

El abuso de derecho y el abuso de dependencia económica en los contratos petroleros

Marianna G. DE VITA R.*

Sumario

Introducción 1. Participantes en la industria petrolera en Venezuela 2. Contratos petroleros 3. Contratos de ingeniería y contratos de transferencia de tecnología 4. El abuso de derecho y el abuso de dependencia económica. Conclusiones

Introducción

El contrato es definido por nuestro Código Civil como «una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico». Es una herramienta utilizada por los particulares, cuya finalidad se centra en regular intereses comunes, con sus propias normas obligatorias. El contenido de las disposiciones contractuales se circunscribe a la estructura de una norma jurídica, en la que existe un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, siendo el supuesto de hecho la prestación, y la consecuencia jurídica la sanción en caso de contravención, justo donde radica el carácter coactivo de la obligatoriedad de la relación.

El fundamento de la fuerza obligatoria del contrato recae sobre el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el cual comprende dos vertientes importantes:

* **Universidad Metropolitana**, Abogada, Diplomado en Derecho de los Hidrocarburos.
Universidad Central de Venezuela, Profesora en la Cátedra de Derecho de Obligaciones.

i. Posición del sujeto en el ámbito de su particular esfera jurídica, caracterizada por su libertad para gozar y ejercer sus derechos subjetivos y sus situaciones subjetivas activas, ejercer sus poderes, resolver sobre el cumplimiento o no de las cargas, etc.; y ii. posición de poder en que se halla ese mismo sujeto para determinar por sí mismo sus relaciones jurídicas con los otros sujetos mediante el ejercicio de su libertad y dentro de los confines de lo lícito¹.

Este principio no es más que la libre determinación de las partes contratantes en torno a los contratos que ellas deseen celebrar, según sus propios intereses, ello sin tener que adecuarse a las normas vigentes del ordenamiento jurídico; en consecuencia, pueden celebrar cuantas convenciones quieran, así como derogar, en el marco de su acuerdo, las regulaciones de los contratos y de las obligaciones previstas en el instrumento normativo que las regule, o incluso modificar la estructura del propio contrato.

No obstante, este poder contractual no es absoluto y encuentra sus límites en el orden público y las buenas costumbres², de allí que el artículo 6 del Código Civil venezolano³ establezca que «No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público o las buenas costumbres».

Ahora bien, si tomamos la conceptualización del principio anteriormente mencionado en sentido estricto, pareciera que las partes, en el marco de su libertad contractual, negocian las obligaciones que regularán un acuerdo o convención futura, como pares, es decir bajo las mismas condiciones; sin embargo, existen muchos factores externos que influyen al momento de iniciar una negociación. Por ejemplo, en los contratos de adhesión las cláusulas

¹ MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina general del contrato*. 5ª, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2009, pp. 19 y 20.

² En Venezuela debido a TSJ/SC, sent. N° 085, del 24-01-04, el Estado social de Derecho y de justicia también limita el principio contractual de autonomía de la voluntad de las partes.

³ *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 2990 extraordinario, del 26-07-82.

son establecidas por una sola de las partes, lo cual a simple vista generaría una ventaja sobre el contratante que las constituya; no obstante, existen normas en nuestro ordenamiento jurídico que regulan algunas materias especiales –casos como el del consumidor, del Derecho Laboral o del contrato de arrendamiento– que por prever algunos derechos fundamentales a favor de débiles económicos –consumidor, trabajador, arrendatario–, a pesar de existir en la mayoría de los casos un contrato de adhesión, se considera que ambas partes se encuentran en condición paritaria en la celebración de una convención.

En este sentido, es evidente que existen algunas materias especiales en las que el Estado, a través de los Poderes Públicos –Poder Legislativo y Judicial– ha intervenido en actos jurídicos privados, en aras de proteger los intereses de la colectividad; sin embargo, hay ámbitos en los que no existen regulaciones especiales y debemos acudir al Derecho Civil para analizar si el vínculo jurídico que existe entre dos o más personas realmente se encuentra en condición paritaria o no; este es el caso de los contratos petroleros.

En Venezuela, la explotación de los hidrocarburos es una de las actividades económicas más lucrativas del país, toda vez que representa la principal fuente de ingreso de la Nación; es por ello que el constituyente en el año 1999 consagró en el artículo 302 de la Carta Magna que «el Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico...»⁴.

De igual forma, la Ley Orgánica de Hidrocarburos⁵, siguiendo la línea constitucional, contempla en su artículo 4 que «Las actividades a las cuales se refiere esta Ley, así como las obras que su realización requiera, se declaran de utilidad pública y de interés social», es decir, en Venezuela la propiedad y administración del petróleo recae sobre la República y el Ejecutivo Nacional

⁴ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36860, del 30-12-99, cuya enmienda fue publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5908 extraordinario, del 19-02-09.

⁵ Reformada mediante Decreto N° 1510, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38443, del 24-05-06.

respectivamente, en consecuencia los particulares que quieran participar en el desarrollo de la actividad petrolera, deben regirse por lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en las leyes que regulen la materia de hidrocarburos, así como en las resoluciones y providencias que dicte el órgano o ente competente.

Así las cosas, en virtud de la ventaja que le proporciona al Estado venezolano la reserva de las actividades petroleras, es difícil considerar que exista paridad en las relaciones contractuales que se celebren con terceros, que quieran participar en el desarrollo de tal industria. En otros términos, es frecuente que entre las partes exista una situación de asimetría de poder contractual, derivada de la situación de dependencia –económica– que pueda sufrir el particular, ya que únicamente puede ofrecer su bien o servicio al propietario del recurso no renovable –es decir, al Estado⁶–, lo cual conlleva a que deba adherirse a las condiciones que este último establezca.

