés Nacional, la entidad que asume la obligación derivada del contrato tiene que ser la República”, como se afirma en ██████████ (párr. 101). En efecto, en el mismo artículo de 2004 al que se refiere ██████████,¹⁰⁴ el profesor Badell reconoce expresamente que los contratos de interés público pueden ser celebrados por entidades de la Administración Pública descentralizada

¹⁰¹ Ver José Melich Orsini, *La Noción de Contrato de Interés Público*, en 7 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 62 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 1981) (que se presenta como Prueba documental ██████████ 85 a ██████████).

¹⁰² Jesús Caballero Ortiz, *Los Contratos Administrativos, los Contratos de Interés Público y los Contratos de Interés Nacional en la Constitución de 1999*, en I ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, LIBRO HOMENAJE A LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA 154 (2001) (que se presenta como Ficha 110 en el Primer Informe).

¹⁰³ Ver JESÚS CABALLERO ORTIZ, LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN EL DERECHO VENEZOLANO 333-334 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 1982); ver también JESÚS CABALLERO ORTÍZ, INSTITUTOS AUTÓNOMOS 206-207 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 1995).

¹⁰⁴ Rafael Badell Madrid, *Sobre la Inmunidad de Jurisdicción y la Procedencia de Cláusulas Arbitrales en los Contratos de Interés Público Nacional*, en 2 CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO HOMENAJE AL PROF. LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA 159-60 (2006) (que se presenta como Prueba documental ██████████ -70 a ██████████).

CONFIDENCIAL

“si afectan directamente al interés de la República como entidad territorial, o de los Estados o Municipios” (págs. 159 y 160), por lo que “los contratos firmados por empresas públicas pueden ser considerados como contratos de interés público nacional, cuando los intereses nacionales que corresponden a la República se ven directamente afectados”.¹⁰⁵ En apoyo de esta propuesta, el profesor Badell cita el caso *EDECLA* antes¹⁰⁶ mencionado, en el que la Sala Constitucional *reconoció expresamente que los contratos celebrados por una empresa pública eran contratos de interés público nacional*. Más recientemente, el profesor Badell ha sido enfático al afirmar que los contratos de interés público nacional son “contratos celebrados por el Estado, a través de sus entidades territoriales (República, Estados o Municipios), e incluso su administración funcionalmente descentralizada (empresas estatales, institutos autónomos, asociaciones civiles, fundaciones)”,¹⁰⁷ y que “los contratos de interés público incluyen los celebrados por la administración pública, tanto centralizada como territorial o funcionalmente descentralizada; lo que significa que esta categoría incluye aquellos contratos de interés público que han sido celebrados por institutos autónomos, *empresas estatales*, fundaciones y otras entidades estatales de derecho público o privado”.¹⁰⁸

80. Aparte de Eloy Lares Martínez, citado en [REDACTED] (párr. 93), quien afirmó que “los contratos de interés nacional son contratos administrativos *celebrados por la Administración Pública Nacional*”, pero luego adoptó una posición contradictoria sin explicación alguna,¹⁰⁹ no conozco a *ningún otro estudioso del derecho público venezolano que sostenga la opinión expresada en [REDACTED] a este respecto*.

V. [REDACTED] **LAS “CONSIDERACIONES ADICIONALES”
NO APOYAN SU CONCLUSIÓN ERRÓNEA Y ATÍPICA DE QUE**

¹⁰⁵ (se agrega énfasis). Rafael Badell ha opinado en otras de sus obras, en el mismo sentido que los contratos de interés público no son únicamente los celebrados por la República, los Estados y los municipios, sino también los celebrados por la “administración descentralizada funcional” si afectan el interés de las entidades territoriales y, en particular, los “celebrados por empresas de propiedad estatal, cuando afectan de manera directa el interés nacional asignado a la República”. Ver Rafael Badell Madrid, *Contratos de interés público nacional*, en 19 REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO 7, 9 (Editorial Sherwood ed., 2005) (que se presenta como Ficha 102 en el Primer Informe).

¹⁰⁶ Sentencia N.º 953 del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 4 en 14.

¹⁰⁷ Ver BADELL MADRID, CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO, *supra* nota 44 en 3, 4.

¹⁰⁸ *Ídem*, p. 5.

¹⁰⁹ Eloy Lares Martínez, *Contratos de Interés Nacional*, en 1 LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR ANTONIO MOLES CAUBET 117, 137 (1981) (que se presenta como Prueba documental [REDACTED]-65 a [REDACTED]).

CONFIDENCIAL

SOLO LA PROPIA REPÚBLICA PUEDE CELEBRAR CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL

A. La afirmación de [REDACTED] de que PDVSA y PDVSA Petróleo operan efectivamente como corporaciones independientes es contrario a la ley venezolana y a los hechos en el momento de la oferta de canje

81. Para reforzar su atípica y errónea afirmación de que solo la propia República puede celebrar un contrato de interés público nacional, [REDACTED] intenta crear la ilusión de que PDVSA y PDVSA Petróleo operaban efectivamente como empresas privadas y, como tales, naturalmente quedarían fuera de la definición de “República” (párr. 28-42). Luego de citar erróneamente el Artículo 103 de la Ley Orgánica de la Administración Pública,¹¹⁰ y también después de citar erróneamente uno de mis libros,¹¹¹ concluye entonces que, como resultado de su condición de “Sociedad Anónima del Estado” (empresa estatal, que según él está en igualdad de condiciones con las sociedades privadas), “cualquier límite a la capacidad jurídica debe derivarse de una norma jurídica explícita que establezca la misma” (párr. 41). Citando erróneamente el Artículo 108 de la Ley Orgánica de la Administración Pública¹¹² y

¹¹⁰ El Artículo 103 de la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone que: “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”. Ley Orgánica de la Administración Pública, Art. 103, *Gaceta Oficial No. 6.147* (17 de noviembre de 2014) (que se presenta como Ficha 9 en el Primer Informe). No se hace referencia a “las corporaciones estatales y las corporaciones privadas en pie de igualdad para asumir la competencia justa entre los dos”, como se indica en [REDACTED] (párr. 40).

¹¹¹ En mi libro Allan R. Brewer-Carías, *RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN VENEZUELA* (1980) (que se presenta como Prueba documental -29 de), de manera muy diferente a la sugerida en [REDACTED] (párr. 40), expresé en la misma página que, debido a la aplicación a dichas empresas estatales del derecho público, como las leyes que se refieren a cuestiones presupuestarias y de deuda pública, las empresas estatales “están sujetas a un régimen muy similar al establecido en dicha ley para las instituciones [estatales] autónomas” (pág. 39).

