

RÉGIMEN ESPECIAL Y TRANSITORIO PARA LA GESTIÓN OPERATIVA Y ADMINISTRATIVA DE LA INDUSTRIA PETROLERA NACIONAL DECRETO N° 3.368 DEL 12 DE ABRIL DE 2018

Khairy J. Peralta Fung
Abogada

Resumen: *Este análisis explica por qué fue necesario decretar un régimen especial para la Industria Petrolera Nacional, como consecuencia de la vigencia de un Estado de Excepción por Emergencia Económica, continuado, y su impacto en las contrataciones públicas*

Palabras Clave: *Estado de Excepción e Industria Petrolera Nacional.*

Abstract: *This analysis explains why was necessary to order a special regime for the petroleum national industry, as a result of the entry into force of a state of emergency for economic reasons, continued, and its impact in public procurement.*

Key words: *State of emergency and Petroleum Nacional Industry.*

En la última década se han promulgado 3 Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas en la República Bolivariana de Venezuela, y 1 reforma parcial¹, los primeros, evidentemente, por mandato presidencial.

Es importante destacar que la materia de contrataciones públicas no está siendo regulada mediante leyes, sino mediante normas jurídicas que no lo son².

¹ Véase en Gaceta Oficial N° 5.877 de fecha 14 de marzo de 2008, republicada por errores en Gaceta Oficial N° 38.895 de fecha 25 de marzo de 2008, *Decreto Ley de Contrataciones Públicas* N° 5.929 de fecha 11 de marzo de 2008, en ejecución de Ley Habilitante de 2007.

Gaceta Oficial N° 39.165 de fecha 24 de abril de 2009, Reforma Parcial de Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas. Gaceta Oficial N° 39.503 de fecha 6 de septiembre de 2010, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario de fecha 19 de noviembre 2014, *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.*

² Véase Joaquín Sánchez Covisa, *La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Clásicos Jurídicos Venezolanos, N° 2, 2007, p. 20. Sostiene el autor que “Esta distinción, ya tradicional en la doctrina del Derecho público, atraviesa hoy un periodo crítico. Algunos autores, tales como Heller y Wenzel, han negado la exactitud y la utilidad de esta distinción. Según esa nueva doctrina, no existen leyes formales y leyes materiales, sino normas jurídicas que son leyes, que son dictadas por el poder legislativo, y normas jurídicas que no son leyes, que no son dictadas por el poder legislativo. En efecto, la clave de la distinción –según la doctrina tradicional- radica en estimar la nota de generalidad como esencial al concepto de ley. En tal sentido, las leyes dictadas por el Poder legislativo serán leyes materiales –y, por lo tanto, auténticas leyes- o serán formales– y, por lo tanto, leyes, verdaderos actos administrativos- según sean o no disposiciones de carácter general. Ahora bien, esta nota de generalidad es un tanto problemática y difícil de precisar... De ahí es quizá preferible prescindir de esa

Sí es cierto que encaminar el funcionamiento de la economía de un país toma mucho más tiempo que la ejecución de cualquier otro tipo de políticas públicas, de acuerdo a la regulación constitucional de los Estados de Excepción³, resulta también verídico que en materias de contrataciones públicas el Poder Ejecutivo ha estado jugando sostenidamente al ensayo y error.

Es tan evidente que no han logrado su cometido, el cual se distancia enormemente de los valores que enuncian en las exposiciones de motivos de dichos decretos, que, en virtud de los últimos dos años de gobierno presidencial vía decretos sucesivos de Estados de Excepción, han decidido dar un paso más allá del –legal– en el sector más importante, en números, de las contrataciones públicas de la nación, la Industria Petrolera Nacional. Al respecto, coincidimos con lo expresado por Brewer-Carías⁴ respecto a la institucionalización de una cleptocracia en el país. Todo esto es parte de un plan, como lo demostraremos en el apartado que corresponde a la revisión de la última reforma de la Ley de Contrataciones Públicas.

I. ESTADO DE EXCEPCIÓN Y EMERGENCIA ECONÓMICA

Los Estados de Excepción son decretados cuando circunstancias especiales y/o imprevisibles se presentan en una sociedad en la que el ordenamiento jurídico vigente se vuelve insuficiente para reestablecer el curso ordinario de las circunstancias.

García⁵ ha definido al Estado de Excepción como una figura a la cual acude el Presidente de la República cuando determinadas circunstancias en el país exceden los poderes constitucionales y legales con los cuales éste cuenta, habitualmente.

Pareciera que la justificación de la existencia de potestades constitucionales para decretarlos encuentra su asidero en la necesidad de mantener el orden público, la seguridad nacional y el resguardo del Estado como modelo político.

Casal⁶ define los Estados de Excepción como:

distinción y admitir, como lo hace Heller, que, ... toda disposición del Poder legislativo tiene por contenido una norma jurídica y, por ende, una ley”.

³ Véase Gaceta Oficial N° 5.453 de 24 de marzo de 2000, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, diferenciación en los períodos de vigencia de los Estados de Excepción de acuerdo a su naturaleza en el artículo 338.