Como vemos, es una materia de carácter especial, en la que el Estado tiene una participación activa y actúa, en el mismo sector, como Estado-propietario, Estado-regulador-administrador y Estado-empresario⁷. Es evidente su situación de ventaja, como propietario del recurso, frente a quien tenga como objeto la explotación del petróleo en países que participen en este mercado. De allí que pueda suscitarse el riesgo de que la parte con mayor poder contractual pueda extralimitarse en el ejercicio de algunos de sus derechos en la relación jurídica.

Esta investigación pretende analizar la aplicación de las figuras del abuso de dependencia económica y el abuso de derecho en las obligaciones pactadas con ocasión a la explotación de la industria petrolera, específicamente en aquellas relaciones jurídicas en las que existe una desproporción que beneficia

⁶ Esta situación también pudiera presentarse cuando la empresa que ofrece el servicio contrata con un tercero, y le impone sus condiciones, por ser la única que desarrolla cierta actividad en el mercado.

⁷ Vid. MATA GARCÍA, César R: *Manual de Derecho de los Hidrocarburos en Venezuela*. Editorial Arte. Caracas, 2016, pp. 83-98.

al propietario del recurso mineral, sobre el contratante que presta un servicio relacionado con la cadena de producción en esta rama.

1. Participantes en la industria petrolera en Venezuela

Según la Real Academia Española, el petróleo «es un líquido natural oleaginoso e inflamable, constituido por una mezcla de hidrocarburos, que se extrae de lechos geológicos continentales o marítimo...»⁸. De este recurso natural pueden obtenerse productos primarios con fines energéticos o industriales, siempre y cuando se someta a operaciones de destilación, purificación y transformación –proceso de refinación–.

Las teorías científicas explican que la formación de este hidrocarburo se suscitó por restos de enormes cantidades de plantas acuáticas y organismos que se mezclaron con arena y barro en el fondo de los océanos primitivos; este material, al estar sometido a un régimen de altas presiones y temperaturas, se transformó en lo que hoy en día conocemos como el petróleo⁹.

Un aspecto resaltante en cuanto a la utilidad de este recurso natural se verifica en la industria petroquímica¹⁰, ya que una vez procesado se utiliza como materia prima para la facturación de fertilizantes, adhesivos, alfombras, cosméticos, pinturas, cauchos, ropa, plásticos, fármacos, entre otros, por lo que puede apreciarse su vinculación con la cotidianeidad de los particulares.

⁸ Vid. <http://dle.rae.es/?id=SqSE0eH>.

⁹ Vid. http://www.pdvsa.com/PESP/Pages_pespe/nuestrariqueza/petroleo.html.

¹⁰ La industria química y petroquímica es aquella cuya función principal es la de procesar y transformar materias primas provenientes de los hidrocarburos, y otras tantas materias como el agua salada, aire, ciertos metales y minerales no metálicos, a fin de convertir a éstas, en productos químicos para el consumo final, o en otras materias primas –productos químicos intermedios–, que son precursoras de múltiples cadenas productivas, y cuyos productos son a su vez materias primas de un conjunto de otras industrias manufactureras. Entre ellas se encuentran la propia industria química, que fabrica una amplia gama de productos terminados que se utiliza en casi todas las áreas de la actividad económica, o están presentes en una infinidad de artículos utilizados en la vida cotidiana (*Plan Nacional del Sector Petroquímico*. PEQUIVEN. Caracas, 2005).

Esta utilidad, que lo sitúa como la principal fuente de energía en el mundo, ha generado que su explotación y posterior comercialización sea un mercado global de gran escala, incluso hay países productores que en medio de bonanzas petroleras han aumentado notablemente sus riquezas, por lo que su principal interés es mantenerse en este mercado e incrementar su producción, siendo necesario invitar a empresas petroleras a explorar sus tierras y aguas territoriales en busca de yacimientos naturales que contengan alguna reserva petrolera.

La industria petrolera comprende tres grandes etapas, a saber: a. *Upstream* –corrientes o aguas arriba–, mediante la cual se efectúa la exploración de determinada unidad geográfica, la perforación del pozo petrolero y la extracción, transporte, tratamiento primario y almacenamiento inicial del crudo; b. *midstream* –corrientes o aguas medias–, que comprende su refinación, a través un proceso de destilación, purificación y transformación, así como la comercialización del recurso natural ya procesado, y c. *downstream* –corrientes o aguas abajo–, en la cual el petróleo es sometido a un proceso de separación, destilación, purificación, conversión, mezcla y transformación para comercializarlo, ya no como crudo sino convertido en productos primarios.

Para participar en la cadena de producción anteriormente reseñada, es necesario analizar la legislación aplicable en la rama de hidrocarburos del país productor de este recurso. En Venezuela, los protagonistas del sector petrolero se pueden dividir, a grandes rasgos, en tres partes: a. Los productores, que, de conformidad con el régimen de propiedad de yacimientos, es la República; b. los consumidores, los cuales mantienen acuerdos de comercialización con el país, ya sea a través de contratos de suministro –Acuerdo Energético de Petrocaribe–, o de contratos de compra-venta del crudo, y c. los actores intermedios, es decir, las empresas petroleras nacionales, las extranjeras y las empresas de servicios que ejecutan actividades dentro de la industria de los hidrocarburos.

Como bien se mencionó anteriormente, debido al régimen de propiedad de los yacimientos, contenido en la Constitución, la República es por excelencia el único productor de petróleo en nuestro país, ya que, de conformidad con su artículo 12, «los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que

sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, pertenecen a la República, son bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles»¹¹.

En este orden de ideas, el artículo 302 de la Norma Suprema¹² reitera el principio de soberanía del Estado sobre sus yacimientos, toda vez que establece que este se reserva, mediante ley orgánica, la ejecución de la actividad petrolera, en aras de promover la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de recursos naturales no renovables.

