

EL NUEVO PROYECTO DE LA LEY ORGÁNICA DE HIDROCARBUROS PRESENTADO POR LA COMISIÓN PERMANENTE DE ENERGÍA Y MINAS EN SEPTIEMBRE DE 2020

José Ignacio Hernández G.*

Abogado

Resumen: *El sector petrolero venezolano se encuentra ante una disyuntiva. La destrucción del sector y la ventana de oportunidades que ofrece el mercado internacional, exigen importantes inversiones de cerca de cien (100) millardos de dólares en un lapso de ocho (8) años. Esas inversiones deberán ser proveídas, al menos principalmente, por la inversión privada (como el propio régimen de Maduro lo reconoce). Para lograr ese objetivo, hay dos alternativas institucionales: la opción de la “Ley constitucional anti-bloqueo” y la opción de la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos. La primera opción, del régimen de Maduro, no ofrece ninguna ventaja competitiva en términos de certeza y protección de derechos económicos, con lo cual, no se trata de una opción institucional adecuada a las exigencias del sector. Por el contrario, esta opción responde a los mismos arreglos institucionales que, desde el 2016, han promovido solo soluciones precarias e inestables. La segunda opción, ofrecida por la Asamblea Nacional, brinda el marco institucional adecuado para promover la inversión privada, considerando las condiciones actuales del mercado petrolero internacional y de la industria petrolera venezolana. El proyecto de Ley Orgánica de Hidrocarburos presentado por la Asamblea Nacional en septiembre de 2020 introduce reformas institucionales razonables que facilitan la implementación de las nuevas políticas públicas petroleras, aunque este artículo recomienda mejorar la calidad de ciertos aspectos institucionales la reforma.*

Palabras Clave: *Ley Orgánica de Hidrocarburos, regulación de hidrocarburos, PDVSA, Agencia Venezolana de los Hidrocarburos, regalías, Derecho de los Hidrocarburos en Venezuela.*

Abstract: *The Venezuelan oil sector is facing a dilemma. The destruction of the sector and the reduced window of opportunities offered by the international market require significant investments of about one hundred (100) billion dollars in eight (8) years. These investments must be provided, at least mainly, by private investment (as the Maduro regime itself recognizes). There are two institutional alternatives to achieve this objective: the “constitutional anti-blockade law” and the new Hydrocarbons Organic Law. The first option, offered by Maduro, does not provide any competitive advantage in terms of certainty and protection of economic rights; thus, it is not an appropriate institutional arrangement to promote private investment. On the contrary, this option follows the same institutional arrangements that, since 2016, have promoted only weak and unstable solutions. The second option,*

* Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor Invitado, Universidad Castilla-La Mancha. Visiting Fellow, Center for International Development at Harvard.

offered by the National Assembly, provides the appropriate institutional framework to promote private investment -considering the current conditions of the international oil market and the Venezuelan oil industry. The project of Hydrocarbons Organic Law presented by the National Assembly in September 2020, introduces reasonable institutional reforms that facilitate the implementation of the new oil public policies, although the paper recommends improving the quality of some institutional reforms.

Key words: *Hydrocarbons Organic Law, hydrocarbons regulation, PDVSA, Venezuelan Hydrocarbons Agency, royalties, Hydrocarbons Law in Venezuela.*

INTRODUCCIÓN

La presente nota tiene como propósito desarrollar brevemente cuatro premisas y una conclusión, a propósito del proyecto de Ley Orgánica de Hidrocarburos preparado por la Comisión Permanente de Energía y Petróleos en septiembre de 2020 (referido como el “proyecto”):

- a) El colapso de la producción petrolera en Venezuela responde al inadecuado marco institucional impuesto desde el 2002, que debilitó la capacidad de producción petrolera de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) al tiempo que la capacidad del Estado venezolano igualmente se deterioraba.
- b) Recuperar la producción petrolera requiere importantes inversiones de capital que PDVSA –y en general, el Estado venezolano– no pueden asumir por (i) el colapso de los ingresos fiscales y (ii) la fragilidad del Estado.
- c) En función de lo anterior, las inversiones para la recuperación petrolera deben ser principalmente conducidas por la inversión privada, dentro del marco constitucional conforme al cual (i) los yacimientos de hidrocarburos son propiedad de la República y (ii) las acciones de PDVSA –o del ente creado para el manejo de la industria petrolera– no pueden ser transferidos al sector privado.
- d) El marco institucional de la vigente Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH) impide canalizar esas inversiones, pues legalmente las actividades de exploración y producción –y sus inversiones anejas– deben estar a cargo del Estado, al menos, mayoritariamente, lo que se extiende a los deberes de inversión.
- e) En conclusión, la recuperación de la producción petrolera requiere, como condición necesaria pero no suficiente, eliminar los obstáculos que derivan de la LOH, lo cual hace de manera adecuada el proyecto, aun cuando es preciso fortalecer la calidad de ciertas reformas institucionales adoptadas.

Para desarrollar esta reforma institucional, especialmente desde 2018, se trabajaron en tres propuestas:

- a) Introducir solo las reformas mínimas a la vigente LOH a través de la *Ley Ómnibus*. Más allá del alcance material puntual de estas reformas, lo cierto es que su impacto económico y político aconsejó su incorporación en un texto separado, para promover su mejor discusión y los consensos políticos necesarios para la aprobación de esas reformas.
- b) Las reformas puntuales podían introducirse en una modificación parcial de la LOH. Sin embargo, la promoción de la inversión privada –en el contexto de los cambios del mercado energético mundial– aconsejan una reforma más amplia, plasmada en una nueva Ley.

- c) Finalmente, las reformas fueron trabajadas en una nueva Ley, cuyo principio básico es reconocer el derecho de la inversión privada a realizar actividades de exploración y producción, sin menoscabo de las actividades a cargo del Estado, a través de PDVSA. Esta opción ha sido objetada al señalarse que no es necesario contar con un nuevo marco para implementar políticas públicas orientadas a la recuperación del sector, bastando la reforma parcial de la Ley vigente.

Cualquiera de estas opciones de técnica legislativa implicará una nueva etapa en la regulación de los hidrocarburos en Venezuela. A la fecha, esa regulación ha correspondido a dos etapas: la etapa propietarista y la etapa estatista. En la primera el Estado actuó como propietario de los yacimientos sin involucrarse mayormente en la gestión de las actividades; en la segunda, el Estado asumió –en monopolio– la gestión de esas actividades. Las opciones comentadas parten de un tercer modelo, basado en la interacción entre el sector privado y el sector público, reforzando el rol del Estado como regulador y no ya, exclusivamente, como prestador¹.

Este tercer modelo aparece profundamente influenciado por las condiciones actuales del sector de hidrocarburos en Venezuela y del mercado internacional. Por un lado, las políticas predatorias implementadas desde 2002, como luego se amplía, destruyeron la capacidad de producción al tiempo que socavaron la capacidad estatal. En estas condiciones, el Estado venezolano, a través de PDVSA, no puede cumplir las tareas que la LOH le asigna para recuperar la producción petrolera. Por el otro lado, el mercado internacional de hidrocarburos ofrece una ventana muy limitada de oportunidad para aprovechar el potencial de las reservas de hidrocarburos en Venezuela². La conjunción de estas dos realidades marca un determinante: la reforma de hidrocarburos debe orientarse a maximizar, en el corto plazo, el potencial de las reservas de hidrocarburos, como se concluyó en el *Plan País*³.