⁴ Véase Allan R. Brewer Carías, La institucionalización de la cleptocracia en Venezuela: la inconstitucional reforma tácita del régimen de Contrataciones Públicas, y la inconstitucional eliminación, por decreto, de la licitación para la selección de contratistas en la Industria Petrolera, y de la nacionalización de las actividades auxiliares o conexas con la industria. <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2018/04/182.-Brewer.-doc.-Institucionalizaci%C3%B3n-Cleptocracia.pdf>, 2018, p. 2. Explicó el jurista respecto a la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de bienes, Servicios y Obras Públicas que “Con dicha Ley, en efecto, contrariamente a lo que se expresa en frases y más frases vacías contenidas a lo largo de su texto, no sólo reformó parcial y tácitamente la mencionada Ley de Contrataciones Públicas de 2014, sino que al permitir la eliminación de todo proceso transparente de selección de contratistas en la contratación pública, en particular en la industria petrolera nacional, lo que ha hecho es institucionalizar una cleptocracia en el país”.

⁵ Véase Carlos García. “Notas sobre el ámbito y requisitos del Estado de Excepción”. *Revista de Derecho Público* N° 143-144, julio-diciembre 2015. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas. p. 9.

⁶ Véase Jesús María Casal. “Los Estados de Excepción en la Constitución de 1999” en *Revista de Derecho Constitucional* N° 1, septiembre-diciembre, 1999, p. 45.

Los Estados de Excepción, en sentido estricto, son regímenes jurídicos especiales originados en circunstancias extraordinarias de variada índole -natural, ecológica, sanitaria, económica, política-, que ponen en serio peligro la estabilidad de las instituciones, o la vida de la nación o de sus habitantes, cuya finalidad es procurar el pronto restablecimiento de la normalidad...

En el mismo orden de ideas, Figueroa y Mila⁷ sostienen que:

Aquella situación anormal que se presenta en un Estado, debido a circunstancias excepcionales que pueden ser de carácter económicas, políticas, naturales, que indefectiblemente van a obligar a que el Poder Ejecutivo -por la imposibilidad de hacer uso de las vías regulares para hacer frente a la situación-, decreta el Estado de Excepción, contando posteriormente con el control de demás poderes constituidos (Asamblea Nacional, Tribunal Supremo de Justicia), adoptando de esa manera medidas que pueden generar la restricción de ciertas garantías consagradas en el ordenamiento jurídico, ello con el objetivo de normalizar, evitar consecuencias mayores o el cese de las circunstancias originarias del Estado de Excepción.

Podemos concluir, grosso modo, que los Estados de Excepción representan la posibilidad de instaurar un régimen jurídico especial, de respuesta a la contingencia, el cual concentrará el Poder Público Legislativo en el Ejecutivo Nacional, de forma atípica y temporal.

En vista de que, en las repúblicas con sistemas democráticos fundamentados en el Estado de Derecho, la separación de poderes es una pieza elemental para el equilibrio del poder, pues su concentración ilimitada puede transformar el Poder Ejecutivo en Poder Dictatorial, resulta indispensable comprender cuáles son los principios generales que rigen los Estados de Excepción.

Figueroa y Mila⁸ refieren que los Estados de Excepción deben originarse por una necesidad, ser temporales, cumplir con las fases de publicidad, oficialidad, proclamación y notificación, ser proporcionales o razonables frente a la afrenta, no deberán interrumpir el funcionamiento de los Poderes Públicos ni irrespetar el núcleo intangible de derechos humanos.

Como veremos a continuación, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁹, en adelante CRBV, estableció, aunque de forma general, los escenarios y las formas mediante las cuales es legal, legítimo y conducente el decreto de un Estado de Excepción.

II. LAS NORMAS INHERENTES A LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

De acuerdo a nuestra Constitución Nacional, las normas inherentes a los Estados de Excepción son contempladas en los artículos 226, 232, 236, 139, 338 y 339. A continuación, citaremos su contenido y extenderemos breves comentarios.

Artículo 226. Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional.

El Presidente o Presidenta de la República es el Jefe o Jefa del Estado y del Ejecutivo Nacional, en cuya condición dirige la acción de Gobierno.

Artículo 232. Responsabilidad del Presidente de la República.

El Presidente o Presidenta de la República es responsable de sus actos y del cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo.

⁷ Véase Inocencia Figueroa y Frank Mila. *Estados de Excepción y los Derechos Humanos*. Livrosca, Caracas, 2011, pp. 118-119.

⁸ Véase la nota 7.

⁹ Véase nota 3.

Está obligado u obligada a procurar la garantía de los derechos y libertades de los venezolanos y venezolanas, así como la independencia, integridad, soberanía del territorio y defensa de la República. **La declaración de los estados de excepción no modifica el principio de su responsabilidad, ni la del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutiva, ni la de los ministros o ministras, de conformidad con esta Constitución y con la ley.**

(Destacado nuestro)

Artículo 236. Atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República.

Son atribuciones del Presidente o Presidenta de la República:

7. Declarar estados de excepción y decretar la restricción de garantías en los casos previstos en esta Constitución.

El Presidente o Presidenta de la República ejercerá en Consejo de Ministros las atribuciones señaladas en los numerales 7...

Artículo 139. Responsabilidad del Poder Público.

El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley.

De los artículos citados, lo que interesa reflejar es que la persona que ostente el cargo de Presidente de la República debe dirigir la acción de gobierno, en el sentido amplio de las potestades que implican conducir las políticas públicas y decisiones de gran envergadura que requiere el funcionamiento de un Estado.