El alcance de este principio constitucional se refleja principalmente en la potestad del Estado de explotar directamente estos recursos, vigilar y regular su explotación, e incluso cuando esta sea efectuada por un tercero, tiene derecho de obtener una participación o regalía sobre el hidrocarburo explotado, es decir, la República goza de la plena propiedad del recurso natural no renovable¹³.

Siguiendo este hilo constitucional, el artículo 9 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos señala que «De conformidad con lo previsto en el artículo 302 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las actividades primarias indicadas, así como las relativas a las obras que su manejo requiera, quedan reservadas al Estado en los términos establecidos en esta Ley», entendiéndose como actividades primarias aquellas relativas a la exploración en busca

¹¹ Entendiendo por Territorio Nacional y demás espacios geográficos, de conformidad con el artículo 10 *eiusdem*, como aquellos que «correspondían a la Capitanía General de Venezuela antes de la transformación política iniciada el 19 de abril de 1810, con las modificaciones resultantes de los tratados y laudos arbitrales no viciados de nulidad».

¹² El artículo 302 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expone textualmente lo siguiente: «El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo».

¹³ Véase «Exposición de motivos» de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

de yacimientos de los hidrocarburos, la extracción de ellos en estado natural, su recolección, transporte y almacenamiento inicial, aquellas comprendidas en la primera etapa de la cadena de producción petrolera –*upstream*–.

Ahora bien, el artículo 22 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos dispone que estas actividades primarias establecidas en el artículo 9 *eiusdem* serán realizadas únicamente por el Estado, ya sea directamente por el Ejecutivo Nacional, por empresas de su exclusiva propiedad, o por empresas donde mantenga una participación mayor al 50 % del capital social –empresas del Estado con capital mixto–¹⁴.

El contenido de este artículo no es más que la materialización del mecanismo de la participación del capital privado dentro de la industria petrolera, el cual consiste en la posibilidad de constituir empresas mixtas para la realización de actividades primarias que en principio están reservadas de forma exclusiva al Estado, y es lógico que sea de esta forma, pues la explotación, industrialización y comercialización de petróleo requiere el aporte de recursos financieros y de capital humano bastante elevados, que no pueden ser asumidos únicamente por el Estado, sobre todo, si su única fuente de ingreso se genera por el desarrollo de esta actividad comercial; en conclusión, la reserva estatal de la actividad petrolera tiene un carácter flexible, se puede adoptar cualquier modalidad para que el capital privado sea utilizado en la industria, siempre que el Estado tenga control sobre ello¹⁵.

¹⁴ De conformidad con el artículo 103 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6147 extraordinario, del 17-11-14, se consideran empresas del Estado las «personas jurídicas de Derecho Público constituidas de acuerdo a las normas de Derecho Privado, en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere el presente Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social».

¹⁵ Expone ARAUJO-JUÁREZ, José: «La reserva al Estado y la participación del sector privado en la industria petrolera en Venezuela». En: *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Administrativo*. UNAM. David CIENFUEGOS SALGADO y Miguel LÓPEZ OLVERA, coords. México D. F., 2005, p. 31, que: «de conformidad con la Constitución, la reserva estatal sobre la ‘actividad primaria’ petrolera no excluye la

Delimitado lo anterior, es preciso destacar qué papel juegan los denominados «actores intermediarios» –que no son más que inversionistas extranjeros– y cuál es la forma legal que se utiliza para que participen en el mercado.

2. Contratos petroleros

En los países productores del llamado «oro negro» generalmente se admite la participación de inversionistas extranjeros a través de licencias, contratos de participación o contratos de servicios¹⁶; en el caso particular de Venezuela, a partir del año 2006, los inversionistas extranjeros deben constituir conjuntamente con el Estado una empresa mixta, cuya mayoría accionaria recae sobre el propietario del recurso, a los fines de ser autorizados a través de un «decreto de transferencia»¹⁷, emitido por el ministerio con competencia en materia petrolera, para desempeñar actividades primarias en una unidad geográfica determinada.

La constitución de estas empresas mixtas son una forma de «contratos de cooperación a largo plazo», celebrados entre la Corporación Venezolana del

participación del sector privado. En efecto, si bien el constituyente considera que pueden existir sectores de la economía nacional sobre los cuales es conveniente que el Estado ejerza el control, los medios que establece para lograr dicha finalidad no persiguen, en principio, excluir total y absolutamente la intervención del sector privado, o que el Estado asuma, directamente y con carácter exclusivo, las actividades esenciales objeto de la reserva estatal. Por el contrario, el constituyente ha querido que el Estado, asegurándose el control efectivo de la actividad petrolera reservada, mediante la participación patrimonial y la participación de gestión –dirección y administración–, a su vez, permita la participación del sector privado».

¹⁶ Vid. PINTO OLIVEROS, Sheraldine: «A propósito de los contratos de servicios y de los contratos de ingeniería en la industria petrolera venezolana». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 5 (Homenaje a Fernando Ignacio Parra Aranguren). Caracas, 2015, pp. 441-455.

¹⁷ De conformidad con el artículo 24 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, el decreto de transferencia es el instrumento normativo mediante el cual el Ejecutivo Nacional transfiere «a las empresas operadoras, el derecho al ejercicio de las actividades primarias», así como podrá transferirle la propiedad u otro derecho sobre bienes muebles o inmuebles del dominio privado de la República, requeridos para el eficiente ejercicio de tales actividades, pudiendo el Ejecutivo revocar esos derechos cuando las empresas operadoras no cumplan con sus obligaciones.

Petróleo –filial de Petróleos de Venezuela S. A. PDVSA– y una empresa privada, generalmente es el inversionista internacional¹⁸. Se adopta una figura similar al *joint-venture*, definido por la doctrina foránea como: «aquellas que se forman como resultado de un compromiso entre dos o más sociedades, y cuya finalidad es realizar una operación de negocio distinta, y generalmente complementaria, de la que desempeñan las empresas constituyentes»¹⁹, con la salvedad de que en el caso venezolano el poder de decisión recae sobre quien detente la mayor parte de las acciones, es decir, el Estado.