¹¹² El Artículo 108 de la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone que: “Las empresas del Estado se registrarán 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 registrarán por la legislación laboral ordinaria”. Ley Orgánica de la Administración Pública, Art. 108, *Gaceta Oficial No. 6.147* (17 de noviembre de 2014) (que se presenta como Prueba documental [REDACTED]-20 a [REDACTED]). No hay ninguna frase que exprese que “Como cualquier otra *sociedad anónima*, la regla general es que los negocios de las Sociedades Anónimas del Estado están sujetos al derecho privado, no al derecho público venezolano”, como se expresa en [REDACTED] (párr. 42). Por el contrario, la disposición deja claro que dichas empresas estatales están sujetas al derecho privado (legislación ordinaria) y *al derecho público (administrativo)* según lo establecido en la misma Ley Orgánica y demás leyes aplicables.

CONFIDENCIAL

otros de mis libros,¹¹³ también afirma erróneamente que “la regla general es que los negocios de las Sociedades Anónimas del Estado están sujetos al derecho privado, no al derecho público venezolano” (párr. 42). Por el contrario, la esencia de las empresas estatales es que están sujetas a un régimen jurídico mixto, combinando siempre el derecho público y el derecho privado.¹¹⁴

82. Por lo tanto, la idea de que las empresas estatales, como PDVSA y PDVSA Petróleo, operen en igualdad de condiciones con las empresas privadas no tiene sentido alguno. Ignora por completo el hecho de que las “empresas estatales”, a diferencia de las empresas privadas, también están sujetas al derecho público. Como expliqué en mi informe inicial:

“La Administración Pública está compuesta por la 'Administración Pública Central' y la 'Administración Pública Descentralizada'. De acuerdo con la Constitución venezolana (artículo 242) y la Ley Orgánica de Administración Pública (artículos 59-61), la Administración Pública Central Nacional está formada por los órganos del propio gobierno, como los diversos ministerios gubernamentales. La Administración Pública Nacional Descentralizada, por otro lado, está formada por entidades como empresas públicas y empresas

¹¹³ En ninguna parte de mi libro, Allan R. Brewer-Carías, DERECHO ADMINISTRATIVO, citado en [REDACTED] (párr. 42) ([REDACTED]-39), he expresado que “la regla general es que los negocios de las Corporaciones del Estado están sujetos al derecho privado, *no al derecho público venezolano*”. Por el contrario, y de una manera muy diferente a la sugerida en [REDACTED] (párr. 42), en la página citada (p. 439), escribí que: “Al ser entidades jurídicas de derecho privado, las empresas estatales se rigen por la legislación ordinaria, en particular la establecida en el Código de Comercio, salvo lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública. En el caso de las empresas estatales creadas por la legislación nacional, también deben regirse por la legislación ordinaria, salvo lo dispuesto en la ley (Art. 106). Además, es evidente que la consecuencia de que una persona jurídica de derecho privado sea considerada legalmente como empresa estatal, independientemente de la actividad económica que realice, es que, además de regirse por el régimen establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública y en el Código de Comercio respecto del régimen de las sociedades anónimas, está sujeta al régimen jurídico de los organismos públicos o del sector público. Por lo tanto, estas sociedades, en principio, están sujetas a las normas sobre el régimen presupuestario, sobre el crédito público y, en general, sobre la Administración Financiera contenidas en la Ley Orgánica de Administración Financiera, como las relativas a la salvaguarda de los bienes públicos contenidas en la Ley contra la Corrupción, y las relativas a la gestión y administración del sector público, como las normas de control fiscal, y las normas de contratación administrativa, tanto sobre la selección de los contratistas como sobre las cláusulas de las condiciones generales”. ALLAN R. BREWER-CARIÁS, DERECHO ADMINISTRATIVO (2005) 439 (que se presenta como Prueba documental [REDACTED]-39 a [REDACTED]). (pág. 439).

¹¹⁴ Desde 1968, me he referido a esta tendencia de un régimen mixto de derecho privado y público para las empresas estatales como una tendencia general del derecho comparado resultante de la presencia del Estado como accionista en una empresa formalmente comercial. Ver ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIÁS, LES ENTERPRISES PUBLICQUE EN DROIT COMPARE [EMPRESAS PÚBLICAS EN DERECHO COMPARADO] 77 (1968).

CONFIDENCIAL

comerciales de propiedad estatal como PDVSA y PDVSA Petróleo, las que, si bien no forman parte directamente del gobierno mismo, están estrechamente relacionadas con él, se anexan a sus ministerios gubernamentales correspondientes y se someten al derecho público y privado.¹¹⁵

83. En el caso de PDVSA en particular, hay que recordar que esta empresa estatal no fue creada, como suelen ser otras entidades estatales, por decisión del Ejecutivo para formar una sociedad según el Código de Comercio con el fin de dedicarse a algún negocio en particular. Más bien, PDVSA fue creada como resultado de la nacionalización de la industria petrolera venezolana en 1975 de acuerdo con la *Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de Hidrocarburos*.¹¹⁶ En esa Ley Orgánica, el Poder Legislativo “reservaba” dichos sectores económicos “al Estado” disponiendo en su Artículo 5 que “el Estado” debía realizar “las actividades reservadas, directamente por el Ejecutivo Nacional o a través de entidades de su propiedad”.¹¹⁷ Para ello, el Artículo 6 de la Ley Orgánica ordenó al Ejecutivo Nacional crear “con la forma jurídica que estime conveniente, las empresas que estime necesarias para el desempeño regular y eficiente” de las actividades reservadas.¹¹⁸ La disposición también autorizaba al Ejecutivo Nacional a “asignar a una de las empresas las funciones de coordinación, supervisión y control de las actividades de las demás, asignándole la propiedad de las acciones de cualquiera de ellas”.¹¹⁹ Según el Artículo 7 de la misma Ley Orgánica, dichas empresas “se regirán por la Ley Orgánica y su Reglamento, por sus propios estatutos, por la disposición que dicte el Ejecutivo Nacional y por la ley ordinaria que pueda aplicarse”.¹²⁰

84. Este fue el origen de PDVSA, que luego fue creada por el Ejecutivo Nacional mediante el Decreto N° 1123 del 30 de agosto de 1975¹²¹ como “una empresa estatal, con la forma de *sociedad anónima*, que cumplirá y ejecutará la política que dicte el Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio de Minas e Hidrocarburos en materia de hidrocarburos” (Art. 1). En consecuencia, como expresé en 1985, no hay duda de que la “intención del Legislativo era organizar la

¹¹⁵ Informe Inicial, párr. 33.