En esa línea de ideas, debe comprenderse que esa amplia capacidad de administración encuentra sus límites en la Carta Magna y cuya extralimitación implicará responsabilidad individual.

Nótese nuestro destacado respecto a los Estados de Excepción. La “emergencia” que pueda justificar este particular régimen jurídico no exceptúa la responsabilidad a la que pueda haber cabida respecto a la trasgresión de derechos y libertades, con especial énfasis si los Decretos de Estados de Excepción no especifican cómo ni cuales, derechos y garantías, serán restringidos.

Una vez aclarado que los responsables de los Estados de Excepción son el Presidente y su Consejo de Ministros, pasaremos a revisar la normativa.

Artículo 338. Causas para el Estado de Excepción.

Podrá decretarse el estado de alarma cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos y ciudadanas. Dicho estado de excepción durará hasta treinta días, siendo prorrogable hasta por treinta días más.

Podrá decretarse el estado de emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. Su duración será de hasta sesenta días, prorrogable por un plazo igual.

...

La aprobación de la prórroga de los estados de excepción corresponde a la Asamblea Nacional. Una Ley orgánica regulará los estados de excepción y determinará las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos. (cursivas nuestras)

Venezuela, en la actualidad, se encuentra bajo un Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica en todo el territorio nacional¹⁰, estatuido el 9 de enero de 2018 y prorrogado¹¹ en fecha 9 de marzo del mismo año.

En el apartado correspondiente analizaremos los pormenores de los Decretos de Estados de Excepción y Emergencia Económica, lo que debemos destacar en este punto es que el Presidente de la República ha decretado 7 Estados de Excepción con sus respectivas prórrogas, de forma continua e ininterrumpida, circunstancia que evidentemente transgrede el contenido del artículo 338 constitucional y el principio de temporalidad de la figura bajo revisión. Este espiral de des legitimidad comenzó el 14 de enero de 2016¹² y continua vigente.

Al respecto, la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción¹³, en adelante LOEE, especifica en su artículo 6 que el Decreto de un Estado de Excepción es una ampliación de facultades para el Ejecutivo Nacional.

Es pues innegable que se está gobernado vía decreto presidencial de “emergencia” por cuanto al presidente no le resulta posible solicitar a la Asamblea Nacional una Ley Habilitante, por diferentes confrontaciones políticas, ya que en evidente militancia partidista el Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Electoral, declaró procedente un Amparo Cautelar que suspendió la representación parlamentaria del pueblo indígena y con ello suprimió la mayoría calificada de diputados¹⁴, obtenida por representantes de oposición, pero no ordenó la celebración de nuevas elecciones.

En vista de la decisión de la Sala Electoral, la Junta Directiva de la Asamblea Nacional debía desincorporar a los Diputados electos por el circuito electoral del Estado Amazonas de la juramentación y toma de posesión del cargo, a pesar de ello, en fecha 6 de enero de 2016 se celebró la juramentación de todos los diputados electos, ignorándose la decisión de la Sala Electoral.

Seguidamente, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, se pronunció respecto a la juramentación celebrada, declarando mediante sentencia¹⁵ que existía desacato de la

¹⁰ Véase Gaceta Oficial N° 6.356 Extraordinario de 9 de enero de 2018, Decreto N° 3.239 Estado de Excepción y Emergencia Económica en todo el territorio nacional.

¹¹ Véase Gaceta Oficial N° 41.357 de 9 de marzo de 2018, Decreto N° 3.308 prórroga del Estado de Excepción y Emergencia Económica en todo el territorio nacional.

¹² Véase Gaceta Oficial N° 6.214 Extraordinario de 14 de enero de 2016, Decreto N° 2.184 Declaración de Estado de Emergencia Económica en todo el territorio nacional.

¹³ Véase Gaceta Oficial N° 37.261 de fecha 15 de agosto de 2001.

¹⁴ Véase Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 260 de 30 de diciembre de 2015, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/diciembre/184227-260-301215-2015-2015-000> 146. HTML.

Mediante la cual se resolvió la solicitud de Recurso Contencioso Electoral conjuntamente con solicitud de Amparo Cautelar y medida de suspensión de efectos en contra de las elecciones parlamentarias del circuito electoral del Estado Amazonas, para el período 2016-2021, celebradas en fecha 6 de diciembre de 2015. La sala se declaró competente, admitió el Recurso Contencioso Electoral, declaró procedente la solicitud de Amparo Cautelar y ordenó de forma provisional e inmediata la suspensión de efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación emanados de los órganos subordinados del Consejo Nacional Electoral respecto de los candidatos electos por voto uninominal, voto lista y representación indígena.

¹⁵ Véase Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 1 de 11 de enero de 2016 <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/enero/184253-1-11116-2016-X-2016000001>. HTML. La Sala se pronunció a petición de la parte incoante del Recurso Contencioso Electoral y Amparo

Sentencia N° 260 de fecha 30 de diciembre de 2015 mediante la cual se ordenaba la suspensión temporal de los diputados electos por el circuito electoral del Estado Amazonas, se ordenó a la Junta Directiva de la Asamblea Nacional dejar sin efectos la referida juramentación y proceder con la desincorporación de los diputados electos, así como también se decreto la nulidad de los Actos de la Asamblea Nacional mientras no se cumpliera con el mandato de las decisiones inherentes a ese caso.