No quiere decir lo anterior que la recuperación económica de Venezuela y la atención de la emergencia humanitaria compleja deberán basarse exclusivamente en el sector de hidrocarburos. La destrucción del sector, las características del mercado internacional, y la dimensión única de la crisis venezolana, hacen que el sector de los hidrocarburos sea ya

¹ Para el análisis de esta nueva etapa, *vid.* Hernández, José Ignacio y Bellorín, Carlos, “The case for a new Venezuelan Hydrocarbons Law as the basis of a new Hydrocarbons Policy: unlocking the path for recovery, stabilization and growth”, en *The Journal of World Energy Law & Business*, Volume 12, Issue 5, October 2019, Pages 394-407, <https://doi.org/10.1093/jwelb/jwz026>

² Como resume Igor Hernández “la Agencia Internacional de Energía espera que, si la demanda por petróleo y gas mantiene un crecimiento acumulado del 10% entre 2018 y 2040, las inversiones requeridas por año entre 2018 y 2025 tendrían que ser más del doble de las inversiones hechas en los últimos tres años. Por otro lado, algunas estimaciones hechas indican que Venezuela necesita al menos 20 mil millones de dólares por año para revertir la caída en producción y comenzar su crecimiento. Esto representaría cerca del 50% de los recursos que se espera que fluyan a América Latina en los próximos años” (“Hacia una reforma del sector de hidrocarburos en Venezuela”, *Prodavinci*, 20 de agosto de 2019, tomado de: <https://prodavinci.com/hacia-una-reforma-del-sector-hidrocarburos-en-venezuela/>).

³ Como se afirma en el punto 21 del *Plan País*, el acuerdo político avalado por la Asamblea Nacional con el compendio de políticas públicas necesarias para la recuperación de Venezuela, uno de los objetivos es maximizar “la producción de petróleo y gas, garantizando el mayor beneficio para la Nación. El aumento de la producción petrolera estará acompañado de planes de racionalización del mercado interno de los hidrocarburos, incrementando la utilización del gas natural y otras fuentes alternativas y renovables competitivas en usos donde sean viables y sustituyan hidrocarburos líquidos exportables, especialmente en los sectores eléctrico, industrial, transporte, servicios y residenciales”. Tomado de: <https://www.planpaisvzla1.com/acuerdos>

insuficiente, por sí solo, para apalancar la recuperación económica. Esto es, que el desarrollo en Venezuela no podrá depender ya, exclusivamente, del petróleo. Empero, esto no impide negar la relevancia económica que el sector tiene, en especial, para generar divisas y así, contribuir a paliar una de las restricciones determinantes en Venezuela, cual es el déficit de divisas⁴.

Así, tal y como ha observado el Banco Interamericano de Desarrollo⁵:

“(…) Se necesita avanzar con una nueva ley de hidrocarburos, en reemplazo de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, en vigor desde 2006. Con respecto al upstream, los pilares clave del programa son: i) mantener la propiedad estatal sobre las reservas de hidrocarburos, ii) atraer inversiones nacionales e internacionales al sector, iii) reestructurar PDVSA como una empresa petrolera pública competitiva, y iv) crear un regulador del sector que sea independiente (Agencia Venezolana de Hidrocarburos, AVH).

Será fundamental permitir un rol más amplio para la participación del sector privado en la exploración y producción de hidrocarburos, debido a la masiva inversión que será requerida para resucitar al sector”.

La reforma de hidrocarburos en Venezuela, además, debería cumplir con un objetivo que va más allá de la recuperación económica, cual es desmontar los arreglos institucionales del Petro-Estado en Venezuela, que socavan severamente las bases constitucionales del Estado de Derecho. Esos arreglos institucionales concentran funciones en el Poder Ejecutivo, tanto en su rol de operador y regulador del sector, como en su rol en la captura y distribución del ingreso petrolero. Las políticas predatorias implementadas desde 2002 concentraron esas funciones, fracturando el principio de separación de poderes. Por ello, y además de promover la inversión privada, la reforma de hidrocarburos también debería orientarse a desmontar estos arreglos institucionales, para contribuir así a restablecer la separación de poderes, y además, redefinir la relación entre Estado, sociedad y petróleo⁶.

El proyecto presentado por la Comisión Permanente de Energía y Petróleos de la Asamblea Nacional en septiembre de 2020 ofrece una síntesis importante de las diferentes propuestas realizadas, en especial, desde 2018, abordando de manera adecuada las reformas institucionales básicas para cumplir con el señalado objetivo. Hay diversos aspectos que requieren una revisión detallada -en especial, en lo referente al balance entre la iniciativa privada y la iniciativa pública, así como el reparto de competencias entre el Poder Ejecutivo, la Agencia y la Asamblea Nacional. Pero sin duda, el proyecto logra recoger la esencia de la nueva etapa de la relación entre hidrocarburos y Estado en Venezuela.

II. EL INADECUADO MARCO INSTITUCIONAL QUE LLEVÓ AL COLAPSO DE LA PRODUCCIÓN PETROLERA

Siguiendo, entre otros, los estudios de Espinasa-Sucre y de Monaldi-Hernández, puede concluirse que el colapso de la producción petrolera fue resultado del inadecuado marco

⁴ El déficit de divisas es consecuencia del sobreendeudamiento y del colapso de la producción petrolera, de la cual dependen la práctica totalidad de divisas de exportación. Luego, una condición necesaria -pero no suficiente- para atender esa restricción, es promover la recuperación del sector de hidrocarburos.

⁵ Abuelafia, Emmanuel y Saboin, José Luis, *Una mirada a futuro para Venezuela*, Departamento de Países del Grupo Andino, Washington D.C., 2020, p. 123.

⁶ Estas notas se enfocan solo en las reformas económicas. Pero es preciso también considerar cómo la reforma de la regulación de hidrocarburos puede contribuir a recuperar la separación de poderes y redefinir la relación entre Estado, sociedad y petróleo.

institucional adoptado desde el 2002, esto es, de las reglas –formales e informales– que el entonces Presidente Chávez impuso sobre el sector⁷.

En apretada síntesis, este es el resumen del marco institucional impuesto desde el 2002:

- a) *Politización de PDVSA*, esto es, el uso de PDVSA como simple instrumento al servicio del proyecto político del régimen de Hugo Chávez. Signo distintivo de ello fue el despido de miles de trabajadores de la empresa, lo que afectó severamente su capacidad profesional. Ello violó un principio constitucional básico: PDVSA como empresa pública, no puede estar al servicio de ninguna parcialidad política⁸.
- b) *Desviación del objeto de PDVSA*, que pasó de ser el ente técnico para el control de la industria petrolera nacional al ente de gestión de programas afines al modelo socialista impuesto por el régimen de Chávez. Ello igualmente violó la Constitución, que asigna a PDVSA un solo fin: el control de la industria petrolera a cargo del Estado, siempre de manera objetiva y técnica⁹.
- c) *Destrucción del marco institucional de la inversión privada*. El régimen de Chávez desconoció los contratos suscritos durante la llamada apertura petrolera y llevó la inconstitucional política de expropiación al sector, en especial, en los llamados servicios conexos. Además, aumentó arbitrariamente los ingresos fiscales petroleros del Estado por medio de una contribución por “ganancias extraordinarias”.
- d) *Desviación financiera de PDVSA*, en tanto la gestión financiera de esa empresa fue desviada para cumplir fines políticos del programa socialista. Cuatro elementos deben destacarse aquí: (i) la desviación del ingreso de PDVSA por exportaciones petroleras a fondos extra-presupuestarios violando el principio de unidad del tesoro¹⁰; (ii) la imposición de deberes a PDVSA de financiamiento a programas sociales; (iii) la imposición de obligaciones a PDVSA en el marco de acuerdos internacionales y (iv) el endeudamiento de PDVSA no relacionado a planes de inversión de la empresa necesarios para apalancar la producción petrolera¹¹.