Una vez conformada la empresa mixta²⁰, el Ejecutivo Nacional, por orden del ministerio con competencia en petróleo, asignará la unidad geográfica en la que ejecutará las actividades primarias que le han sido asignadas –a través del decreto de transferencia–. Es importante mencionar que las empresas operadoras deben limitarse a lo establecido en el acto administrativo dictado a tales efectos, y de ninguna forma pueden transferir las potestades que discrecionalmente le fueron otorgados por el Poder Ejecutivo.

Ahora bien, llevar a cabo la ejecución de las actividades primarias requiere obligatoriamente la suscripción de diversos contratos de servicios, los cuales se encuentran entrelazados, pues la finalidad de cada uno se centra en cumplir con un objetivo final²¹; en tal sentido el artículo 25 de la Ley Orgánica de Hidrocar-

¹⁸ Véase el «Acuerdo» de la Asamblea Nacional mediante el cual se aprueban los «Términos y Condiciones para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas», *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38410, del 31-03-06.

¹⁹ Para profundizar acerca de la figura del *joint-venture* en el Derecho venezolano, véase: RODNER S., James-Ortis: «Los convenios de empresas conjunta –*joint venture*– y la legislación venezolana». En: *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. N° 151. Caracas, 1992, pp. 9-81.

²⁰ Véase, para profundizar sobre el régimen aplicable en torno a la constitución de empresas operadoras: MATA GARCÍA: ob. cit., pp. 122-178.

²¹ RODNER S., James Otis: «Contratos enlazados». En: *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Irene de VALERA, coord. Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Privado. Caracas, 2007, p. 255, señala que los contratos entrelazados o contratos conexos «existen cuando varios contratos independientes están en alguna forma conectados, de modo que la vigencia, el cumplimiento o la integración de un contrato tiene efectos sobre otro contrato. Los grupos de contratos

buros dispone: «Las empresas operadoras podrán realizar las gestiones necesarias para el ejercicio de las actividades que se les hayan transferido y celebrar los correspondientes contratos...», tomando en cuenta que el objeto de estas convenciones no pueden circunscribirse, ni de forma directa ni indirectamente, a la ejecución de las actividades primarias en referencia. De allí que el artículo 3 de los «Términos y Condiciones para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas», aprobados por la Asamblea Nacional, permite a dichas sociedades mercantiles celebrar contratos de servicios operativos específicos, tales como servicios de sísmica, perforación y mantenimiento de pozos, entre otros.

Dentro de la tipología de los contratos petroleros podemos encontrar también los contratos de ingeniería y los contratos de transferencia de tecnología, en los que debido a su especialidad, puede que se genere una ventaja contractual a favor del Estado.

3. Contratos de ingeniería y contratos de transferencia de tecnología

En la industria petrolera venezolana subsisten diversos tipos de contratos de servicio, entre ellos se encuentran los llamados contratos de ingeniería, los cuales, a grandes rasgos, son definidos como aquellos en los que «una de las partes –denominada ‘contratista, ingeniero o empresa de ingeniería’– se compromete a concebir, mediante remuneración, una unidad industrial para otro sujeto –denominado ‘comitente, propietario o dueño de la obra, o cliente’–, sin poder de representación ni bajo relación de dependencia»²².

Para llevar a cabo las prestaciones correspondientes, el contratista debe suministrar una idea, presentar los estudios preliminares necesarios, proporcionar la asistencia técnica especializada y, en general, toda la ingeniería de base que

se presentan como dos o más contratos independientes –no constituyen un contrato único de estructura compleja–, pero que en alguna forma están atados, vinculados o enlazados ya sea por voluntad de las partes, la ley o por un cierto grado de identidad en los objetos o en la causa de ambos contratos».

²² PINTO OLIVEROS: ob. cit., p. 449.

soporte el proyecto. No obstante, es importante destacar que, en sí, esta modalidad de contrato de ingeniería no incluye la construcción de la unidad industrial en cuestión, ni mucho menos el suministro de materiales necesarios para ello, salvo que así se haya acordado²³, por lo que este contrato innominado, dependiendo de lo requerido por las partes, pudiera abarcar la delimitación de un proyecto y al mismo tiempo la ejecución del mismo.

Ahora bien, en torno a la transferencia de tecnología vale acotar que puede que se encuentre o no contenida dentro de los contratos de ingeniería, aunque en sí misma, la exposición de una idea por parte del contratista ante su cliente constituye naturalmente la transmisión de sus conocimientos técnicos, métodos científicos, programas informáticos, diseños, entre otros, los cuales pudieran estar protegidos o no por mecanismos legales típicos de la propiedad industrial. En caso de estar contenida dentro del objeto de las obligaciones de la contratista la transferencia de tecnología, estaríamos en presencia de un contrato de ingeniería con funciones de asesoría, en los que el contratista estaría obligado a prestar sus conocimientos técnicos; aunque, también, puede que la transferencia de tecnología se pacte a través de un acuerdo independiente, pero que se encuentre entrelazado con los demás contratos de servicios petroleros.

Grosso modo, los contratos de transferencia de tecnología se conciben como aquellos mediante los cuales una de las partes se compromete a transmitirle a la otra unos conocimientos o saberes útiles, que se encuentran o no protegidos legalmente, para determinados fines, generalmente, a cambio de una contraprestación; esto es, en concreto, la transmisión del «*know how*» del negocio.

El término *know how*, proviene del vocablo anglosajón *know how to do it*, es decir «conocer o saber cómo hacer algo», lo cual, en términos técnicos, implica «un conjunto de conocimientos prácticos con valor comercial o industrial, de carácter secreto o reservado, que ha sido utilizado previamente y experimentado

²³ Existen diversos tipos de contratos de ingeniería en la industria petrolera, entre ellos los más comunes en la industria petrolera son los contratos *Engineering, Procurement, Construction and Installation* (EPCI), y los contratos *Engineering, Procurement and Construction and Commissioning* (EPCC).

con éxito, el mismo que puede ser transmitido fácilmente para permitir la obtención de una importante ventaja en el desarrollo de ciertas actividades»²⁴.