El estado de “desacato” de la Asamblea Nacional ha sido reiterado en todas las decisiones posteriores de la Sala Electoral¹⁶ relativas a este conflicto. Aunado a ello la Sala Constitucional resolvió¹⁷ que el rendimiento del mensaje anual del presidente de la República debía hacerse ante el Tribunal Supremo de Justicia, así como ha declarado la constitucionalidad de los decretos de Estado de Excepción por Emergencia Económica¹⁸, sin previa revisión de la Asamblea Nacional tal como lo ordena la CRBV, sustituyendo de esta forma el Poder Judicial, materialmente, las funciones de la Asamblea Nacional.

Como puede apreciarse estamos frente a una desinstitucionalización de los Poderes Públicos venezolanos. La Asamblea Nacional, único poder cuyos integrantes son electos de forma democrática y directa, que no concentra el poder en una sólo persona, ha sido desarticulada.

Esto ha “permitido” que la Sala Constitucional apruebe la seguidilla de Estados de Excepción sin revisión y aprobación de la Asamblea Nacional, y por lo tanto del pueblo venezolano, lo que ha facilitado que estos decretos hayan sido declarados constitucionales y por lo tanto vigentes, aunque es bien sabido que no han sido legítimos, eficaces ni eficientes.

Artículo 339. Lapso para presentar el Decreto a la Asamblea Nacional.

El Decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado, dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional, o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. El Decreto cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Cautelar, así como de terceros interesados que solicitaron de declarara el desacato de la sentencia N° 260 del 30 de diciembre de 2015.

¹⁶ Véase Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencias Nos. 808 de fecha 2 de septiembre de 2016, 810 de fecha 21 de septiembre de 2016, 952 de fecha 21 de noviembre de 2016, 1012, 1013 y 1014 de fecha 25 de noviembre de 2016 y 1086 de fecha 13 de diciembre de 2016, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec>.

¹⁷ Véase Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 3 de 11 de enero de 2017, Interpretación constitucional del artículo 237 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194892-03-11117-2017-17-0002.HTML>.

¹⁸ Véase Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencias Nos. 4, 184, 411, 615, 810 y 952 de fechas 20 de enero, 17 de marzo, 19 de mayo, 19 de julio, 21 de septiembre y 21 de noviembre de 2016; 4, 113, 364, 547, 727 y 959 de fechas 19 de enero, 20 de marzo, 24 de mayo, 25 de julio, 25 de septiembre y 22 de noviembre de 2017 y 39 y 113 de fechas 17 de enero y 30 de marzo de 2018, todas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon>.

Para revisar infografía resumen, véase <http://www.accesoalajusticia.org/multimedia/infografias/inconstitucionalidad-del-estado-de-excepcion-en-venezuela-2/>.

El Presidente o Presidenta de la República podrá solicitar su prórroga por un plazo igual, y será revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron.

La declaración del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público.

En concordancia con la norma transcrita, el artículo 7 de la LOEE identifica que son irrelajables las garantías de los siguientes derechos:

1. La vida 2. El reconocimiento a la personalidad Jurídica. 3. La protección de la familia. 4. La igualdad ante la ley. 5. La nacionalidad. 6. La libertad personal y la prohibición de práctica de desaparición forzada de personas. 7. La integridad personal, física, psíquica y moral. 8. No ser sometido a esclavitud o servidumbre. 9. La libertad de pensamiento, conciencia y religión. 10. La legalidad y la irretroactividad de las leyes, especialmente de las leyes penales. 11. El debido proceso. 12. El amparo constitucional. 13. La participación, el sufragio y el acceso a la función pública. 14. La información.

Resulta menester destacar que la República Bolivariana de Venezuela no ha notificado a la Organización de las Naciones Unidas tal como lo exige el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 4.3¹⁹, el cual resulta aplicable por mandato constitucional del artículo 339.

III. DECRETO N° 3.239 MEDIANTE EL CUAL SE DECLARA ESTADO DE EXCEPCIÓN Y EMERGENCIA ECONÓMICA²⁰, PRORROGADO MEDIANTE DECRETO N° 3.308²¹

El Presidente de la República, en consejo de ministros, considerando que las medidas tomadas por el gobierno de los Estados Unidos de América²², en fecha 25 de agosto de 2017,

¹⁹ Véase Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de las Naciones Unidas (1966), entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, http://www.derechos.org/pw/wp-content/uploads/pacto_int_dcp1.pdf.

El pacto desarrolla los derechos civiles, políticos y las libertades recogidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Artículo 4: En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

²⁰ Véase nota 10.

²¹ Véase nota 11.

²² Véase en relación a la Orden Ejecutiva N° 13692 de fecha 8 de marzo de 2015 mediante la cual el presidente de los Estados Unidos de América declaró emergencia nacional, en relación y aplicación a ello, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-press-secretary-new-financial-sanctions-venezuela/>: Statement by the Press Secretary on New Financial Sanctions on Venezuela: ... To mitigate harm to the American and Venezuelan people, the Treasury Department is issuing general licenses that allow for transactions that would otherwise be prohibited by

representan un bloqueo económico financiero contra el pueblo de Venezuela, cuyo cometido es menoscabar el funcionamiento y gestión de Petróleos de Venezuela, S.A., (PDVSA), las recurrentes acciones de presunta desestabilización de la oposición política venezolana, las decisiones de la Asamblea Nacional orientadas al desconocimiento de la legitimidad de las principales autoridades de los demás poderes públicos, enunciando la esencialidad de la protección efectiva de la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios estratégicos y la necesidad de implementar nuevas medidas monetarias a través del sistema financiero virtual para el contrapeso de las mafias financieras, decretó Estado de Excepción y Emergencia Económica en todo el territorio nacional.