¹¹⁶ GACETA OFICIAL No 1769 (29 de agosto de 1975) (que se presenta como Prueba documental [REDACTED] -09 a [REDACTED]).

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ Allan R. Brewer-Carías, *Consideraciones sobre el régimen jurídico-administrativo de Petróleos de Venezuela S.A.*, en 67 REVISTA DE HACIENDA 79, 83 (1977) (citando a la *Gaceta Oficial* N°. 1770 del 30 de agosto de 1975).

CONFIDENCIAL

Administración Nacionalizada del Petróleo, a través de empresas estatales (entidades o personas estatales), con la forma de sociedades mercantiles y por lo tanto con un régimen mixto de derecho público y derecho privado”.¹²² Por lo tanto, como también escribí en 1985:

“PDVSA es una empresa del Estado, de su entera propiedad y que responde a las políticas que dicta, y como tal, está integrada en la organización general de la Administración del Estado, como un ente administrativo descentralizado, pero con la forma de sociedad comercial, es decir, de una persona de derecho privado”.¹²³

85. En este mismo sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en la Sentencia N.º 464 del 18 de marzo de 2002, explicó que:

“Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas subsidiarias tienen un régimen jurídico que les permite diferenciarse claramente, no solo de la Administración Pública centralizada y de los institutos autónomos, sino también de las demás empresas estatales. Por lo tanto, esta Sala debe concluir que la identificación de la naturaleza jurídica de dichas empresas como personas del Estado con la forma jurídica de derecho privado, indudablemente, como consecuencia, plantea que el régimen jurídico que les es aplicable es un régimen mixto, tanto de derecho público como de derecho privado, aunque sea predominantemente de derecho privado, por su forma, pero no exclusivamente, ya que su íntima relación con el Estado, las somete a las normas imperativas de derecho público dictadas para la mejor organización, funcionamiento y control de la ejecución de la Administración Pública, por los órganos que se integran a ella o contribuyen al cumplimiento de sus obligaciones”.¹²⁴

86. Por lo tanto, PDVSA es una empresa estatal que, contrariamente a lo que se afirma en [REDACTED] (párr. 33 y ss.), se diferencia de todas las demás empresas estatales, no solo porque es la única empresa estatal que ha sido constituida en el artículo 303 de la Constitución de 1999, habiéndole asignado

¹²² Ver Allan R. Brewer-Carías, *El carácter de Petróleos de Venezuela, S.A. como instrumento del Estado en la industria petrolera*, en 23 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 77, 80 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 1985) (que se presenta como Ficha 54 en el Primer Informe).

¹²³ *Ídem.* en 81.

¹²⁴ Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 464 Interpretación del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de fecha 30 de enero de 2000, mediante el cual se suspende por 3 días la negociación de la Convención Colectiva del Trabajo, en 89-92 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 219 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2002) (que se presenta como Ficha 22 en el Primer Informe).

CONFIDENCIAL

directamente “el manejo de la industria petrolera”, sino también, como también señalé en 1985, porque:

“muy pocas empresas estatales están sujetas, sin restricciones, 'a las disposiciones dictadas por el Ejecutivo Nacional, ya que es PDVSA la que abre un amplio margen de aplicación de las normas de derecho público a la empresa, mediante actos administrativos unilaterales, sin necesidad de acudir a fórmulas societarias, como la Asamblea de Accionistas, por ejemplo, así como la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional dicte las instrucciones necesarias”¹²⁵.

87. PDVSA es, pues, un instrumento del Estado venezolano creado para administrar la industria petrolera nacionalizada,¹²⁶ por lo que en la cláusula segunda de sus estatutos se establece desde 1975 que:

“El cumplimiento del objeto social debe ser realizado por la empresa *según los lineamientos y políticas que el Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Energía y Minería establezca o disponga* de acuerdo a las facultades conferidas por la Ley.

Las actividades que para tal efecto realice la empresa *estarán sujetas a las normas de control que establezca dicho Ministerio en ejercicio de la competencia que le confiere el Artículo 7 de la Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de Hidrocarburos*”¹²⁷.

88. En consecuencia, PDVSA no es una empresa estatal normal y, contrariamente a lo que se afirma en ■■■■, no se “rige en gran medida” por el derecho privado (párr. 33). Por el contrario, se rige en gran medida por el derecho público, siendo, como calificó la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, la “principal empresa estatal del Estado venezolano, dedicada a la actividad petrolera a nivel nacional, cuyas acciones son propiedad al cien por ciento (100%) del mismo”¹²⁸. Como instrumentos del Estado

¹²⁵ Ver Brewer-Carías, *The character of Petróleos de Venezuela S.A. as instrument of the State in the Oil Industry (El carácter de Petróleos de Venezuela S.A. como instrumento del Estado en la Industria Petrolera)*, *supra* nota 122 en 82.

¹²⁶ Por eso, como ha escrito el profesor Román J. Duque Corredor, PDVSA es “una empresa estatal que cumple funciones de interés público nacional de acuerdo con el Artículo 303 de la Constitución”. Ver DUQUE CORREDOR, *OPINIÓN SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS BONOS 2020 DE PDVSA*, *supra* nota 38 en 3.

¹²⁷ Ver, por ejemplo, los Estatutos de PDVSA, reformados por el Decreto N.º 2184, GACETA OFICIAL N.º 37.588 (10 de diciembre de 2002).

¹²⁸ Sala Político Administrativa, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 416 PDVSA Petróleo y Gas, S.A. y Sindical Unión de Trabajadores Petroleros, Petroquímicos, de los Hidrocarburos y sus Derivados

CONFIDENCIAL

venezolano para el manejo de la industria petrolera, PDVSA y PDVSA Petróleo no solo pueden celebrar contratos administrativos, sino también contratos de interés público nacional que, si se celebran con empresas extranjeras no domiciliadas en Venezuela, deben ser autorizados por la Asamblea Nacional de acuerdo con los Artículos 150 y 187.9 de la Constitución, y especialmente si dichos contratos afectan las acciones de una subsidiaria como CITGO, que es un activo estratégico crítico de la industria petrolera venezolana.