De las concepciones anteriores, se puede inferir que la naturaleza jurídica de los contratos de transferencia de tecnología se apoya en el contrato de obra definido en el artículo 1630 del Código Civil²⁵, puesto que las obligaciones que derivan de la relación contractual conllevan a la ejecución, por parte del «contratista», de determinadas actividades o a la prestación de un servicio, teniendo como pago la cancelación de un precio que «el comitente o dueño de la obra» se obliga a cancelar.

Como elementos esenciales del contrato de transferencia de tecnología, tenemos entonces que: a. El contratista debe ceder o transmitir el conocimiento, la técnica, el procedimiento o el método científico, de forma definitiva o temporal; b. este conocimiento puede estar o no protegido por los mecanismos legales correspondientes –patente o derecho de autor–; c. debe ser especializado, y d. debe estar enmarcado dentro de las asistencias técnicas ofrecidas por el contratista a su cliente.

Por otra lado, es menester resaltar que se debe determinar quiénes son las partes que participan en la referida convención, ya que con ello se permitirá identificar la ley aplicable, debido a que en el ordenamiento jurídico venezolano, los contratos de obra pueden tener una regulación especial, siempre y cuando se encuentren inmersos en el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas²⁶.

²⁴ Vid. SORIA AGUILAR, Alfredo F. y OSTERLING LETTS, Madeleine: «El contrato de *know how*: Apuntes acerca de sus elementos esenciales». En: *Revista Foro Jurídico*. N° 13. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2014.

²⁵ «Artículo 1630.- El contrato de obras es aquel mediante el cual una parte se compromete a ejecutar determinado trabajo por sí o bajo su dirección, mediante un precio que la otra se obliga a satisfacerle». En este contrato, las obligaciones principales del contratista son ejecutar y entregar la obra; y, las del propietario son pagar el precio y recibir la obra, *vid.* AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Contratos y garantías. Derecho Civil IV*. 11ª, UCAB. Caracas, 2008, p. 451.

²⁶ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6154 extraordinario, del 19-11-14.

De hecho, en atención a su ámbito objetivo, la Ley de Contrataciones Públicas regula «la actividad del Estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras...» y, en lo que respecta a su ámbito subjetivo, sus disposiciones le serán aplicables, entre otros, a las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en las cuales la República, los órganos y entes del Poder Público nacional, estatal, municipal, central y descentralizado, las universidades pública o el Banco Central de Venezuela y las personas jurídicas, tengan una participación, igual o mayor al 50 % del patrimonio o capital social respectivo; tal es el caso de las empresas mixtas que se constituyan en favor de la explotación de los hidrocarburos.

La eventual aplicabilidad del Ley de Contrataciones Públicas es relevante a los fines de verificar el equilibrio contractual existente entre las partes, toda vez que en el supuesto de que participe una empresa del Estado, estaríamos en presencia de un contrato público y, por lo tanto, pudiera ser posible la inclusión de las denominadas cláusulas exorbitantes en la convención. En cambio, en los contratos de Derecho privado, incluyendo los contratos de transferencia de tecnología sujetos a este contexto, debería prevalecer el principio de autonomía de voluntad de las partes.

Hasta el momento, podemos inferir que los contratos petroleros se desarrollan dentro de un marco legal sumamente complejo, se trata de una materia muy especializada que no se encuentra expresamente regulada en alguna norma. Aunado a ello, es evidente que el control por parte del Estado está presente en cada ámbito del negocio contractual, influye incluso en la de terminación de la ley aplicable al contrato, siendo desde mi punto de vista, las obligaciones derivadas de la transferencia de tecnología las más vulnerables en términos jurídicos, porque hablamos de transmisión de bienes inmateriales.

Es evidente que el contratista o ingeniero que esté obligado a prestar sus servicios debe hacerlo exclusivamente con una empresa mixta, toda vez que, como explicamos anteriormente, estas sociedades mercantiles son las únicas autorizadas para desarrollar las actividades primarias en una unidad geográfica determinada; entonces, en definitiva, en el mercado venezolano de los

hidrocarburos, las personas jurídicas que tengan como objeto un servicio petrolero especializado solo tendrían un receptor, el Estado, por lo que cabe preguntarse si en un mercado como este, donde el cliente es el dueño del recurso mineral y además es quien impone las normas del negocio, no existe una desproporción en la negociación que pone en ventaja evidente a una sola de las partes, lo cual, a mi parecer, podría generar una situación clara de abuso de derecho o un abuso en la dependencia económica, pues incluso el proceso de contratación debe someterse a la Ley de Contrataciones Públicas debido a su carácter público, por lo que el Estado goza del derecho de establecer a su favor las mencionadas cláusulas exorbitantes.

4. El abuso de derecho y el abuso de dependencia económica

En Venezuela, el abuso de derecho está contemplado en el aparte único del artículo 1185 del Código Civil, y es considerado como una fuente del hecho ilícito, capaz de generar la obligación de reparar el daño causado a una persona como consecuencia del ejercicio –abusivo– del derecho subjetivo por parte de otro sujeto.

La doctrina señala que la teoría del abuso de derecho estudia la posibilidad de que una persona pueda ser responsable civilmente por causar un daño a otro, como consecuencia de una conducta antisocial, irregular o anormal, en el ejercicio abusivo de un derecho subjetivo²⁷. La problemática se centra en identificar cual conducta del agente en este sentido, genera un daño resarcible y, por lo tanto, la obligación de reparar este último²⁸.

²⁷ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLEN, María Candelaria: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C. A. Caracas, 2017, p. 681.