⁷ Espinasa, Ramón y Sucre, Carlos, *La caída y el colapso de la industria petrolera venezolana*, Agosto de 2017, consultado en original, así como Monaldi, Francisco y Hernández, Igor, *Weathering Collapse: An Assessment of the Financial and Operational Situation of the Venezuelan Oil Industry*, CID Working Paper N° 327, 2016. De Monaldi, véase recientemente: *The Collapse of the Venezuelan Oil Industry and Its Global Consequences*, The Atlantic Council, Marzo de 2018: <http://www.atlanticcouncil.org/publications/reports/the-collapse-of-the-venezuelan-oil-industry-and-its-global-consequences>

⁸ Artículos 141 y 145, Constitución de 1999.

⁹ Artículo 303, Constitución.

¹⁰ Esto fue posible, en primer lugar, debido a la violación de la autonomía del Banco Central de Venezuela con la reforma de su Ley de 2005. El resultado de ello fue permitir a PDVSA transferir divisas derivadas de exportaciones petroleras directamente al FONDEN, un fondo extra-presupuestario creado al margen del principio de unidad del tesoro. Desde la economía política, *vid.* Santos, Miguel Ángel, “Venezuela: Running on Empty”, *LASAFORUM, Volume XLVII, Issue 1*, 2017.

¹¹ Desde un punto de vista jurídico, *vid.*: Carmona, Juan Cristóbal, *Régimen jurídico de la actividad petrolera en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016, pp. 177 y ss.

De manera especial, destaca el sobreendeudamiento de PDVSA no asociado al objeto de la empresa, todo lo cual llevó a una crisis económica que afectó la capacidad de pago y la continuidad operativa de los contratistas¹².

- e) *Ausencia de controles sobre PDVSA*, como resultado del desmantelamiento del Estado de Derecho. Ello derivó en la gestión ineficiente de la empresa y en especial, en su progresiva corrupción, todo lo cual igualmente violó los principios constitucionales que imponen que PDVSA debe obrar con sometimiento pleno al Estado de Derecho, como ente de la Administración Pública¹³.

Cabe insistir que lo anterior violó la Constitución, la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la Ley Orgánica de la Administración Pública y la Ley contra la Corrupción, entre otras, al desconocer la autonomía de PDVSA y promover su politización¹⁴. Luego, estos cambios fueron solo posibles como resultado del desmantelamiento del Estado de Derecho, que al destruir el sistema de pesos y contrapesos, permitió al Gobierno disponer arbitrariamente de PDVSA y sus empresas filiales a los fines de consolidar su poder político y sus instrumentos de dominación social, menoscabando al mismo tiempo las garantías jurídicas de la propiedad privada de los inversionistas y contratistas del sector.

Tal marco afectó severamente la capacidad de PDVSA, al punto que de la mermada producción petrolera, la mayoría proviene de proyectos de empresas mixtas en los cuales participa la inversión privada.¹⁵

El régimen de Nicolás Maduro continuó con estas políticas predatorias, en especial, avanzando en la politización de PDVSA y, como se explica más adelante, promoviendo

¹² Según Acuerdo de la Asamblea Nacional de 27 de septiembre de 2016, “*la situación financiera de PDVSA es la de una entidad altamente endeudada con una deuda financiera de US\$ 43.716 millones y de US\$ 19.052 millones con proveedores, niveles estos significativamente mayores que lo adeudado en 1998*”. Cfr.: Half, Antoine, et al., *Code red: Venezuela's oil and debt crisis*, Columbia University Center for Energy Policy, 2018.

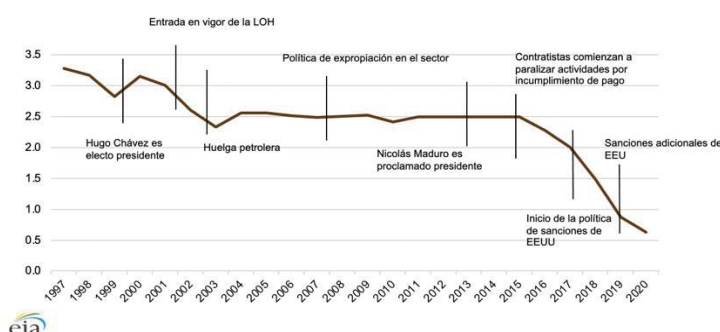
¹³ Artículo 141 de la Constitución.

¹⁴ Además de las normas ya citadas, cabe hacer mención a los artículos 2 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, 27 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y 6, 7 y 13 de la Ley contra la Corrupción. Véase en general, a Brewer-Carías, Allan, *Crónica de una destrucción*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018.

¹⁵ Monaldi, Francisco, *The Collapse of the Venezuelan Oil Industry, and Its Global Consequences*. cit. Véase también a Monaldi, Francisco, et al., *The role of foreign direct investment in resource-rich regions. The collapse of the Venezuelan oil industry: the role of above-ground risk limiting FDI*, Working Paper, Center for Energy Studies, Baker Institute for Public Policy-Rice University, febrero de 2020, tomado de: https://www.bakerinstitute.org/media/files/files/9ba44b2d/fdi-monaldi-venezuela_uSQ8FHh.pdf Siguiendo las fuentes secundarias reportadas por la OPEP, puede apreciarse el derrumbe de la producción petrolera de la siguiente forma. Cuando Hugo Chávez asumió la Presidencia, la producción rondaba los 2.809 miles de barriles diarios (mbd). Para 2006, cuando Chávez fue reelecto, la producción era de 2.595 mbd, y de 2.378 mbd cuando fue reelecto en 2012. A partir de ese momento, el derrumbe de la producción petrolera ha sido evidente: 1.911 mbd para 2017, y 732 mbd para marzo de 2019, para cuando el Presidente de la Asamblea Nacional, había sido ya reconocido como Presidente encargado de las República. En el *Reporte mensual del mercado petrolero* de 11 de noviembre de 2020, correspondiente a octubre, la producción venezolana estimada en fuentes secundarias fue de 367 mbd. Se advierte que las cantidades son globales y no discrimina entre la producción exclusiva de PDVSA y la producción a cargo de empresas privadas en el marco de los acuerdos vigentes en cada momento. El Reporte igualmente refleja que para octubre, *no había ningún taladro operativo en Venezuela* (que de 49 en 2017 pasaron a 25 a fines de 2019, y en el tercer trimestre de 2020).

acuerdos poco transparentes con ciertos inversionistas privados, al margen de la Constitución, muy en especial, luego del desconocimiento de las funciones de control de la Asamblea Nacional, en 2016¹⁶. Estas medidas, lejos de solucionar las restricciones institucionales, crearon nuevas restricciones a la producción. Ello coincidió con el avance de las sanciones económicas impuestas por el Gobierno de Estados Unidos, en especial, luego de que en enero de 2019 PDVSA fuese incluida en la lista de sujetos sancionados bloqueando con ello las operaciones con Estados Unidos y con personas de Estados Unidos¹⁷. Esas sanciones crearon restricciones adicionales pero en modo alguno puede concluirse que el colapso de la industria respondió a las sanciones¹⁸.