89. Además de ser PDVSA el principal instrumento del Estado para el manejo de la industria petrolera y parte integral de la Administración Pública Nacional, al momento de la Oferta de Canje, el Presidente de PDVSA, Eulogio Del Pino, se desempeñaba simultáneamente como Ministro de Petróleo y Minería, órgano del Ejecutivo Nacional encargado de ejercer el control sobre PDVSA (tal como se establece en la Ley Orgánica de la Administración Pública y en el Artículo 2, Cláusula 3 del Estatuto de PDVSA). Por lo tanto, no existe una forma confiable de diferenciar las acciones del órgano del Ejecutivo Nacional encargado de dirigir a PDVSA de las acciones de la propia PDVSA, particularmente en lo que respecta a la decisión de celebrar el Convenio de emisión y la Garantía prendaria,¹²⁹ que son indudablemente contratos de interés público nacional, sin autorización previa de la Asamblea Nacional.

B. La Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público no exime de la autorización previa de la Asamblea Nacional a los contratos de deuda pública celebrados con contrapartes extranjeras/no domiciliadas a nivel nacional

90. [REDACTED] también alega que su opinión errónea de que el Convenio de emisión y Garantía prendaria no son contratos de interés público nacional se apoya en la consideración adicional de que, según él, el Convenio de emisión y la Garantía prendaria, al ser “acuerdos financieros”, están exentos de la autorización de la

UNAPETROL - v. Dirección de Inspectoría Nacional y Otros Asuntos Colectivos del Trabajo del Sector Privado, 4 de mayo de 2004 (Venez.) (en adelante, Sentencia N.º 416 del Tribunal Supremo de Justicia) en 22.

¹²⁹ Como ha opinado el profesor Román José Duque Corredor, el Convenio de emisión y la Garantía prendaria “tienen todos los elementos para ser considerados como contratos de interés público nacional. En efecto, fueron celebrados por dos empresas estatales, es decir, PDVSA y PDVSA Petróleo; esos contratos dieron como garantía la participación de control sobre el activo más importante del Estado venezolano en el exterior, como es Citgo, que no son contratos del curso ordinario de los negocios de PDVSA; y esos contratos fueron celebrados con empresas domiciliadas en el exterior, es decir, el Agente Fiduciario y el Agente Colateral”. Ver DUQUE CORREDOR, OPINIÓN SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS BONOS 2020 DE PDVSA, *supra* nota 38 en 1.

CONFIDENCIAL

Asamblea Nacional por la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público (■, párr. 159 y ss.). Esta afirmación es totalmente incorrecta.

91. No cabe duda que el Artículo 101.4 de esta Ley Orgánica exime a los contratos de deuda pública de PDVSA y otras empresas estatales del sector hidrocarburos de la exigencia de la Ley Orgánica de autorización de la Asamblea Nacional para sus contratos de interés público (párr. 159, 162, 163). Sin embargo, dichos contratos de deuda pública siguen estando sujetos a la autorización de la Asamblea Nacional en virtud de los Artículos 150 y 187.9 de la Constitución venezolana si se van a celebrar con estados extranjeros, entidades oficiales extranjeras o empresas extranjeras no domiciliadas en Venezuela. En la ya referida Sentencia N.º 2441 del 24 de septiembre de 2002 (caso *Andrés Velázquez et al.*), la Sala Constitucional anuló parcialmente el Artículo 80 de la Ley Orgánica precisamente porque, tal como estaba redactado originalmente, podía interpretarse que permitía al Ejecutivo Nacional celebrar contratos con Estados extranjeros, entidades oficiales extranjeras o empresas extranjeras no domiciliadas en Venezuela sin la autorización de la Asamblea Nacional, lo cual está prohibido constitucionalmente. Aunque este fue el núcleo de la decisión de la Cámara Constitucional, es completamente ignorado en ■■■■■. Por otra parte, aunque los contratos de deuda pública que celebre PDVSA están exentos del requisito de autorización de la Asamblea Nacional impuesto por la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, esta excepción nunca podrá extenderse a las disposiciones contractuales que tengan por objeto establecer garantías o pignoraciones sobre bienes nacionales, lo cual no solo está prohibido en la misma Ley Orgánica (Artículo 105)¹³⁰, sino que tampoco está exento de control legislativo en virtud de la Constitución.

92. Por último, observo que el Artículo 101 de la Ley Orgánica, que contiene la exención de la deuda pública, no fue “confirmado” en la decisión de la Sala Constitucional de 2016 sobre *Bridgitte Acosta*, como ■■■■■ afirma erróneamente (párr. 165). En ese caso no se impugnó ninguna disposición de la Ley Orgánica y no se anuló ni “confirmó” ninguna disposición de ninguna ley.

C. El Convenio de emisión y la Garantía prendaria son incuestionablemente “contratos administrativos”

93. Una consideración adicional en la opinión errónea de ■■■■■ es que el Convenio de emisión y la Garantía prendaria no califican como “contratos administrativos” y, por lo tanto, no pueden ser contratos de interés público nacional

¹³⁰ Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, Art. 105, *Gaceta Oficial N.º 6.154* (19 de noviembre de 2014) (que se presenta como Ficha 4 en el Primer Informe).

CONFIDENCIAL

([REDACTED] , párr. 166 y ss.). Esto es totalmente incorrecto y solo sirve para generar una confusión innecesaria.

94. Como muchos estudiosos venezolanos, he estudiado el tema de los contratos administrativos durante muchos años, comenzando con mis primeros escritos sobre derecho administrativo en 1964.¹³¹ Coincido con la opinión expresada por todos los principales expertos en derecho administrativo venezolano, como se destaca en [REDACTED] (párr. 168), de que el concepto de “contrato de interés público nacional” en el derecho constitucional equivale al concepto de “contrato administrativo” tal como se ha desarrollado en los últimos decenios en el derecho administrativo, en el que la cuestión era de jurisdicción —si un determinado contrato estaba sujeto a la jurisdicción de los tribunales de derecho administrativo o de los tribunales civiles ordinarios. Esta ha sido también la opinión del más alto tribunal de Venezuela, como declaró la ex Corte Suprema de Justicia en su sentencia del 17 de agosto de 1999 (Caso: *Apertura Petrolera: Simón Muñoz Armas et al. Cláusulas de impugnación de la Resolución del Congreso de 4 de julio de 1995*), a la que se hace referencia en [REDACTED] (párr. 172), en la que se identificaron los contratos de interés público con los contratos administrativos.¹³²

95. Ignorando la evolución del derecho administrativo venezolano y citando sentencias judiciales obsoletas, [REDACTED] afirma que, “[c]onforme con el derecho venezolano, los contratos pueden ser caracterizados como contratos administrativos cuando la Administración Pública es parte en el acuerdo y se cumple uno de dos requisitos adicionales: i) el objeto del contrato debe ser una actividad de 'servicio público' o de 'interés general' o ii) se otorga a la Administración Pública facultades exorbitantes para tomar decisiones derivadas de la autoridad soberana del Estado (*ius imperium*)”, en particular, “la facultad de, entre otras cosas, interpretar, modificar e incluso rescindir unilateralmente el contrato”. (párr. 171). Según [REDACTED], el Convenio de emisión y la Garantía prendaria no son “contratos administrativos” (y por lo tanto no son contratos de interés público nacional) porque no se relacionan con una actividad de “servicio público” o “interés general” ni otorgan a PDVSA y PDVSA Petróleo “facultades exorbitantes”.