²⁸ Para profundizar acerca de la conceptualización del abuso de derecho en la doctrina, véase: GONZÁLEZ BOLÍVAR, Tania: *El abuso de poder comercial*. UCV. Caracas, 1998, pp. 100 y ss.; DOMÍNGUEZ GUILLEN, María Candelaria y VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «El abuso de derecho. Un estudio tres autores». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 8 (Homenaje a juristas españoles en Venezuela). Caracas, 2017, pp. 515-549.

En este orden de ideas, en su *Tratado público de Derecho Civil francés*, PLANIOL²⁹ afirma que existe una incompatibilidad en torno a la actuación simultánea en los límites de un derecho subjetivo y fuera de él; por lo tanto, cuando se prueba la existencia de la culpa –intencional o no– en la extralimitación del ejercicio de un derecho, estamos en presencia de un hecho ilícito, distinto a los casos en los cuales la conducta del agente material del daño se encuentra dentro del límite de su derecho subjetivo, sin excederse. Por ello, se asevera que el abuso de derecho es una forma de cometer un acto ilícito; afirmación de la cual difiero, toda vez que existe una diferencia fundamental entre el abuso de derecho y el hecho ilícito. En el primero, el agente actúa con base en un derecho legítimo, es decir, su conducta está legalmente justificada, ya sea porque el ordenamiento jurídico lo permite o porque existe una convención que la legitima para proceder de esa manera; sin embargo, al excederse en su legítimo proceder, genera daños a terceros. En cambio, en el hecho ilícito, el agente trasgrede el ordenamiento jurídico y, especialmente, el deber de no causar daño a otros.

La figura del abuso de derecho tiene sus orígenes en el Derecho romano, en el que, a pesar de no existir una norma expresa que prohibiera la extralimitación en el ejercicio de un derecho, se aplicaba el principio general *Summun ius, summa injuria*, entendido como «El estricto derecho es la suprema injusticia». El fundamento legal de esta figura se presentaba en distintos adagios³⁰, que permitían rechazar actuaciones «abusivas», ello como consecuencia de que el abuso de derecho no podía encuadrarse en la definición de cuasidelito –fuente de obligaciones extracontractuales–.

²⁹ Citado en PITTIER SUCRE, Emilio: «El abuso de derecho». En: *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Irene de VALERA, coord. Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Privado. Caracas, 2007, pp. 566 y 568.

³⁰ Tales como: *Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur* –Se considera que no causa ningún daño quien de su derecho usa–, *Nemo damnum facit nisi qui id fecit quod facere ius non habet* –Ningún daño causa salvo el que hace lo que no tiene derecho hacer–, y la máxima de ULPIANO: *Neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo iure utitur* –Quien usa de su derecho, a nadie perjudica y ningún daño causa–, *Male enim nostro iure uti non debemus* –No debemos usar mal de nuestro derecho–, *Non omne quod licet honestum est* –No todo lo que es lícito es honesto–, y *Malitiis non est indulgendum* –No hay indulgencia con la maldad–.

En los siglos XIX y principios del XX, se comienza a desarrollar en el ordenamiento jurídico francés la teoría del abuso de derecho, en atención a dos casos de extralimitación en el ejercicio del derecho de la propiedad, que fueron decididos por la Corte de Casación –Doerr, año: 1855³¹, y Clement Bayard, año: 1915³²–; y en los cuales por primera vez se contempló la posibilidad de que una persona repare el daño que le haya generado a otra la afectación en su patrimonio, producto del ejercicio de su derecho de propiedad. En tal sentido, el análisis de los juristas franceses recae sobre el carácter antifuncional de la acción del agente del daño, es decir, su conducta es contraria al espíritu dado por el legislador en la finalidad de un determinado derecho subjetivo³³.

Sucesivamente, el Proyecto franco-italiano de las obligaciones –fuente de nuestro Derecho de las Obligaciones– acoge el concepto de abuso de derecho dentro de la regulación de hecho ilícito, señalando que el mismo contraría la buena fe, y que tal actuación excede la finalidad bajo la cual le ha sido conferido el derecho, tal como lo consagra nuestra norma sustantiva.

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que el abuso de derecho fue encuadrado en la normativa relativa a la responsabilidad extracontractual, debiendo cumplir además con requisitos de procedencia similares al hecho ilícito, a saber, la culpa, el daño y el nexos causal. Por lo que, en principio, pareciera que no es posible enmarcar su procedencia dentro de la doctrina general del contrato³⁴,

³¹ Este caso consistía en una controversia entre dos personas, en el que una construyó una chimenea que no representaba alguna utilidad, y que; por el contrario, obscurecía la propiedad de su vecino, quien lo demandó ante la jurisdicción francesa y obtuvo la demolición de la chimenea, por ser construida para perjudicarlo.

³² Este caso se trató de un propietario de una finca, quien para obligar a su vecino, que poseía un campo donde aterrizaban dirigibles, a venderle su propiedad por un precio irrisorio, construyó empalizadas muy elevadas con las puntas de hierro con la intención de destruir los dirigibles.

³³ PITTIER SUCRE: ob. cit., p. 567.

³⁴ Sobre este punto es importante mencionar que LUPINI BIANCHI, Luciano: «Notas sobre la teoría de la imprevisión en el Derecho Civil». En: *Homenaje a Anibal Dominici*. Ediciones Liber. Caracas, 2008, pp. 265-322, señala como fundamento de la teoría de la imprevisión el abuso de derecho, justificando con base en ello la excepción de incumplimiento y acción de resolución en sede contractual.

ya que las responsabilidades contractuales y extracontractuales son excluyentes entre sí, salvo en el supuesto de cúmulo de responsabilidades³⁵.