De acuerdo con información de la Agencia de Información Energética, el siguiente gráfico resume la caída de la producción petrolera en Venezuela y los principales eventos ocurridos:



Cuadro N° 1. Producción petrolera promedio de Venezuela, en millones de barriles por día.

Fuente: Agencia de Información Energética

Como se observa, la caída de la producción petrolera comienza a ser marcada a partir de 2015, como resultado de las políticas predatorias impuestas desde 2002. De no haberse impuesto sanciones en 2017, probablemente, la caída registrada entre 2015 y 2017 se habría mantenido quizás a un ritmo menor. En todo caso, la complejidad de la crisis en Venezuela dificulta medir el grado exacto de influencia de las complejas causas que han llevado al colapso del sector.

¹⁶ Amparado en el “estado de emergencia” en vigor desde 2016 –como parte de las medidas que desconocieron las facultades legislativas de la Asamblea Nacional– Maduro ha dictado Decretos que, al margen de la Constitución y la LOH, le otorgan poderes absolutos sobre PDVSA. Véanse el Decreto N° 44, sobre el *Régimen Especial y Transitorio para la Gestión Operativa y Administrativa de la Industria Petrolera Nacional* (Gaceta Oficial N° 41.390 de 4 de mayo de 2018) y Decreto N° 4.131, *mediante el cual se declara la emergencia energética de la industria de hidrocarburos*, (Gaceta Oficial N° 41.825 del 19 de febrero de 2020).

¹⁷ Desde 2017 el Gobierno de Estados Unidos ha impuesto prohibiciones a operaciones de PDVSA. La Orden Ejecutiva N° 13.857 de 25 de enero de 2019, incluyó al “Gobierno de Venezuela” y PDVSA, en los sujetos de la Orden Ejecutiva N° 13.692 de 8 de marzo de 2015, lo que en la práctica impuso una prohibición general para operaciones de PDVSA en Estados Unidos y, fuera de Estados Unidos, con personas de Estados Unidos.

¹⁸ Bahar, Danny et al., *Impact of the 2017 sanctions on Venezuela. Revisiting the evidence*, Policy Brief, Global Economy and Development at Brookings, mayo de 2019, tomado de: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2019/05/impact-of-the-2017-sanctions-on-venezuela_final.pdf

En resumen, como demuestra la literatura de Estados fallidos¹⁹, el colapso de PDVSA fue causado por decisiones políticas, a saber, el inadecuado marco institucional diseñado e implementado por el régimen de Chávez desde el 2002, que a través de políticas predatorias, afectó la capacidad de PDVSA.

II. LA INCAPACIDAD DEL ESTADO VENEZOLANO DE AFRONTAR LAS INVERSIONES DE CAPITAL NECESARIAS PARA RECUPERAR LA PRODUCCIÓN PETROLERA (Y LA PROPUESTA ALTERNATIVA DE LA LEY-ANTIBLOQUEO)

Detener y remontar el colapso de la producción petrolera requerirá –entre otras condiciones– de importantes inversiones de capital, estimadas en cien (100) millardos de dólares para ocho años. La recuperación de la producción, especialmente para aprovechar las cada vez más limitadas oportunidades del mercado petrolero internacional, es condición necesaria –no suficiente– para implementar el programa de recuperación económica y social del país²⁰.

El Estado venezolano no puede afrontar actualmente esas inversiones, al menos, por dos razones: (i) el colapso de las finanzas públicas y (ii) la fragilidad del Estado y de PDVSA para asumir las tareas asociadas al incremento de la producción. Es además importante recordar la necesidad de priorizar la limitada capacidad estatal para la atención de la emergencia humanitaria compleja, objetivo al cual deberán orientarse los programas de financiamiento y ayuda internacional.

Por lo tanto, las inversiones de capital deben provenir, al menos de manera preponderante, de la inversión privada. Pero el rol de la inversión privada no solo se limita a la inversión en capital. Además, el sector privado debe aportar la capacidad técnica para asumir las tareas necesarias para detener el colapso de la producción petrolera. En definitiva, reconstruir la capacidad del Estado en general y de PDVSA en particular, tomará más tiempo del necesario para recuperar la producción petrolera a los fines de implementar el programa económico de recuperación y de atención de la emergencia humanitaria compleja. Ante esa situación, la inversión privada puede contribuir a lograr objetivos de corto plazo.

El régimen de Maduro ha reconocido la necesidad de ampliar el rol de la inversión privada, al promover la transferencia de derechos asociados al sector de hidrocarburos del sector público al sector privado. Pero esto se ha realizado al margen de la Constitución y de la LOH, como parte de las decisiones a través de las cuales ese régimen ha desconocido las facultades de la Asamblea Nacional, instaurando en Venezuela un régimen *de facto*.

¹⁹ Rotberg, Robert, “Failed States, Collapsed States, Weak States”, en *State failure and State Weakness in a Time of Terror*, World Peace Foundation and Brookings Institution Press, Cambridge-Washington DC., 2003, pp. 1 y ss. Luego ampliado en “When States Fail”, en *When State Fail: Causes and Consequences*, Princeton University Press, 2004, pp. 1 y ss. Posteriormente, *vid.* Rotberg, Robert, “Odious and Failed States, Humanitarian Responses”, en Trauschweizer, Ingo and Miner, Steven (ed), *Failed states and Fragile Societies. A New World Disorder?*, Ohio University Press, Ohio, 2014, pp. 119 y ss

²⁰ La propuesta del Plan País se basa en la recuperación de la producción petrolera a aproximadamente 3.000 mbd, lo que requiere “atraer capitales privados de forma masiva, lo cual podrá lograrse con competitividad, eficiencia, un marco legal y fiscal que permita la participación ilimitada del capital privado, un sistema de regalías flexibles que incentive la inversión y la de seguridad jurídica a los inversionistas” (Plan País, “Reactivando la industria petrolera nacional”). La junta administradora ad-hoc de PDVSA ha estimado que la inversión en capital, a ocho años, podría ser de cerca de cien (100) millardos de dólares. *Cfr.*: *Principios para la recuperación de la industria petrolera venezolana y del gas*, noviembre de 2020 (consultado en original).

Bajo este esquema, por ejemplo, el régimen de Maduro promovió acuerdos de servicios petroleros contrarios a la LOH, así como la cesión de la participación en empresas mixtas sin control de la Asamblea Nacional²¹.

A este propósito responde, también, la llamada “Ley constitucional anti-bloqueo”, aprobada por la asamblea nacional constituyente en octubre de 2020. Más allá de la ilegitimidad de ese texto, su contenido demuestra que el propósito de Nicolás Maduro es promover acuerdos con la iniciativa privada al margen de los controles derivados en la Constitución²².

La promoción de la inversión privada en el sector de los hidrocarburos en Venezuela requiere un marco institucional estable y claro, que brinde confianza sobre la protección de los derechos económicos, y que además cree ventajas competitivas que incrementen el potencial de Venezuela, dentro del nuevo escenario del mercado energético global²³. Por ello, los arreglos institucionales que promueve Maduro son claramente insuficientes para lograr estos objetivos, que por el contrario, precisan de una nueva legislación, implementada además en condiciones funcionales del Estado de Derecho, como condiciones institucionales básicas para brindar confianza a la inversión privada en el sector.