Ese decreto limita las garantías constitucionales, en su artículo 2º, exceptuando las ya citadas en los artículos 337 constitucional y 7 de la LOEE. Lo relevante desde el enfoque económico en relación al sistema de selección de contratistas venezolano y el funcionamiento de PDVSA se ubica en sus numerales 1 y 24:

1. Establecer las regulaciones excepcionales y transitorias necesarias para garantizar el impulso de los motores Agroalimentario, de producción y distribución de los rubros considerados como estratégicos para la satisfacción de necesidades de los habitantes de la República.

24. Dictar lineamientos que correspondan en materia de procura nacional o internacional de bienes o suministros esenciales para garantizar la salud, la alimentación y el control sostenimiento de servicios públicos esenciales, tales como servicios domiciliarios, de salud, educación y seguridad ciudadana, en todo el territorio nacional, en el marco de acuerdos comerciales o de cooperación que favorezcan a la República, mediante la aplicación excepcional de mecanismos expeditos de selección de contratistas y su ulterior contratación, que garanticen además la racionalidad y transparencia de tales contrataciones.

No cabe duda de que el funcionamiento y liquidez de PDVSA es esencial para el abastecimiento de la economía nacional, pues Venezuela es un país mono exportador de petróleo.

Ahora bien, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas²³, en adelante DLCP, derogó el Decreto Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas²⁴ del año 2010, el cual contemplaba en sus diferentes modalidades mecanismos expeditos, plenamente justificables y ya tipificados, para atender circunstancias de emergencia comprobada, como la contratación directa con acto motivado, como veremos en el apartado correspondiente al DLCP.

Con la entrada en vigencia del nuevo DLCP y como consecuencia directa del decreto de Estado de Excepción por Emergencia Económica vigente, se decretó un régimen especial para la gestión y administración de la Industria Petrolera Nacional, el cual revisaremos de seguido.

the Executive Order. These include provisions allowing for a 30-day wind-down period; financing for most commercial trade, including the export and import of petroleum; transactions only involving Citgo; dealings in select existing Venezuelan debts; and the financing for humanitarian goods to Venezuela.

²³ Véase nota 1.

²⁴ Véase nota 1.

IV. RÉGIMEN ESPECIAL TRANSITORIO PARA LA GESTIÓN OPERATIVA Y ADMINISTRATIVA DE LA INDUSTRIA PETROLERA NACIONAL²⁵

El Decreto encontró su justificación en la emergencia económica ya referida y cuyo cometido expreso es el incremento de la capacidad productiva de PDVSA, empresas filiales e Industria Petrolera Nacional.

Su fundamentación legal refiere los artículos constitucionales 226 y 236, ya citados, y la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de bienes, Servicios y Obras Públicas²⁶, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública²⁷ y Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, de seguido revisaremos las normas específicas referidas.

1. *Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de bienes, Servicios y Obras Públicas*

En concordancia con la CRBV en su título IX, referente a las formas de reforma constitucional, su tercer capítulo aborda la figura jurídica de Asamblea Nacional Constituyente, en adelante ANC, explicando su cometido de la siguiente forma:

Artículo 347. Depositario del Poder Constituyente.

El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva constitución.

No es casualidad que esta norma, cabe afirmar peligrosamente redactada²⁸, se encuentre precisamente en un título que corresponde a la reforma constitucional. El análisis que pudiera hacerse excedería el cometido de este escrito en cuanto a la materia de contrataciones públicas y el continuo decreto de Estado de Excepción por Emergencia Económica, pero no podemos dejar de destacar que la ANC no tiene como cometido principal legislar o ejercer actos plenipotenciarios sobre la estructura del Poder Público Nacional.

Esta figura existe para redactar una nueva Constitución y con ello, crear un ordenamiento jurídico como consecuencia necesaria de la transformación social y cuyo modelo de Estado debe ajustarsele.

Recordemos que las sociedades evolucionan y las normas deben adaptarse a los fenómenos sociales, este proceso de tipificación tiene un lapso de vacío, mientras ocurre el reco-

²⁵ Véase Gaceta Oficial N° 41.376 de 12 de abril de 2018, Decreto N° 44 en el marco del Estado de Excepción y Emergencia Económica.

²⁶ Véase Gaceta Oficial N° 41.318 de 11 de enero de 2018.

²⁷ Véase Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario de 17 de noviembre de 2014.