En tal sentido, el cúmulo de responsabilidad conlleva a la coexistencia de la responsabilidad contractual y extracontractual, en los casos en que se determina la coexistencia de ambas modalidades de responsabilidad civil siempre que surja un hecho ilícito con ocasión o en relación con un contrato que origine daños materiales y morales. En este orden de ideas, MÉLICH-ORSINI sostiene:

Existe una corriente doctrinal que se inclina por la responsabilidad de admitir el cúmulo bajo ciertas condiciones. Para que pueda admitirse el juego de las normas aplicables a la responsabilidad delictual, sería necesario –se dice– que una culpa dañosa distinta se juntara a aquélla que consiste en la mera violación de la obligación contractual. Esta supondría dos condiciones: i. Que el hecho implique la violación de un deber legal independiente del contrato, y ii. que el daño causado por dicho hecho consista en la privación de un bien patrimonial o moral distinto del beneficio mismo que asegura el contrato. La primera condición excluye toda idea de concurso de acciones cuando el demandado no ha violado ningún deber distinto de sus deberes contractuales, aunque tales deberes violados no estén expresamente pactados sino de los que se reputan implícitos de acuerdo con el texto del artículo 1160 del Código Civil; y esto aunque la violación sea dolosa. La segunda idea excluye toda aplicación de las normas que regulan la responsabilidad extracontractual cuando el daño sufrido por la víctima se limita a la pérdida de ventajas derivadas del contrato³⁶.

³⁵ En opinión de DOMÍNGUEZ GUILLEN: ob. cit. (*Curso de Derecho...*), p. 287, la expresión cúmulo de responsabilidad no es la apropiada, ya que esta figura «no supone que el sujeto pueda acumular dos indemnizaciones por un mismo hecho lo cual sería absurdo porque se trata de dos regímenes diferentes no obstante la unidad de la responsabilidad civil. Más bien de lo que se trata es de un asunto de ‘opción’. En efecto, se trata de dilucidar si ante un mismo hecho puede el sujeto tomar la vía de la responsabilidad civil contractual o por el contrario la de responsabilidad extracontractual».

³⁶ MÉLICH-ORSINI, José: *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*. 3ª, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2006, p. 192.

En Venezuela, la jurisprudencia y la doctrina han, excepcionalmente, reconocido la coexistencia de la responsabilidad extracontractual y contractual, supeditándola a la concurrencia de las condiciones señaladas anteriormente. En consecuencia, de verificarse en algún caso tales preceptos, el juez podría declarar la procedencia del cúmulo y obligar al agente del daño –quien es también uno de los contratantes– a resarcir los perjuicios que su conducta pudo haber generado.

Así las cosas, siguiendo la premisa de la naturaleza extracontractual del abuso de derecho, la única posibilidad de que se aplique tal teoría en la doctrina general del contrato, es la concurrencia de las condiciones previstas para el cúmulo de responsabilidades, por lo que si trasladamos estos conceptos teóricos al supuesto planteado en el presente estudio, obligatoriamente el ingeniero o contratista debe haber sufrido un daño que consista en la privación de un bien distinto al tutelado en el contrato –tomando en cuenta que en los contratos de transferencia de tecnología es generalmente el conocimiento– y que ese daño haya sido originado por la violación de un deber independiente de las obligaciones contractuales.

Ahora bien, una vez analizada a grandes rasgos la teoría del abuso de derecho, y su posible aplicación en el ámbito contractual, es preciso determinar si un eventual abuso de dependencia económica –figura que ha sido desarrollada en el Derecho comparado y, especialmente, en el Derecho comunitario europeo–, en virtud de un contrato petrolero, pudiera generar un excesivo desequilibrio de derechos y obligaciones que favorecen a una de las partes dueña de la obra o comitente.

En el Derecho comparado, se considera abuso de dependencia económica a aquella situación en la cual una de las partes del contrato puede imponer a sus co-contratantes condiciones contractuales, como consecuencia de su posición de dominio en el mercado.

En la mayoría de los países que regula la materia, las disposiciones versan en la legislación de libre competencia, es así como, por ejemplo, en Alemania se

protege las empresas pequeñas, en cuanto a sus transacciones con clientes y proveedores de mayor envergadura, o en Francia se prohíbe la explotación abusiva por parte de una o varias empresas³⁷.

Siguiendo este orden de ideas, el artículo 9 de la Ley italiana de 18 de junio de 1998, la cual tiene por objeto regular la disciplina, en torno a la subcontratación en las actividades productivas, establece: «*l'abuso da parte di una o piú imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice*». Igualmente, la misma norma define tal figura como «*la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi*», es decir centra su concepto como un excesivo desbalance de derechos y de obligaciones en determinada relación jurídica³⁸.

El espíritu que radica en el abuso de dependencia económica contractual, se basa en la posibilidad de que una de las partes incurra en comportamientos oportunistas que ocasionen un daño al socio que haya efectuado inversiones específicas, presentándose generalmente en contratos de larga duración.

Una de las principales consideraciones que debe tomarse en cuenta en el análisis de la figura del abuso de la dependencia económica, es la buena fe contractual, puesto que la misma debe prevalecer en las relaciones jurídicas, con mayor fuerza en aquellas en las cuales una de las partes tiene dominio económico sobre la otra, generando a su vez dependencia entre los contratantes –menor poder de negociación mayor dependencia económica–.

Es evidente que la estructura jurídica del mercado petrolero permite que situaciones como estas puedan generarse. Un inversionista extranjero que quiera

³⁷ Informe preparado para el Gobierno de Chile por SCL Econometrics: «Análisis sobre la creación de nuevos instrumentos regulatorios que proteja a las empresas de menor tamaño contra los abusos comerciales», 2008, p. 48, http://www.economia.gob.cl/1540/articles-187069_recurso_1.pdf.