El sector petrolero venezolano se encuentra ante una disyuntiva. La destrucción del sector y la ventana de oportunidades que ofrece el mercado internacional, exigen importantes inversiones en gastos de capital de cerca de cien (100) millardos de dólares en un lapso de ocho (8) años. Esas inversiones deberán ser proveídas, al menos principalmente, por la inversión privada (como el propio régimen de Maduro lo reconoce). Para lograr ese objetivo, hay dos alternativas institucionales: la opción de la “Ley constitucional anti-bloqueo” y la opción de la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos. La primera opción, del régimen de Maduro, no ofrece ninguna ventaja competitiva en términos de certeza y protección de derechos económicos, con lo cual, no se trata de una opción institucional adecuada a las exigencias del sector. Por el contrario, esta opción responde a los mismos arreglos institucionales que, desde el 2016, han promovido solo soluciones precarias e inestables. La segunda opción, ofrecida por la Asamblea Nacional, brinda el marco institucional adecuado para promover la inversión privada, considerando las condiciones actuales del mercado petrolero internacional y de la industria petrolera venezolana. El proyecto de Ley Orgánica de Hidrocarburos presentado por la Asamblea Nacional en septiembre de 2020 introduce reformas institucionales razonables que facilitan la implementación de las nuevas políticas públicas petroleras, aunque es necesario mejorar, en algunos aspectos, la calidad institucional de la reforma.

²¹ Véanse los Acuerdos de la Asamblea Nacional de 25 de septiembre de 2018, 8 de enero de 2019, 7 de abril de 2020, entre otros.

²² *Vid.*: Brewer-Carías, Allan R., “El último golpe al Estado de Derecho”, octubre de 2020, consultado en original: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/10/2131.-BREWER.-ULTIMO-GOLPE-AL-ESTADO-DE-DERECHO.-LEY-ANTIBLOQUEO.-18OCT-2020..pdf>

²³ Como explicamos, Venezuela deberá competir con la región en la ventana de oportunidades que ofrece el mercado energético mundial. Las condiciones naturales de Venezuela crean oportunidades -su posición geográfica, por ejemplo- y desventajas -la relevancia de los crudos extrapesados y su impacto ambiental. *Vid.*: “Venezuelan oil could become world’s biggest stranded asset, say experts”, *Financial Times*, 18 de noviembre de 2020, tomado de: <https://www.ft.com/content/cafb3c7-2434-4f23-8da8-1f7052efdc8e>. Por ello, el interés debe centrarse en aquellas variables que sí se pueden controlar, como el marco institucional, a través del cual pueden crearse incentivos adicionales para la recuperación de la industria. A estos fines, es fundamental recordar que la particularidad de las inversiones en el sector (actividades intensivas de capital con inversiones a largo plazo, en escenarios de riesgo y de inestabilidad del mercado internacional) requieren un marco institucional adecuado, que brinde certeza y seguridad jurídica.

III. LAS RESTRICCIONES VINCULANTES A LA INVERSIÓN PRIVADA DERIVADAS DE LA LEY ORGÁNICA DE HIDROCARBUROS Y LOS CAMBIOS PROMOVIDOS EN EL PROYECTO

De acuerdo con lo que se ha venido exponiendo, la recuperación de la producción petrolera requiere ampliar los cauces de la inversión privada. Empero, la LOH contiene diversas reglas que prohíben esa inversión. Es preciso aclarar que el origen de esas reglas es legal, y no constitucional.

En efecto, la promoción de la inversión privada como condición necesaria –pero no suficiente– para recuperar la producción petrolera, no es incompatible con el marco constitucional. Por el contrario, este marco permite, bajo ciertas condiciones, ampliar los cauces de la inversión privada en el sector.

Hay solo dos condiciones que derivan directamente de la Constitución. La primera, que los yacimientos de hidrocarburos son –y deben ser– propiedad de la República (artículo 12). Tal norma constitucional es la que justifica los poderes de ordenación y limitación del Poder Ejecutivo sobre el sector, incluyendo la necesidad de trasladar el derecho de exploración y producción a la empresa operadora a cargo de esas actividades. La segunda condición es que las acciones de PDVSA –o del ente creado para el manejo de la industria petrolera– no pueden ser privatizados (artículo 303)²⁴.

La Constitución no prohíbe que la iniciativa privada pueda asumir el ejercicio de actividades de exploración y producción, siempre bajo el control del Estado. Por el contrario, el propio artículo 303 de la Constitución aclara que la prohibición de traslado al sector privado de las acciones de PDVSA no aplica a “*las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela*” (o del ente creado para el manejo de la industria petrolera).

De otro lado, no hay en la Constitución una reserva directa al Estado sobre todo el sector de hidrocarburos. Lo que dispone el artículo 302 es que la Ley deberá decidir qué actividades del sector deberán ser asumidas de manera exclusiva por el Estado lo que no impide que la Ley decida permitir la inversión privada en actividades del sector, como corrobora el citado artículo 303.

En resumen, la Constitución no prohíbe ampliar los cauces a través de los cuales el sector privado puede aportar las inversiones de capital necesarias para recuperar la producción petrolera, así como aportar la capacidad técnica con la que no cuenta actualmente el Estado. Luego, es posible, mediante una reforma legal, derogar la prohibición de la LOH que impide a la iniciativa privada atender, directamente, actividades de exploración y producción.

Así, resumiendo el análisis de la LOH, pueden formularse las siguientes conclusiones en cuanto a las restricciones que de ella derivan:

- a) La Ley reserva al Estado las actividades de exploración y producción, no solo en su titularidad sino en su gestión. Esto implica que únicamente el Estado por medio de empresas públicas puede realizar esas actividades, y que por lo tanto, éstas

²⁴ Seguimos aquí lo que antes hemos explicado en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 451 y ss.

no pueden delegarse a empresas privadas²⁵. En pocas palabras: las actividades de exploración y producción deben estar a cargo del Estado al ser actividades estatales.

- b) Como consecuencia de lo anterior, la Ley dispone que las actividades de exploración y producción únicamente podrán ser realizadas *(i)* por empresas de la exclusiva propiedad del Estado o *(ii)* por empresas en las cuales el Estado tenga más del cincuenta por ciento (50%) del capital social, llamadas “empresas mixtas”²⁶. De acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Pública, sin embargo, las empresas mixtas son en realidad empresas públicas sometidas a todo el régimen jurídico de esas empresas, incluyendo el procedimiento de selección de contratistas²⁷.
- c) Esto implica que en la empresa mixta, la operación e inversión debe estar a cargo del Estado. La inversión privada es marginal en dos sentidos: *(i)* las actividades de exploración y producción no pueden encomendarse directamente al sector privado, quien solo podrá colaborar con PDVSA y *(ii)* las inversiones de capital deben ser, al menos mayoritariamente, inversiones públicas.

Hay, además, otras limitaciones de origen legal derivadas de la política arbitraria de expropiaciones, y que principalmente, limitan la inversión privada en servicios conexos y en el mercado interno de combustibles²⁸.