²⁸ El orden de las expresiones transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva constitución, permitirá pensar a cualquier individuo lego en Derecho que la ANC puede desarrollar un sistema jurídico, a través de la promulgación de leyes, antes de redactarse una nueva constitucional, cuando nada podría estar más alejado de la realidad y de un sistema jurídico funcional y lógicamente estructurado. La verdad, en sentido técnico, es que no resulta legítimo ni legal que la ANC promulgue leyes, ni antes ni después de la nueva Constitución, pero, sobre todo, con énfasis, jamás antes que la nueva Constitución, porque su existencia como figura constitucional sólo se justifica para generar una nueva carta magna. Atribuimos la connotación de peligrosa a la forma en que se redactó la norma, porque su interpretación literal, jamás jurídica, global y en contexto, permite justificar y desdibujar su desempeño, tal como está ocurriendo en el país desde su instauración.

nocimiento de la circunstancia no prevista por el Poder legislativo y se estudia su regulación, más nunca debe utilizarse el Derecho para diseñar un proyecto de Estado (por unos pocos) el cual será impuesto a sus nacionales.

En todo caso, es un sinsentido gigantesco y una manipulación política aberrante el haber convocado una ANC, electa ilegítimamente²⁹ y que ésta ahora haya sustituido de facto a la Asamblea Nacional, único Poder Popular en el cual la oposición venezolana logró integrarse por mayoría vía elecciones democráticas³⁰ frente al gobierno de turno.

Todo este preludeo es necesario para explicar que aunque referiremos el contenido del artículo 19 de la risiblemente llamada Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de bienes, Servicios y Obras Públicas³¹, éste instrumento legal carece de legitimidad y por lo tanto de vigencia, aunque sólo formalmente pues ya sabemos que por actos de fuerza todo es posible, pues la ANC no es la nueva Asamblea Nacional, ésta no se encuentra constituida democráticamente, aunque se hayan celebrado elecciones, y en todo caso, como ya sostuvimos, promulgar leyes excede su cometido.

Es tan evidente su ausencia de potestad legislativa ordinaria que sus decretos citan como fundamento jurídico los artículos 347, 348 y 349 de la CRBV, los cuales refieren específicamente qué es la ANC, quiénes pueden ostentar la iniciativa de convocatoria y la prohibición de objeción sobre la nueva Constitución, resaltamos una vez más como su único cometido, para el Presidente y Poderes Públicos constituidos.

Este es un indicio verificable adicional para constatar que el presidente de la República, Nicolás Maduro, se transformó en dictador al haber gobernado los últimos 2 años a través de decretos de Estados de Excepción, lo cual siempre implica restricción de derechos y garantías constitucionales de la población, y al convocar una ANC sectorial que arrebató las facultades de la Asamblea Nacional como Poder Público Legislativo. Que no quede duda de que esta circunstancia fue planificada, metódicamente.

²⁹ Véase Gaceta Oficial N° 6.295 Extraordinario de 1° de mayo de 2017, Decreto N° 2.830 Convocatoria presidencial a una Asamblea Nacional Constituyente.

Artículo 2°: los y las integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente Originaria serán elegidos o elegidas en los ámbitos sectoriales y territoriales, bajo la rectoría del Consejo Nacional Electoral, mediante el voto universal, directo y secreto; con el interés supremo de preservar y profundizar los valores constitucionales de libertad, igualdad, justicia e inmunidad de la República y autodeterminación del pueblo.

Esa forma de convocatoria -sectorial y territorial- violó los artículos 62 y 63 de la CRBV: Artículo 62. Derecho a la política. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas. La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica. Artículo 63. El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La Ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional.

³⁰ Véase divulgación de elecciones parlamentarias de 6 de diciembre de 2015, http://www.cne.gob.ve/resultado_asamblea2015/r/0/reg_000000.html, cuyo resultado fue una victoria de la Mesa de la Unidad Democrática, por cuanto se alcanzaron 112 escaños de los 167 disponibles para ostentar el cargo de Diputado ante la Asamblea Nacional. Ello representó el 67% de todos los votos.

³¹ Véase nota 26.

Artículo 19. Contrataciones públicas por parte de entes del Estado con fines empresariales.

Los regímenes de contrataciones públicas a ser realizados por entes del Estado con fines empresariales, salvo en los relativo a concesiones, será objeto de regulación especial, en términos tales que otorguen a dichos entes la agilidad y eficiencia suficientes, sin menoscabo de la transparencia de los procesos de contratación y del ejercicio de las funciones de control de los órganos competentes.

Esta Ley, al no regular la actividad empresarial del Estado, generó la necesidad de una regulación particular para PDVSA, la cual se extendió vía Decreto Presidencial bajo el nombre de régimen especial transitorio para la gestión operativa y administrativa de la Industria Petrolera Nacional, en adelante RETINA.

Vale acotar que la Ley en comento representa una derogación parcial tácita del DLCP, pues así lo contempla, sutilmente, el contenido de sus artículos 2, 3 y 5³².

2. *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública*

En virtud de que el RETINA estableció un régimen transitorio de medidas administrativas, era indispensable que hiciera referencia en cuanto a su fundamento jurídico y aplicabilidad a la LOAP.

Artículo 46. Rol de dirección estratégica de los órganos superiores.

Corresponde a los órganos superiores de dirección de la Administración Pública Central dirigir la política interior y exterior de la República, ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes. Asimismo, tendrán a su cargo la conducción estratégica del Estado y, en especial, la formulación, aprobación y evaluación de las políticas públicas, el seguimiento de su ejecución y la evaluación del desempeño institucional y de sus resultados. Los órganos superiores de dirección de la Administración Pública Central ejercerán el control de la actividad y de las políticas desarrolladas por los órganos inferiores, a los cuales evaluarán en su funcionamiento, desempeño y resultados.