³⁸ LONGU, Tiziana: «*Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*». En: *Rivista di Diritto Civile*. Vol. 46, N° 2. CEDAM. Milano, 2000, pp. 345 y ss.

explotar petróleo en nuestro país, por una parte, debe constituir una empresa de capital mixto en la que el Estado sea el propietario de la mayor parte de las acciones, y, por la otra, debe ser autorizado por el Ejecutivo Nacional a desarrollar actividades primarias. Esta situación demuestra que el poder absoluto que tiene la República sobre los yacimientos de los hidrocarburos obliga a una empresa foránea a tener que contratar con el Gobierno para poder ejercer su objeto comercial en territorio venezolano, debiendo someterse obligatoriamente a sus condiciones, soportando incluso controles posteriores en el ejercicio de su actividad comercial, pues en definitiva su voto no cuenta al momento de tomar cualquier decisión importante en torno al negocio, siendo que entre el inversionista y el Estado, quien posee la experticia en la materia es el inversionista por ser una persona jurídica cuyo objeto comercial es la explotación de hidrocarburos, quien probablemente no lo haga solo en Venezuela sino en otros países que posean este recurso mineral.

Esta misma problemática se presenta en el caso de las empresas extranjeras que quieran prestar sus servicios petroleros, pues deben obligatoriamente contratar con las empresas operadoras —empresas mixtas—, quienes en definitiva tienen naturaleza pública, es decir, ofrecen su producto al Estado como único propietario del recurso natural, quien a su vez es el que cancela su remuneración, debiendo someterse a las cláusulas exorbitantes que este imponga, por lo que tenemos entonces una empresa que tiene un solo cliente y por tanto un solo ingreso, lo cual generaría una dependencia económica, a favor de un agente contractual muy poderoso, el Estado.

Conclusiones

En general, la estructura jurídica que enmarca la industria petrolera en Venezuela se inclina por proteger la propiedad de los yacimientos de los hidrocarburos que se encuentren en el territorio nacional y esto es lo que el legislador ha dejado claro en el espíritu de las leyes que ha dictado sobre la materia. De allí que el Estado sea el mayor participante en la explotación de los recursos minerales en el país, aun sin tener la experticia necesaria para llevar a cabo el negocio; es por ello que su aliado inmediato son las empresas petroleras

extranjeras, cuyo objeto comercial es precisamente ese, quienes lo ejecutan en el mercado petrolero mundial.

La variedad de contratos que podemos encontrar en la cadena de producción de los hidrocarburos son innumerables, aparte de complejos, pues para razonar sobre cada uno de ellos es necesario analizar la industria en su conjunto, con un objetivo final. Adicionalmente, se debe tomar en cuenta que su naturaleza jurídica cambia conforme a su objeto; de hecho, en una misma convención pueden coexistir cláusulas típicas de un contrato de obra, de arrendamiento y de compraventa o, por el contrario, puede que cada uno de ellos se pacten por separado y aun así se encuentren entrelazados, incluso algunos pueden tener carácter público y otros privado.

Con esta concepción clara es que deben estudiarse los contratos petroleros en general; no obstante, lo que definitivamente no varía son las condiciones legales bajo las cuales deben enmarcarse estas negociaciones, toda vez que, como se explicó a lo largo de este estudio, el Estado venezolano goza de prerrogativas con bastante peso que influyen a su favor al momento de establecer las cláusulas contractuales.

Los contratos de transferencia de tecnología y los contratos de ingeniería no escapan de esta realidad. En Venezuela, deben someterse al régimen jurídico aplicable, de conformidad con el Derecho público o el Derecho privado, según sea el caso, atendiendo a la determinación de la naturaleza jurídica de los sujetos que participan en el acuerdo, es decir, de participar un sujeto de Derecho público, tales condiciones están sometidas a la Ley de Contrataciones Públicas, por lo que se aplican las facultades especiales de la Administración Pública –cláusulas exorbitantes–, de lo contrario rigen los principios contractuales consagrados en el Derecho privado.

En cuanto a la aplicación del abuso de derecho y la figura del abuso de dependencia económica en las convenciones bajo análisis, en mi opinión son la posible solución en caso de presentarse una controversia generada por el evidente desequilibrio en las obligaciones y deberes contractuales, tomando

en cuenta que en la legislación venezolana, el abuso de derecho solo tiene cabida en el derecho contractual si la parte afectada demuestra la concurrencia de los requisitos que componen el cúmulo de responsabilidad, y la figura del abuso de la dependencia económica, solo si los tribunales efectúan un análisis exhaustivo del Derecho comparado, pues no se encuentra tipificada en nuestra norma como una fuente de la responsabilidad civil, ni ha sido desarrollada por la doctrina.

* * *

Resumen: El sistema jurídico que engloba la explotación de los hidrocarburos en Venezuela es complejo y fascinante desde la perspectiva del ámbito contractual, pues su estructura es bastante particular en comparación con la de los demás países que se desenvuelven en el mercado petrolero mundial. Una de las particularidades más destacadas es la participación del Estado venezolano en un negocio en que el no cuenta con la experticia suficiente –que por su naturaleza requiere de la ejecución de conocimientos técnicos especializados–, como para ser el agente con mayor poder de decisión y con evidente ventaja en el marco de las convenciones que se suscriban con el propósito final de explotar un recurso mineral como el petróleo, lo cual, además, representa una actividad lucrativa de gran envergadura en la economía del país. Esta investigación presenta, de forma general, la composición legal de la industria petrolera venezolana y destaca específicamente la posibilidad de que la intervención del Ejecutivo Nacional –con fundamento en el principio constitucional de propiedad de los yacimientos–, genere desproporciones en las condiciones contractuales que se pacten a tales efectos, y cómo esta situación podría suscitar un posible hecho de abuso de derecho o abuso de dependencia económica que afectaría directamente al inversionista extranjero que pretenda ejecutar su objeto comercial en la industria de los hidrocarburos nacional. **Palabras clave:** Contratos petroleros, abuso de derecho, abuso de dependencia económica, industria petrolera. Recibido: 17-06-17. Aprobado: 29-07-17.