¹³¹ ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS, LAS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA 162-163, 171-172 (1964) (que se presenta como Prueba documental [REDACTED] 93 a [REDACTED]); Allan R. Brewer-Carías, *La Evolución del Concepto de Contrato Administrativo*, en 1 LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR ANTONIO MOLES CAUBET 63 (1981) (que se presenta como Prueba documental 100 a [REDACTED]).

¹³² Brewer-Carías, *El caso de la apertura del petróleo*, *supra* nota 16 en 319.

CONFIDENCIAL

96. La afirmación de [REDACTED] de que el propósito del Convenio de emisión y la Garantía prendaria no es de “interés general” es tan obviamente errónea que no vale la pena discutirla en detalle. En efecto, todos los contratos de deuda pública de las entidades de la Administración Pública son de “interés general”, y esto es especialmente cierto en el caso del Convenio de emisión y la Garantía prendaria, que afectan de manera decisiva al activo extranjero más importante de la industria petrolera estatal de Venezuela, una industria que es indiscutiblemente vital para la supervivencia económica de la nación. En cuanto a la importancia de la industria petrolera en Venezuela y de PDVSA en particular, basta destacar la observación de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de que la industria petrolera “tiene un impacto directo en el régimen socioeconómico del Estado venezolano, tal como lo establecen expresamente los Artículos 299, 302 y 303 de la Constitución” y que PDVSA es:

“la principal empresa del Estado venezolano dedicada a las actividades de exploración, explotación, distribución, transporte, industrialización, comercialización, refinación y venta de hidrocarburos a nivel nacional; lo cual demuestra el interés público y social que las actividades de la mencionada empresa tienen para toda la Nación, y las repercusiones que este conflicto generó, trascendiendo consecuentemente los intereses de los recurrentes afectados por los actos administrativos antes mencionados, e incidiendo en el normal desarrollo y desenvolvimiento de la vida económica y social de la República Bolivariana de Venezuela”.¹³³

97. En lo que respecta a las facultades exorbitantes, si bien es cierto que cuando se elaboró la doctrina de los contratos administrativos, las facultades exorbitantes se consideraban uno de sus principales elementos, ya no se consideran inherentes a los contratos públicos.¹³⁴ De hecho, todos los principales expertos coinciden en que, si bien la capacidad de una parte contratante pública para ejercer facultades exorbitantes es una característica común de los contratos celebrados por las entidades públicas, no es un requisito indispensable de un “contrato administrativo”. La lógica es simple. Es un principio fundamental del derecho administrativo que una entidad pública solo puede tener las facultades que le otorga la ley,¹³⁵ y por lo tanto, si no está previsto en el contrato por acuerdo de las partes,

¹³³ Sentencia N.º 416 del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 128 en 13.

¹³⁴ *Ver* Brewer-Carías, *La evolución del concepto de contrato administrativo*, *supra* nota 131 en 61-63.

¹³⁵ Por eso, el Artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone que: “La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el *principio de legalidad*, por lo cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo

CONFIDENCIAL

cualquier facultad exorbitante debe ser prevista por la ley.¹³⁶ Tras muchos años de desarrollo doctrinal y jurisprudencial, este reconocimiento llevó a la conclusión, compartida por todos los principales juristas, de que el concepto de contrato administrativo no incluye las facultades exorbitantes como elemento necesario. Una entidad dentro de la Administración Pública, aunque sujeta tanto al derecho público como al privado, puede optar por celebrar un contrato en el que predomine el derecho privado (la formación y validez del contrato se rige necesariamente por el derecho público venezolano, como expliqué en mi informe inicial), y esto no cambia ni afecta en modo alguno su condición de “contrato administrativo”.¹³⁷

98. El Convenio de emisión y la Garantía prendaria, que fueron suscritos por empresas estatales dentro de la Administración Pública Nacional, que tienen como finalidad una actividad de “interés general”, y que se rigen tanto por el derecho público venezolano (en cuanto a su formación y validez) como por el derecho privado de Nueva York (en cuanto a su ejecución), son, sin duda alguna, “contratos administrativos” según el derecho venezolano. Ningún jurista destacado

dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico”. Ver GACETA OFICIAL N.º 6.147 (17 de noviembre de 2014) (que se presenta como Prueba documental [REDACTED]-20 a [REDACTED]); ver también ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA* 33-34 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2015).

¹³⁶ Ver BREWER-CARÍAS, *EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA*, supra nota 135 en 141; ver también José Ignacio Hernández, *El Contrato Administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas Venezolana en LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS* 363, 377-379 (Editorial venezolana ed., 2008).

[REDACTED]

Y es bien sabido en el Derecho Administrativo venezolano que según el Artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (ver nota al pie 124 arriba), los actos administrativos solo pueden ser promulgados por un ente administrativo cuando una ley le asigna expresamente la atribución correspondiente.

¹³⁷ Brewer-Carías, *La evolución del concepto de contrato administrativo*, supra nota 131 en 61-63.

CONFIDENCIAL

del derecho administrativo venezolano aceptaría las afirmaciones erróneas de [REDACTED] en contrario.

D. La histórica falta de control de la Asamblea Nacional sobre los contratos celebrados por PDVSA o sus subsidiarias no fundamenta la opinión de [REDACTED]

99. El hecho de que la Asamblea Nacional no siempre haya actuado para autorizar los contratos con PDVSA o sus subsidiarias como parte es solo indicativo del flagrante desprecio del régimen autoritario por la Constitución venezolana, incluida la separación de poderes entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, desde que Chávez llegó al poder poco después de que se ratificara la Constitución hasta que la oposición tuvo el control de la Asamblea Nacional en diciembre de 2015.

100. Como señalé en mi informe inicial:

“Desde el comienzo del régimen de Chávez en 2000, el Ejecutivo de Venezuela se ha dedicado a neutralizar a la Asamblea Nacional y a someter al Poder Judicial en flagrante desprecio del sistema constitucional de separación de poderes.