Además de la restricción legal que impide a la iniciativa privada emprender directamente actividades de exploración y producción, la LOH establece otras regulaciones que no propician la inversión. De ellas se destacan dos. La primera, la ausencia de regulaciones técnicas claras cuya implementación se confíe a una Administración Pública autónoma, y la segunda, el esquema rígido de regalías²⁹.

El proyecto resuelve, adecuadamente, esas restricciones, en especial, con cuatro reformas que comentamos de seguidas: *(i)* el régimen de la inversión privada en las actividades de exploración y producción; *(ii)* la creación de la Agencia Venezolana de los Hidrocarburos; *(iii)* la revisión del régimen económico y *(iv)* el régimen transitorio de todo el sector.

²⁵ Artículo 9. Las empresas públicas abarcan, formalmente, a las empresas mixtas, cuyo capital social debe pertenecer mayoritariamente al Estado.

²⁶ Artículo 22.

²⁷ Artículo 103, Ley Orgánica de la Administración Pública y artículo 3, Ley contra la Corrupción.

²⁸ Véanse: *Ley Orgánica de Reordenamiento del Mercado Interno de los Combustibles Líquidos y Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos*.

²⁹ En realidad, la regulación de las actividades de producción y exploración recae en PDVSA, directa o indirectamente a través de la Corporación Venezolana de Petróleo, por lo que respecta a las empresas mixtas. La regalía es del 30%, y solo excepcionalmente podrá llevarse al 20% “*a fin de lograr la economicidad de la explotación y queda facultado igualmente para restituirla, total o parcialmente*” (artículo 44, LOH). Además, en el marco de las empresas mixtas se crearon otras contribuciones, en especial, el llamado “impuesto sombra”, así como lo dispuesto en la *Ley que crea Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburos*. La Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (LOHG) parte de un marco regulatorio distinto que sí reconoce la libre iniciativa privada y establece una regalía del 20%. Cabe destacar que la autoridad regulatoria creada en la LOHG nunca se implementó en la práctica.

Además, el proyecto aborda una regulación unitaria abarcando tanto los hidrocarburos líquidos como los gaseosos³⁰.

1. *El reconocimiento de la inversión privada*

El artículo 17 del proyecto reconoce el derecho a la iniciativa privada a realizar las actividades de exploración, producción, tratamiento, recolección, transporte, y almacenamiento, tanto respecto de hidrocarburos líquidos como de hidrocarburos gaseosos (en este último caso, además, respecto de las actividades de recolección, separación, compresión, procesamiento, mejoramiento, almacenamiento, transporte, y suministros iniciales como materia prima para el mercado interno o externo). Estas actividades son llamadas “*actividades delegadas*”, y están “*reservadas*” al Estado (artículo 15). Las empresas que llevan a cabo estas actividades se denominan “*empresas asignatarias*” (artículo 17). El resto de las actividades –como las “*actividades aguas abajo*”– quedan reguladas en otras normas, que ratifican el derecho de la iniciativa económica privada de emprender cualquiera de esas actividades. En especial, el proyecto deroga las Leyes dictadas durante el régimen de Chávez, por medio de la cual se implementó la política de expropiación en el sector y se reservaron las actividades del mercado interno³¹.

Según el artículo 18, la gestión de las actividades delegadas se efectuará de acuerdo con el correspondiente contrato, cuyas condiciones generales no son, sin embargo, definidas en el Proyecto (más allá de los parámetros referenciales previstos en el artículo 19, en aspectos tales y como la extensión del contrato, que no podrá exceder de treinta años, prorrogables por diez años).

Por el contrario, esas condiciones son definidas por el Ministerio con el apoyo técnico de la Agencia, y quedan sujetas al control previo de la Asamblea Nacional (artículo 26). Corresponde a la Agencia adjudicar esos contratos, mediante procedimiento licitatorio o, en “*casos excepcionales*”, adjudicación directa (artículos 29 y 30)³².

El reconocimiento de la iniciativa económica privada en las actividades aguas arriba y en especial, en las actividades de exploración y producción, remueve efectivamente la limitación legal derivada de la LOH, y que obstruye la recuperación del sector, tal y como fue explicado. Además, se reconoce el derecho a comercializar los hidrocarburos naturales producidos³³.

Sin embargo, el proyecto no define con claridad la naturaleza de los derechos que la inversión privada podrá ejercer, ni define el marco contractual aplicable –materia que–, por ende, queda delegada en los reglamentos que se dicten, siempre, bajo el control de la Asamblea Nacional.

³⁰ Este aspecto es relevante. El proyecto unifica la regulación de la LOH y la LOHG, todo lo cual facilita la implementación de las políticas públicas para todo el sector.

³¹ Entre otros, véanse los artículos 47, 51, 52, 55, 60, 63 (referido a la comercialización) y 66. Tanto la LOH como la LOHG reconocen la iniciativa privada en esos sectores, aun cuando el Proyecto deroga las reservas especiales dictadas por el régimen de Chávez, en especial, en el mercado interno.

³² Según el artículo 22, las empresas que realicen las “*actividades delegadas*” podrán celebrar los contratos servicios, sin ceder la realización de estas actividades. En realidad, se entiende que estas empresas, en ejercicio de la libertad de contratos, pueden también celebrar otros contratos, como la compraventa o la contratación de obras.

³³ Artículo 64.

La ausencia del marco institucional que defina con claridad los derechos contractuales, junto con la “reserva” sobre las “actividades delegadas”, son factores institucionales que pueden generar incertidumbre para la inversión privada³⁴. De allí la pertinencia de revisar esta materia, para fortalecer el reconocimiento institucional de los derechos económicos asociados a las actividades delegadas³⁵.

2. *Las Agencia Venezolana de los Hidrocarburos*

El proyecto materializa la creación de la Agencia Venezolana de Hidrocarburos, como la Administración Pública a cargo de la “administración, regulación, el control y la fiscalización de las Actividades Delegadas, la disposición de los hidrocarburos producidos por las Empresas Asignatarias, así como de la implementación técnico de las políticas públicas que sean dictadas por el Ministerio del sector de hidrocarburos, de acuerdo con las competencias que le otorga esta Ley” (artículo 70). Además, se reconocen diversas competencias al Ministerio del sector (artículo 69).

Las atribuciones de la Agencia quedan recogidas en el artículo 71. De la lectura de esa norma se desprende que la principal función de la Agencia es la administración de los contratos para la realización de las “actividades delegadas”³⁶. Tal competencia, en todo caso, debe ejercerse en coordinación con el Ministerio, a quien corresponde delimitar el área contractual y decidir la adjudicación del contrato³⁷. Se observa que es común que el proyecto asigne, a la Agencia, el rol de “apoyo” al Ministerio.

Otro aspecto para considerar es la autonomía de la Agencia, reconocida en el artículo 78. Empero, de conformidad con el artículo 73, los cinco miembros del directorio de la Agencia son la libre nombramiento y remoción, y uno de ellos será el Ministro.

El marco institucional de la Agencia parte del reconocimiento de un cúmulo de competencias esenciales, de cara a la administración de los contratos que pasa a ser la principal técnica de intervención administrativa sobre las llamadas actividades delegadas.

Pero estas competencias se solapan, en ciertas áreas, con las competencias del Ministerio. Igualmente, no queda claro si la Agencia también supervisa las actividades de producción y exploración a cargo de PDVSA en parte, pues el proyecto nada dice sobre el régimen transitorio aplicable a esa empresa.