Por si hay lugar a dudas, los órganos de la administración pública central del poder nacional son el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, el Consejo de Ministros, los Ministros y Viceministros.

En este punto resulta indudable que el Presidente, a través de sus decretos sucesivos de Estados de Excepción por Emergencia Económica, está gobernando y legislando a placer, de

³² Véase nota 26.

Artículo 2. Las disposiciones de esta Ley Constitucional serán aplicadas de forma preferente por la administración pública nacional, estatal y municipal.

Artículo 3. La aplicación de esta Ley Constitucional parte del concepto de Sistema Integrado, que debe prevalecer respecto del conjunto de principios, normas, procesos, sujetos, autoridades, contratos, derechos, deberes, recursos, acciones, fines estatales y demás elementos relacionados con las contrataciones del Estado, con el propósito fundamental de dar impulso y direccionamiento a la inversión pública en función del desarrollo de las políticas de protección del Pueblo, el sistema de misiones y grandes misiones, las obras públicas y servicios, la transformación del aparato productivo nacional, atendiendo al estímulo de nuevos actores económicos, en sus distintas escalas y formas asociativas privadas, mixtas, públicas y comunales.

Artículo 5. Las normas fundamentales establecidas en la ley marco que desarrolle el Sistema Integrado de Contrataciones del Estado tendrán aplicación preferente en cuanto constituyen la base normativa relativa a los actores, métodos de gestión y los componentes del sistema que comprende, entre otros: una comisión de compras centralizada y procura, el sistema nacional de contrataciones, el sistema transaccional de compras públicas y un registro único de contrataciones.

acuerdo a su propia agenda y por cuya iniciativa y orientación política convocó la ANC para que legisle de forma complementaria a sus lineamientos, suplantando a la Asamblea Nacional, con la orientación de centralizar el poder, situación que transgrede el tipo de Estado Constitucional que tenemos, Federal Descentralizado³³.

Finalmente, antes de abordar en específico el RETINA, revisaremos el último instrumento jurídico citado como fundamento, el DLCP.

3. *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas*

PDVSA es una sociedad mercantil sujeta al ámbito de aplicación del DLCP de acuerdo al artículo 3:

La presente Ley, será aplicada a los sujetos que a continuación se señalan:

4. Las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en las cuales la República y las personas jurídicas a que se contraen los numerales anteriores tengan participación, igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del patrimonio o capital social respectivo.

5. Las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en cuyo patrimonio o capital social, tengan participación, igual o mayor al cincuenta por ciento (50%), las asociaciones civiles y sociedades a que se refiere el numeral anterior.

Como señalamos en páginas anteriores, PDVSA podía hacerle frente al Estado de Excepción y Emergencia Económica, mediante la aplicación del DLCP derogado formalmente (2010), el cual contemplaba en su artículo 6 las definiciones básicas de la terminología aplicables al sistema de selección de contratistas para la compra de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras. A continuación, los numerales 20, 29 y 30:

20. Emergencia Comprobada: Son los hechos o circunstancias sobrevenidas que tienen como consecuencia la paralización, o la amenaza de paralización total o parcial de las actividades, o del desarrollo de las competencias del contratante.

29. Contratación Directa: Es la modalidad de selección de contratista que realiza el contratante, aplicando los supuestos cualitativos contemplados en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

30. Acto Motivado para Contratación Directa: Acto dictado conforme a la Ley que regula la materia de procedimientos administrativos, que debe contener toda la información que justifique la contratación, y especialmente: exposición sucinta de los hechos, justificación legal, fundamentación y decisión de la contratación directa con mención del contratista seleccionado.

Con la promulgación de un nuevo DLCP en el año 2014, en el artículo 5, numeral 12 sobre las exclusiones de las modalidades de selección, se incluyó el decreto de Estado de Excepción como uno de los supuestos.

Hasta el Decreto Ley de Contrataciones Públicas del año 2010 la cláusula de exclusiones de aplicabilidad del DLCP incluía la prestación de servicios profesionales y laborales, la prestación de servicios financieros por entidades regidas por la ley sobre la materia, la adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles, la adquisición de obras artísticas, literarias o científicas, las alianzas comerciales y estratégicas para la adquisición de bienes y prestación de servicios entre personas naturales o jurídicas y los órganos o entes contratantes y los servicios básicos indispensables para el funcionamiento de los órganos o entes contratantes.

³³ Véase nota 3, Artículo 4. La República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal Descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.

Con el disposición presidencial de un nuevo DLCP en el año 2014, se incorporó la exclusión de aplicabilidad en cuanto a la adquisición de semovientes, la adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, suministradas o ejecutadas directamente por los órganos y entes de la Administración Pública, contratados directamente entre sujetos señalados en el artículo 3³⁴ de la ley, requeridos cuando se decreta cualquier Estado de Excepción contemplado en la Constitución, destinados a la seguridad y defensa del Estado, la adquisición de bienes y prestación de servicios con recursos provenientes de caja chica³⁵ y la adquisición de bienes, servicios, productos alimenticios y medicamentos declarados como de primera necesidad, siempre que existan en el país condiciones de desabastecimiento.

Es imposible no cuestionar por qué se incorporó en el año 2014 esa vasta lista de exclusiones de aplicabilidad en el DLCP, si su existencia precisamente es lo que garantiza el funcionamiento del sistema nacional descentralizado de contrataciones públicas.