El medio más importante utilizado por el Ejecutivo para neutralizar e impedir que la Asamblea Nacional ejerza sus funciones ha sido simplemente ignorar sus poderes. Así pues, numerosos tratados y contratos de interés público nacional que, según la Constitución, debían ser sometidos a la Asamblea Nacional para su autorización, fueron simplemente promulgados por el Ejecutivo, con total desconocimiento de la función constitucional propia de la Asamblea Nacional.

El segundo medio utilizado por el Ejecutivo para neutralizar a la Asamblea Nacional fue apropiarse progresivamente de sus funciones legislativas mediante la promulgación de leyes de habilitación amplias e inconstitucionales. Este proceso se inició en 2001, tras la promulgación de una ley de habilitación en virtud de la cual el Presidente promulgó cuarenta y ocho decretos sobre los temas más importantes, con el fin de sustituir las leyes ordinarias promulgadas por la Asamblea Nacional.¹³⁸

¹³⁸ Informe Inicial, párr. 54-62.

CONFIDENCIAL

En los últimos años, su régimen ha desarrollado un tercer medio para neutralizar a la Asamblea Nacional: la persecución directa de sus miembros, muchos de los cuales han sido encarcelados o forzados al exilio”.

101. Por lo tanto, cualquier afirmación de que los contratos de interés público nacional como el Convenio de emisión y la Garantía prendaria no requieren autorización de la Asamblea Nacional porque, desde 1999 (cuando Chávez llegó al poder) hasta 2016, la Asamblea Nacional no siempre ejerció sus poderes constitucionales, ignora las dos décadas de brutal subyugación, amenazas, actos de violencia y abusos humanitarios llevados a cabo contra cualquiera que se atreviera a hacer frente a los gobernantes autoritarios del país: Chávez y Maduro.

102. En mi informe inicial proporcioné seis ejemplos de contratos que obviamente cumplían con la definición de contratos de interés público nacional (algunos de los cuales incluso cumplían con una definición erróneamente estrecha de [REDACTED]), pero que fueron celebrados por los regímenes de Maduro y Chávez sin haber sido autorizados primero por la Asamblea Nacional.¹³⁹

VI. LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD Y EL PRINCIPIO DE EXPECTATIVA LEGÍTIMA NO PUEDEN APLICARSE NUNCA A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NI A NINGÚN ACTO ESTATAL AFECTADO POR LA NULIDAD ABSOLUTA

103. En las secciones finales de su informe, [REDACTED] afirma que si un tribunal venezolano considerara que el Convenio de emisión y la Garantía prendaria son contratos de interés público nacional, el tribunal “al decidir de conformidad con las leyes venezolanas, seguiría considerando que dichos contratos son vinculantes y ejecutables para PDVSA y PDVSA Petróleo debido a un importante principio de la legislación venezolana: el principio de expectativa legítima”, que “sirve para proteger las expectativas de las contrapartes contra los prejuicios injustos en los asuntos relacionados con la Administración Pública, específicamente, y los contratos en general” (párr. 178). Estas reclamaciones no tienen fundamento en la legislación venezolana.

¹³⁹ Ver Informe Inicial, párr. 56.

CONFIDENCIAL

104. Como se señala en ■■■ (párr. 179), que cita una de mis obras sobre actos administrativos,¹⁴⁰ puede decirse que, por principio, los actos de la Administración Pública (incluidas las empresas estatales como PDVSA y PDVSA Petróleo) se presumen válidos y legítimos y, por lo tanto, exigibles hasta que sean anulados por una autoridad administrativa o judicial competente. Sin embargo, como también menciono en la misma obra, la “presunción de exigibilidad tiene una excepción para cuando el acto se ve afectado de nulidad absoluta”.¹⁴¹ Como escribí muchos años atrás al comentar una decisión de la Sala Político Administrativa de la ex Corte Suprema de Justicia (caso *Arnaldo Lovera*),¹⁴² cuando los actos administrativos son nulos e inválidos en sentido absoluto (por ejemplo, según el Artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), dichos actos no se benefician de ninguna presunción de validez, y la Administración Pública puede revocarlos y declararlos nulos e inválidos en cualquier momento. En otras palabras, “*la presunción de legitimidad de los actos administrativos no existe cuando los actos están viciados de nulidad absoluta, en cuyo caso no podrían ser ejecutados*”.¹⁴³ Como dije más recientemente, “un acto administrativo viciado de nulidad absoluta no puede presumirse legítimo, y la Administración no puede ordenar su cumplimiento”.¹⁴⁴

105. Un acto administrativo con un vicio de nulidad absoluta es inexigible porque tal acto no puede tener ningún efecto y no puede constituir la base de ningún derecho adquirido. En palabras de la Sala Político Administrativa de la ex Corte Suprema de Justicia, en los casos de nulidad absoluta, “la presunción de legitimidad que produce el acto administrativo no puede prevalecer contra la lógica”.¹⁴⁵ Por ello, la misma Sala de la ex Corte Suprema, en su Sentencia del 6 de abril de 1993 (caso *Eduardo Contramaestre*), dictaminó que “la nulidad absoluta es la

¹⁴⁰ Allan Randolph Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, en 16 COLECCIÓN ESTUDIOS JURÍDICOS 203 (Octava ed. 2008) (que se presenta como Prueba documental ■■■-103 a ■■■).

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² Ver Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, N.º 332 Arnaldo Lovera v. Inquilinato, 21 de noviembre de 1989, en 40 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 76-77 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 1989).

¹⁴³ Ver Allan R. Brewer-Carías, *Consideraciones sobre la ejecución de los actos administrativos (a propósito de los actos administrativos que ordenan el desalojo de viviendas)*, en 41 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 163, 165 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 1990).

¹⁴⁴ Ver Allan R. Brewer-Carías, *Presentación a la Segunda Edición, Sobre Algunos Principios de la Invalidez de los actos administrativos en la legislación de América Latina* en TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS 13, 29 (2019).

¹⁴⁵ Ver Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, N.º 411 Banco del Caribe vs. República (Ministerio de Hacienda), 13 de agosto de 1991 en 47 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 111 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 1991).