³⁴ La “reserva” implica la exclusión del derecho de libertad de empresa (artículo 112 constitucional), aun cuando la inversión privada puede gestionar actividades reservadas por medio de contratos públicos. La principal diferencia es que, en actividades reservadas, el ámbito de los derechos económicos es mucho menor que en las actividades no reservadas, dependiendo de los contratos que sean concedidos a tales efectos (*Derecho Administrativo y Regulación Económica, cit.*).

³⁵ En sentido técnico, no es preciso reservar al Estado las actividades delegadas, pues lo cierto es que el uso de yacimientos de hidrocarburos es una actividad privativa del Estado, al tratarse de bienes del dominio público. Por ello, la LOHG no contiene cláusula de reserva alguna. Lo importante, en todo caso, es la correcta definición de los derechos económicos en las “actividades delegadas”.

³⁶ Artículo 71, numeral 2, literales e y f, principalmente. Esto abarca, en especial, la aprobación del régimen económico, cuya administración corresponde a la Agencia (numeral 3). En especial, corresponde a la Agencia decidir sobre la revocatoria del contrato como sanción administrativa (artículos 85 y 85).

³⁷ Artículos 69, numerales 6 y 7.

Además, desde el punto de vista organizacional, la Agencia no tiene autonomía respecto del Poder Ejecutivo. En la práctica, esto convierte a la Agencia en un ente auxiliar del Ministerio, y no tanto en una Administración con autonomía funcional basada en un marco institucional que separe, adecuadamente, la Agencia del Poder Ejecutivo³⁸.

Esto exige repensar el reparto de competencias entre la Asamblea, la Agencia y el Ministerio, recordando los tres ámbitos de funciones que esas instancias ejercen: (i) control democrático y de rendición de cuentas; (ii) regulación técnica y (iii) formulación de políticas públicas. Un marco que refuerce la autonomía y funciones de la Agencia, en detrimento de las funciones del Ministerio y de la Asamblea, pueden afectar la legitimidad democrática de las políticas públicas del sector, pero un marco que debilite la autonomía y las funciones de la Agencia puede fortalecer la legitimidad democrática elevando los riesgos de politización. Por ello, el diseño de la Agencia debería ser examinado, para asegurar cumplir con el objetivo final, cual es asegurar la autonomía técnica de la regulación como condición necesaria para estimular la inversión privada.

3. *El régimen económico*

El proyecto introduce importantes reformas en el régimen económico. La regalía base se reduce al dieciséis sesenta y siete por ciento (16.67%) del valor bruto de todos los hidrocarburos producidos, aun cuando excepcionalmente, puede reducirse al uno (1%) por ciento, sin perjuicio de tornar al monto base (artículo 39)³⁹. La intención es introducir un mecanismo gradual y flexible de regalía, siempre en función a las características de cada proyecto⁴⁰. Además, el proyecto deroga la Ley que crea la *contribución especial por precios extraordinarios y precios exorbitantes*.

En adición, el artículo 42 dispone la posibilidad de introducir ventajas especiales en los procedimientos de selección de contratistas, incluyendo “una contribución económica especial, un monto adicional a la regalía, la incorporación de nuevas tecnologías, la transferencia de conocimientos o el pago de un bono al momento de la firma de la modalidad contractual respectiva”⁴¹.

³⁸ La Agencia forma parte de los arreglos institucionales necesarios para crear incentivos a la inversión privada. Su existencia, ciertamente, responde también a principios de eficiencia, pero su principal objetivo es garantizar la neutralidad política de la regulación, lo que implica, básicamente, diferencias funcionales con el Gobierno (sin negar, en todo caso, la conducción política). En general, véase a Lares, María Elena, *et al.*, *Un modelo de agencia reguladora independiente de hidrocarburos*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2019. La presencia del Ministro no es, necesariamente, una condición adversa a la autonomía de la Agencia. Nuestra observación responde a la valoración integral del diseño institucional de la Agencia. Esto es, la ausencia de ámbitos propios de competencia, con el solapamiento de las competencias del Ministerio, junto a composición del directorio, son condiciones adversas a la autonomía. Cabe advertir que la autonomía financiera –artículo 80– está debidamente garantizada, lo que es un elemento positivo.

³⁹ Para el gas asociado, el artículo 40 dispone una regla similar.

⁴⁰ Dispone el artículo 39 que los “porcentajes de regalía se establecerán en los procesos competitivos de selección o adjudicación directa antes mencionados. La Agencia Venezolana de Hidrocarburos establecerá los ajustes variables en las modalidades contractuales respectivas. Los ajustes variables de regalías podrán estar basados en una fórmula elaborada en razón de niveles de precios, producción, rentabilidad o cualquier otro mecanismo que establezca la Agencia Venezolana de Hidrocarburos. Los porcentajes de las regalías y la fórmula mencionados deberán ser incorporados en los términos y condiciones a ser aprobados por la Asamblea Nacional”.

⁴¹ No se trata solo de una variable a considerar en los procedimientos competitivos, pues la norma aplica también a los casos de adjudicación directa.

Asimismo, la estructura tributaria se simplifica, al contemplarse dos impuestos especiales: (i) el impuesto superficial, en el artículo 43, “*equivalente a cien unidades tributarias (100 U.T) por cada Km² o fracción del mismo, por cada año transcurrido, por la parte del Área Contractual otorgada que no estuviere en explotación*”⁴², y (ii) el impuesto de exportación, en el artículo 43, “*equivalente al cero coma un por ciento (0,1%) sobre los volúmenes de hidrocarburos exportados*”. El impuesto sobre la renta no es tratado.

Por último, el artículo 45 dispone que “*los municipios no podrán gravar las Actividades Delegadas, así como tampoco las actividades de transporte y almacenamiento de los hidrocarburos en su estado natural*”⁴³.

El proyecto introduce, adecuadamente, reglas económicas flexibles, con el propósito de generar incentivos para la inversión privada. Estas reglas no pueden ser vistas simplemente como la rebaja de regalías, aun cuando ciertamente, el tope máximo se disminuye. En realidad, esta reforma debe evaluarse en función al objetivo final, cual es promover la inversión privada para maximizar la producción petrolera, procurando además ingresos fiscales –que aumentarán–, en la medida en que la producción y los precios resulten favorables. Con todo, es necesario concordar el régimen económico con el régimen contractual, en especial, para reducir incentivos a políticas predatorias orientadas a capturar la renta en caso de aumento de los precios del petróleo⁴⁴.

4. *El régimen transitorio*

El proyecto establece el marco jurídico transitorio respecto de las empresas mixtas y titulares de licencias bajo la LOHG, reconociendo su derecho a optar entre mantener los títulos jurídicos bajo los cuales operan o migrar al esquema contractual, en todo caso, permitiendo a las empresas mixtas comercializar directamente los hidrocarburos producidos⁴⁵. Se entiende que si los operadores económicos deciden mantener esos títulos, el régimen legal de proyecto aplicará de manera inmediata, en especial, en temas de regalías y de la supervisión a cargo de la Agencia. Aun cuando esta solución puede crear diferencias institucionales entre los nuevos proyectos y los proyectos en curso, este régimen transitorio protege adecuadamente los derechos adquiridos.