En especial y que a los fines de esta investigación importa, ¿por qué se incluyó el Decreto de Estados de Excepción? si el DLCP ya contemplaba el escenario de emergencia comprobada y la posibilidad de practicar contrataciones directas mediante la redacción de un acto motivado.

El artículo 5 del DLCP no sólo hace casi inaplicable la “ley”, sino que extiende al Presidente, injustificada e ilegítimamente una vez más, la potestad de dictar medidas temporales que excluyan de las modalidades de selección de contratistas de determinados bienes, servicios y obras que él, en consejo de ministros, estime estratégicas.

Como puede apreciarse, el Ejecutivo Nacional estaba planificando desde hace varios años el desmontaje progresivo del sistema de contrataciones públicas, pues sólo por la modificación del artículo referido es que resulta necesario emitir un régimen especial para la Industria Petrolera Nacional.

A los efectos de lograr tal cometido, el Ejecutivo Nacional concedió ilegítima e innecesariamente, mediante el RETINA, al Ministro del Poder Popular de Petróleo las facultades para:

6. Crear, suprimir, modificar o centralizar comisiones de contratación, a partir de criterios de categorización basados en las especificidades del procedimiento, de los bienes o servicios requeridos, o de características propias de los mercados nacionales o internacionales de determinados productos.
7. Establecer normas y procedimientos de registro, inscripción, contratación y suspensión de clientes y proveedores; o proceder directamente a la suspensión del registro o inscripción mediante acto motivado, cuando de los resultados de la evaluación del cliente o proveedor, o la continuidad de su contratación suponga un riesgo al patrimonio de la empresa, o a su operatividad.
8. Establecer normas y procedimientos especiales de contratación por categoría de productos, bienes o servicios.

³⁴ Véase página 19 de este artículo.

³⁵ Esta es también una innovación del DLCP del 2014, pues es un supuesto claramente expresado por la LOAFSP que las instituciones públicas funcionan de acuerdo a un presupuesto anual, que debe estar estructurado en partidas presupuestarias y cuyos gastos deben atender a la programación anual de contrataciones que exige el Servicio Nacional de Contratistas, entonces, ¿cómo podría existir una caja chica?, ¿cuál es la cuantía disponible en ésta? y ¿quién la administra?

Resulta menester destacar que esos 3 numerales transforman al Ministro del Poder Popular de Petróleo en el sujeto con mayor poder de la República Bolivariana de Venezuela, sin que hubiera necesitado obtener 1 sólo voto por vía democrática, hasta el 31 de diciembre de 2018, período de tiempo expresamente prorrogable por 1 año.

Sí, como ya se ha referido los Estados de Excepción por Emergencia Económica tienen un período de validez de 60 días, prorrogables por una vez, entonces, ¿cómo puede ser legítimo y justificable que las potestades delegadas en el RETINA se concedieran por 8 meses y se contemple, además como si esto no fuera suficiente, su prórroga por 1 año adicional.

Este Ministro no sólo se encuentra al frente de la industria de cuya economía nacional depende la República, sino que éste no se halla limitado por los otros Poderes Públicos, por cuanto dispone de la Potestad Legislativa para crear las normas y procedimientos operativos que considere conducentes o necesarios, así como de libre disposición para conformar las Comisiones de Contrataciones que estime de acuerdo a las especificaciones de cada proceso.

Esta es una circunstancia inusual e irrita. Que, en vez de estar conducida a atender la emergencia económica, por el contrario, envuelve el sistema de selección de contratistas de PDVSA en el proceso de mayor opacidad de la República, justo en la peor crisis económica de la nación.

Las regulaciones en materia de contrataciones públicas y los contratos de interés público existen, precisamente, como medidas de protección contra la corrupción. En momentos de crisis económicas, el levantamiento de esas medidas de protección agiliza los procesos en beneficio del corrupto en búsqueda de oportunidades y no del bienestar general de la sociedad.

V. CONCLUSIONES

Fue premeditado en la reforma del DLCP de 2014, la exclusión de su aplicabilidad por el decreto de Estados de Excepción. Razón por la cual afirmamos que el inicio de los sucesivos Decretos de Estados de Excepción por Emergencia Económica, en el año 2016, fue un escenario calculado.

Al ser el RETINA consecuencia de un Decreto de Estado de Excepción por Emergencia Económica, un acto administrativo excepcional y no una ley, su vigencia no debe exceder la vigencia constitucional del propio Decreto marco que lo sustenta, 60 días más 1 prórroga.

En el desarrollo de un minucioso plan de recuperación de la economía nacional, resulta indispensable considerar una reforma general de las normas jurídicas inherentes a las contrataciones públicas, pues tanto los sucesivos Decretos Leyes como el Reglamento, son producto del Ejecutivo Nacional y es evidente que no han cumplido con sus cometidos, pues de lo contrario, la ANC no estaría implementando un sistema integrado de contrataciones, cuya aplicabilidad es preferente.

Es imprescindible que sirva de lección histórica este escenario, para que nos quede claro que la transparencia de los procesos debe ser más que un principio que rija a la Administración Pública, como lo contempla el artículo 141 de la CRBV, debe ser un deber de cumplimiento lo suficientemente coercible.