CONFIDENCIAL

consecuencia más grave derivada de los vicios del acto administrativo, y significa que *el acto no puede producir efecto alguno*, debido a que el acto de nulidad absoluta debe considerarse como nunca promulgado; en consecuencia, no podría ni puede producir efectos”.¹⁴⁶

106. Además, como ha escrito el profesor Tomás Ramón Fernández, no se trata solo de que un acto administrativo absolutamente nulo “no pueda producir efectos y su autor no pueda imponerlos”, sino que su autor tiene “la obligación de declararlo nulo desde el momento en que se da cuenta por sí mismo o es advertido por un interesado de la existencia de una causa de nulidad, debido a que no se permite a nadie, por las exigencias más elementales de la justicia, obtener beneficios de su propia torpeza (*allegans propriam turpitudinem non auditur*)”.¹⁴⁷ Como expresó la Sala Político Administrativa de la ex Corte Suprema en una sentencia del 26 de julio de 1984 (Caso: *Despachos Los Teques*), “la Administración puede y debe declarar, en cualquier momento, la nulidad absoluta de aquellos actos que sean contrarios a la ley y se vean afectados de nulidad absoluta”.¹⁴⁸

107. Además, en palabras del profesor Eloy Lares Martínez, “el principio de autocontrol de la Administración sobre sus propios actos no está limitado por los derechos adquiridos de los particulares, porque ningún derecho puede basarse en actos administrativos viciados de nulidad absoluta”.¹⁴⁹ En este mismo sentido, el profesor Carlos Luis Carrillo, quien también afirma que la Administración Pública tiene el “deber” de declarar nulos los actos administrativos de nulidad absoluta, ha observado que la inclusión del Artículo 19 en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos “implica que tal acto [nulo e inválido] nunca podría producir expectativas de derechos, intereses personales, directos y legítimos y mucho menos derechos subjetivos para su destinatario, porque como hemos dicho, nadie podría pretender ser beneficiario de los efectos que emanan de una voluntad expresada sobre una base nula y contraria a la ley”.¹⁵⁰ El Artículo 19 dispone que los actos de

¹⁴⁶ Ver Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, Eduardo Contra maestre vs. República (Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, 6 de abril de 1993 en 55-56 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 198 (Editorial Jurídica Venezolana ed., Caracas 1993); Ver JOSÉ ARAUJO JUÁREZ, 2 DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL, 174 (Ediciones Paredes ed., 2011).

¹⁴⁷ Ver TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS 53 (Ediciones Olejnik ed., Santiago, 2019).

¹⁴⁸ Ver Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, N.º 210 Despachos los Teques, 26 de julio de 1984 en 19 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 130-131 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 1984).

¹⁴⁹ Ver ELOY LARES MARTÍNEZ, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO 246 (Catorceava ed. 2013).

¹⁵⁰ Ver Carlos Luis Carrillo Artilles, *La imbricación de la noción y contenido de la potestad de autotutela de la Administración en Venezuela*, en DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO 26 (2007); ver

CONFIDENCIAL

la Administración son absolutamente nulos en cinco circunstancias, entre ellas, como es pertinente en este caso, cuando son emitidos por autoridades manifiestamente incompetentes o con total y absoluto desprecio del procedimiento legalmente establecido [por ejemplo, la autorización previa de la Asamblea Nacional]”.¹⁵¹ Como ya expliqué hace algunos años: un “acto afectado por la nulidad absoluta, no es capaz de crear o declarar derechos”,¹⁵² es decir, la nulidad absoluta impide que los actos “tengan efectos de cualquier tipo, ya que el acto, considerado absolutamente nulo, no puede entenderse como nunca emitido”.¹⁵³

108. En resumen, como ha explicado sucintamente el profesor Gustavo Linares Benzo: “La nulidad absoluta se menciona como un vicio intrínseco del acto, a sus elementos constitutivos. Así, el acto viciado nunca produce efectos, desde el principio. Debido al carácter general del vicio, la nulidad absoluta puede ser alegada contra cualquiera, *erga omnes*”.¹⁵⁴ Esta es precisamente la situación con el Convenio de emisión y la Garantía prendaria que, como expliqué en mi informe inicial, son nulos e inválidos *ab initio* porque la falta de la autorización de la Asamblea Nacional exigida constitucionalmente impidió (por parte de PDVSA y PDVSA Petróleo) cualquier expresión válida de consentimiento, que es un elemento esencial de la formación del convenio. Contrariamente a lo que [REDACTED] afirma, es imposible en el derecho venezolano interpretar cualquier presunción de legalidad o legitimidad ante tal nulidad absoluta. En consecuencia, ningún tribunal de Venezuela podría exigir o exigiría el cumplimiento del Convenio de emisión y la Garantía prendaria sobre la base de dicha presunción.

109. El principio de la expectativa legítima también es totalmente inaplicable al Convenio de emisión y Garantía prendaria. Este principio se desarrolló para proteger las relaciones entre el Estado y los individuos en casos de acciones reiteradas de la Administración Pública, impidiendo que ésta cambie el curso de sus acciones de manera irracional, abrupta, repentina y sin previo aviso, teniendo en cuenta los efectos que tales cambios podrían causar.¹⁵⁵ Tal como lo dispuso la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en su Sentencia N.º 98 del 1 de agosto de 2001, citada

también HENRIQUE MEIER E., TEORÍA DE LAS NULIDADES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO 77 (Editorial Jurídica Alba ed., 1991).

¹⁵¹ Ver sobre los cinco casos de nulidad absoluta de los actos administrativos en BREWER-CARÍAS, LEY ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA, *supra* nota 135 en 124-125.

¹⁵² *Ídem*, en 112.

¹⁵³ *Ídem*, en 123-124.

¹⁵⁴ Ver Gustavo Linares Benzo, *Notas sobre los actos administrativos*, en EL DERECHO PÚBLICO A LOS 100 NÚMEROS DE LA REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 1980-2005 755, 783 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2005).

¹⁵⁵ Ver BREWER-CARÍAS, DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA, *supra* nota 135 en 36-37.