Sin embargo, no hay en el proyecto ninguna disposición que regule el régimen transitorio de PDVSA, con lo cual, no se prevé ninguna regulación que permita a PDVSA traspasar derechos de exploración y producción a la iniciativa privada siempre, bajo la modalidad contractual prevista en el proyecto⁴⁶. En general, tampoco hay ninguna previsión sobre la transformación de

⁴² Este impuesto “*se incrementará cada año en un dos por ciento (2%) durante los primeros cinco (5) años y en un cinco por ciento (5%) en los años subsiguientes*”.

⁴³ La implementación de la tributación municipal sobre el sector requiere la revisión integral del régimen tributario municipal, y en general, de la organización municipal.

⁴⁴ La inestabilidad de los precios del petróleo es relevante para el marco institucional, en tanto el auge de los precios crea incentivos para la captura de la renta por el Gobierno, lo que eleva la probabilidad de expropiaciones y otras medidas similares. Para evitar ello, el marco contractual –que el proyecto no desarrolla– debe brindar flexibilidad al régimen económico, y proteger adecuadamente los derechos económicos.

⁴⁵ Disposición transitoria segunda, tercera y cuarta.

⁴⁶ Esto es, la llamada “ronda cero”, en la cual PDVSA puede decidir mantener proyectos o desprenderse de proyectos para su adjudicación a la iniciativa privada. La ausencia de cobertura legal no impide esta opción –PDVSA siempre puede renunciar a sus derechos– pero es recomendable un adecuado tratamiento institucional, pues ello puede crear instituciones propicias a la inversión privada.

títulos aplicable a PDVSA pues en teoría, las filiales de PDVSA a cargo de actividades deberían adecuarse al marco contractual del proyecto⁴⁷. Finalmente, la reestructuración de PDVSA –en el marco de políticas para proteger sus activos frente a reclamaciones legadas de los regímenes de Chávez y Maduro– no es tampoco tema abordado en el proyecto⁴⁸.

5. *Panorámica general del Proyecto*

El proyecto introduce, adecuadamente, las reformas institucionales que facilitan la implementación de las políticas públicas sobre la industria de los hidrocarburos en Venezuela. Como se reconoce en su exposición de motivos, las reformas tienen como propósito principal incentivar la inversión privada y, así, atender al colapso de la producción como condición necesaria pero no suficiente, para la implementación del programa de recuperación económica de Venezuela.

En efecto, el proyecto *(i)* permite a la iniciativa económica realizar directamente las actividades de exploración y producción de hidrocarburos líquidos (y gaseosos asociados); *(ii)* introduce la figura de la Agencia Venezolana de los Hidrocarburos y *(iii)* flexibiliza el régimen económico, en especial, de regalías. Estas reformas, que pueden introducirse formalmente en una reforma puntual de la LOH, se abordan de manera comprensiva en el proyecto, lo cual brinda al nuevo marco jurídico de mayor claridad.

Empero, este nuevo marco jurídico deja aspectos por aclarar en cuanto al régimen de los derechos económicos de la inversión privada, materia que principalmente queda delegada en los contratos y reglamentos que serán dictados. Cabe recordar que la promoción de la inversión privada en el sector de hidrocarburos en Venezuela se enfrenta a obstáculos exógenos (características de los yacimientos venezolanos, y las transformaciones del mercado energético mundial), en un contexto país signado por la incertidumbre política. Pese a esos obstáculos, Venezuela deberá competir para atraer la inversión privada, todo lo cual exige un mayor esfuerzo en el diseño del marco institucional, a los fines de crear incentivos que logren paliar las condiciones adversas señaladas. No se trata, se aclara, de ampliar más el rol de la iniciativa privada, sino más bien, de fortalecer la calidad institucional para brindar mayor seguridad jurídica.

Otro aspecto para destacar es que el marco institucional del proyecto introduce disposiciones que se alejan del objetivo último de maximizar la producción, como medidas de protección de la inversión nacional o de la transición a energías renovables. No se niega la relevancia de estos temas, que pueden justificar el diseño de especiales políticas públicas. Pero en la definición del marco institucional, es preciso tener en cuenta el objetivo principal a atender –maximización de la producción– para descartar arreglos institucionales que, en otras condiciones, pudieran ser razonables. Cabe recordar que el propósito de la reforma institu-

⁴⁷ Las Leyes vigentes no contemplan con claridad los títulos habilitantes por los cuales las filiales de PDVSA gestionan directamente actividades. Por fines de eficiencia, lo recomendable es migrar al esquema de contratos, siempre respetando el principio de igualdad.

⁴⁸ En Venezuela, el rol que debe cumplir PDVSA no es una decisión de políticas públicas, sino consecuencia de un claro mandato constitucional. Pero al mismo tiempo, es preciso considerar la precaria condición de PDVSA, desde el punto de vista de su gobierno corporativo, capacidad productiva, capacidad financiera y riesgos de litigios. Todas estas condiciones restringen severamente la capacidad de PDVSA y colocan en riesgo su continuidad operativa. El proyecto nada dispone sobre cómo atender estas restricciones. Aun cuando muchas de esas restricciones pueden implementarse por medio de políticas públicas bajo las Leyes administrativas en vigor, puede ser necesario establecer ciertas reglas legales especiales, por ejemplo, para establecer un régimen especial que permita atender la crisis financiera de PDVSA protegiendo sus activos.

cional no es promover la transformación energética de Venezuela, pues la destrucción del sector de hidrocarburos –aunado a la destrucción del sector eléctrico– hace que, en realidad, no exista nada que transformar pero sí mercados que construir.

Lo anterior es especialmente relevante en el contexto en el cual la nueva Ley se implementará. Solo una vez alcanzada la transición política, y logrado la remoción de las sanciones internacionales sobre la industria, es que el nuevo marco institucional podrá implementarse de manera efectiva. Esto implica que este marco se implementará en un contexto de inestabilidad política, como sucede con toda transición, lo que crea limitaciones adicionales para la implementación de las políticas públicas orientadas a la reactivación del sector. Por ello, el proyecto debería mejorar el foco de la reforma, para adecuarse mejor a este contexto y así lograr la introducción de las instituciones que puedan acompañar la (re) construcción del sector energético, tomando en cuenta además los retos que impone la fragilidad del Estado venezolano, especialmente, en temas de seguridad por la fractura del monopolio del ejercicio legítimo de la violencia. En resumen, el proyecto debe adecuar el marco institucional diseñado al nivel de colapso de la industria petrolera, del sector energético y en general del Estado, considerado como Estado fallido.

Además, la organización de la Agencia Venezolana de Hidrocarburos ofrece oportunidades de mejora, pues en el proyecto se aprecia cierto solapamiento con las atribuciones del Ministerio, todo lo cual afecta su autonomía. La calidad del marco institucional depende, en buena medida, de la confianza de los operadores económicos en cuanto a la implementación de ese marco, para lo cual, es fundamental fortalecer la autonomía técnica de la Agencia, sin menoscabo del rol del Gobierno en la condición política, siempre bajo el principio de rendición de cuentas a la Asamblea.

Finalmente, el proyecto no contempla adecuadamente el régimen transitorio de PDVSA, tanto respecto a la posibilidad de ceder derechos de exploración y producción a la inversión privada, como respecto a su reorganización vista la destrucción de su capacidad técnica, y las contingencias legales a las cuáles ésta se encuentra. No basta con garantizar la existencia jurídica de PDVSA –como la Constitución establece– sino que además, es preciso asegurar su capacidad operativa lo que justifica arreglos institucionales especiales.