CONFIDENCIAL

en [REDACTED] (párr. 185), para que se aplique este principio, las actuaciones de la Administración Pública “deben *ajustarse al marco legal* y apuntar a la protección del interés general”.¹⁵⁶

110. En palabras de Hildegard Rondon de Sansó, que también se cita en [REDACTED],¹⁵⁷ la expectativa legítima no puede basarse en “una *promesa que no cumple las reglas, o incluso, es contraria a las normas*”.¹⁵⁸ Es decir, el principio se aplica solo cuando la expectativa es “legítima” en el sentido de estar sujeta a “todos los requisitos del ordenamiento jurídico”¹⁵⁹ y “no es contraria a una norma expresa”.¹⁶⁰ Como el mismo autor también escribió con respecto al elemento subjetivo de la expectativa: “La legitimidad de la reclamación no puede ser un factor decisivo porque puede dar lugar a una expectativa plausible o a una confianza cuando se deriva de un hecho sin pruebas de legalidad. Por ejemplo, podría suceder que un asunto considerado ilegal se sitúe en el ámbito de la legalidad”,¹⁶¹ lo cual es obviamente inaceptable. Por ello, el mismo autor, en otra obra citada en [REDACTED] (párr. 192), subraya que “es necesario que la *expectativa se establezca de acuerdo con el ordenamiento jurídico*, de manera que no haya ninguna disposición que pueda oponerse a la satisfacción de la reclamación”.¹⁶² Por esta misma razón, la profesora Caterina Balasso, citada también en [REDACTED] (párr. 185), ha expresado que una expectativa legítima debe ser “justificada”, es decir, el acto en el que se basa la expectativa “*debe estar sujeto al ordenamiento jurídico* y orientado a la protección del interés general”.¹⁶³

¹⁵⁶ Ver Sala Electoral, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 98 Asociación Civil “Club Campestre Paracotos, 1 de agosto de 2001, en 85-88 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 232-238 (Editorial Jurídica Venezolana ed., 2001) (que se presenta como Prueba documental [REDACTED] - 114 a [REDACTED]).

¹⁵⁷ Hildegard Rondón de Sansó, El Principio de Confianza Legítima en el Derecho Venezolano, en IV JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO 295 (1998) (que se presenta como Prueba documental [REDACTED] -108 a [REDACTED]).

¹⁵⁸ *Id.* en 300.

¹⁵⁹ *Id.* en 301.

¹⁶⁰ *Id.* en 328.

¹⁶¹ *Id.* en 349.

¹⁶² Hildegard Rondón de Sansó, *Visión General del Principio de Expectativa Plausible*, en 141 BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES 341 (2003).

¹⁶³ Caterina Balasso Tejera, *El Principio de Protección de la Confianza Legítima y su Aplicabilidad Respecto de los Ámbitos de Actuación del Poder Público*, en 100 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 745-746 (2006).

CONFIDENCIAL

111. Por lo tanto, no podría surgir ninguna “expectativa legítima” de la celebración del Convenio de emisión y la Garantía prendaria, que no fue autorizada por la Asamblea Nacional de conformidad con los Artículos 150 y 187.9 de la Constitución venezolana. Además, constituye mala fe pretender lo contrario dado que, en la misma Resolución de la Asamblea Nacional de mayo de 2016 de la que [REDACTED] pretende deducir una “interpretación oficial” de los contratos de interés público nacional que excluiría el Convenio de emisión y la Garantía prendaria, la Asamblea Nacional advirtió expresamente que todo contrato de interés público nacional celebrado sin la necesaria autorización legislativa sería absolutamente nulo e inválido¹⁶⁴ (párr. 123 y ss.; 201 y ss.).

112. La Resolución de mayo de 2016 no se adoptó para “definir” o establecer ninguna noción específica de los contratos de interés público, como afirma [REDACTED] incorrectamente (párr. 201). Más bien, el propósito evidente de la Resolución era declarar de manera general la facultad “propia e intransferible” de la Asamblea Nacional de autorizar, como condición de validez, todos los contratos de interés público celebrados con Estados extranjeros, entidades oficiales extranjeras o corporaciones no domiciliadas en Venezuela, refiriéndose al “Ejecutivo Nacional” porque es el Ejecutivo Nacional (es decir, el Poder Ejecutivo Nacional del gobierno) el que debe presentar dicho contrato a la Asamblea Nacional para su autorización, aun cuando el contratante público sea una empresa estatal como PDVSA o PDVSA Petróleo.¹⁶⁵ La Resolución fue enviada a todas las embajadas extranjeras en Venezuela para asegurar que las potenciales contrapartes extranjeras fueran advertidas “sobre la nulidad de los contratos a celebrarse en contra de lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución y sobre la responsabilidad que de ello se deriva”.¹⁶⁶ (Artículo 4).

113. Sencillamente no hay manera plausible de deducir del texto de la Resolución de mayo de 2016 que el propósito de la Asamblea Nacional era “definir” la noción de contratos de interés público nacional de tal manera que “acogiera” a empresas extranjeras no domiciliadas en Venezuela para celebrar dichos contratos sin autorización legislativa, y mucho menos que la Asamblea Nacional creara una “expectativa legítima” de que se aceptaran los contratos de interés público celebrados sin autorización.

¹⁶⁴ Resolución de mayo de 2016, supra nota 75.

¹⁶⁵ *Id.* en 1.

¹⁶⁶ *Id.* en 3.

CONFIDENCIAL

114. Finalmente, la Resolución de la Asamblea Nacional de septiembre de 2016,¹⁶⁷ aprobada cuando se anunció la Oferta de Canje pero antes de la celebración del Convenio de emisión y la Garantía prendaria, no “contradijo” la Resolución de mayo de 2016. Por el contrario, de conformidad con la Resolución de mayo de 2016, la Asamblea Nacional invocó las facultades que le confiere el Artículo 187 de la Constitución, entre las que se encuentra, en lo pertinente a la situación, la facultad que se enumera en el inciso 187.9 de autorizar los contratos de interés público nacional celebrados con empresas extranjeras no domiciliadas en Venezuela.¹⁶⁸ Específicamente, la Resolución “exhort[ó] al Ministerio Público a abrir una investigación para establecer si la operación en trámite [la Oferta de Canje] protegía el patrimonio de la Nación, en consideración a lo establecido en los Artículos 187, número 9, 302 y 303 de la Constitución”.¹⁶⁹ Además, la resolución rechazó categóricamente la Garantía prendaria. El énfasis de [REDACTED] en la falta de una referencia específica al Artículo 150 (párr. 205) es muy engañoso, ya que la facultad otorgada en el Artículo 187.9 con respecto a los contratos de interés público nacional corresponde a la misma facultad otorgada en el Artículo 150. La referencia al Artículo 187.9 era, pues, perfectamente suficiente para el fin pretendido, que era afirmar el control legislativo de la Asamblea Nacional sobre los contratos de interés público nacional. Incluso sin una referencia específica al Artículo 150, que habría sido superflua, se habría entendido su aplicación conjunta con el Artículo 187.9.

[firma]

Allan R. Brewer-Carías

¹⁶⁷ Resolución de septiembre de 2016, *supra* nota 83.

¹⁶⁸ *Id.* en 2.

¹⁶⁹ *Id.*