

PERSPECTIVAS PÚBLICO-REGULATORIAS DE UNA REVISIÓN LEGAL NECESARIA EN LA INDUSTRIA PETROLERA VENEZOLANA

Eddward J. Rangel Medina

Abogado egresado de la Universidad Metropolitana (2019). Diplomado en Derecho de los Hidrocarburos de la Universidad Metropolitana-CENDECO (febrero 2020). Abogado Asociado de la Práctica de Derecho y Gestión Ambiental Estratégica de D'Empaire.

Resumen:

El presente trabajo tiene como propósito sentar bases sobre el panorama jurídico y político-económico del negocio petrolero en Venezuela. Se pretende esgrimir cómo –desde reformas bien pensadas y estrategias de desregulación del negocio– la implementación de una nueva política pública petrolera enfocada en la apertura de la industria podría, en un corto a mediano plazo, reactivar la economía venezolana. Esto gracias a la participación justa y equitativa del sector privado, nacional o extranjero, con el Estado en las actividades *Upstream* y *Downstream*. En este sentido, buscando presentar una propuesta adaptada a la realidad venezolana, se parte del estado actual de participación de capital privado en la industria petrolera, revisando una posible adaptación del marco regulatorio vigente. Luego, se señalan aspectos fiscales sobre el sector de los hidrocarburos que necesitan una evaluación hacia la eficacia-eficiencia del sistema de tributos, para finalmente proponer un posible nuevo esquema público-regulatorio de apertura del sector.

Palabras clave: Hidrocarburos, petróleo, Derecho Regulatorio, tributos, capital privado, *compliance*, reforma legal.

PUBLIC-REGULATORY PERSPECTIVES OF A NECESSARY LEGAL REVIEW IN THE VENEZUELAN OIL INDUSTRY

Abstract:

This paper has the purpose of laying the foundations on the legal and political-economic panorama of the oil business in Venezuela. It's intended to wield how –from well-thought reforms and business deregulation strategies– the implementation of a new petroleum public policy focused on the industry opening could, on a short to medium term, reactivate the Venezuelan economy. This can be achieved thanks to a just and equitable, national or foreign, private sector involvement with the State in the *Upstream* and *Downstream* activities. In this sense, hoping to deliver a proposal adapted to the Venezuelan reality, we start from the current state of the private capital investment in the oil industry, reviewing a possible adaptation of the regulatory framework. Then, fiscal aspects on the hydrocarbons sector which need an evaluation towards the efficacy-efficiency of the tax system are pointed out, to finally propose a possible new public-regulatory scheme to open the sector.

Keywords: Hydrocarbons, oil, Regulatory Law, taxes, private investment, compliance, legal reform.

INTRODUCCIÓN

Por casi 100 años, la industria petrolera venezolana ha sido el principal motor de la economía nacional, generando en sus mejores momentos miles de millones de dólares en ganancias para las arcas del Estado. Así pues, no es sorpresa que este sector haya sido el más regulado en el país, siendo ejemplo de modelos de negocios para exportar a otros países petroleros en la década de los años sesenta. Justo ahora, a un siglo de la primera Ley de Hidrocarburos sancionada en Venezuela, vemos en retrospectiva las diversas modalidades que, casi de forma cíclica, han sido aplicadas sobre el ejercicio de las actividades relacionadas con los hidrocarburos. Estos ciclos han ido desde un esquema totalmente amplio de regalías a base del régimen de minas o una simple concesión administrativa de los yacimientos hacia el privado, pasando paulatinamente por la reserva legal de la propiedad de los recursos y actividades sobre los yacimientos hacia la década de los setenta, decayendo incluso la estricta regulación a finales del siglo pasado en búsqueda de financiamiento privado, hasta la llegada de un régimen de participación “mixta” que poco a poco fue sustrayendo la riqueza y eficiencia operativa de una industria tan prometedora en el mundo como la nuestra.

Habida cuenta de esto, nos encontramos actualmente en un aparente nuevo ciclo hacia la apertura petrolera, en la que el Estado, paternalista-empresario, nuevamente requiere de mayor incentivo e impulso financiero para afrontar los grandes daños que una política estatista-clientelista ha ocasionado a la industria de los hidrocarburos. Y como es costumbre para el país, esto requiere de una revisión exhaustiva y casi “quirúrgica” sobre el marco legal vigente, para actuar de forma planificada, eficaz y sostenible hacia la recuperación total del negocio petrolero en el país, de la mano del sector privado, claro está –pero esta vez, en igualdad de condiciones, como estándar mínimo–. Es por esto por lo que, en estas próximas páginas esgrimiremos una aproximación sobre el lente público-regulatoria del estado actual de participación de la inversión privada en la industria petrolera, tomando en cuenta elementos hacia una apertura económica y de rehabilitación paulatina del sector. Señalaremos asimismo las carencias y ventajas de la principal ganancia para un Estado involucrado en el negocio: la fiscalización y régimen fiscal sobre cada segmento de la actividad petrolera. Para finalizar, sintetizaremos los elementos económico-jurídicos que deberían constituir la formulación de una nueva política pública petrolera que, más allá de las reformas

Eddward J. Rangel Medina

legales, puedan hacer eficaz el cambio de modelo que tanto reclama la industria y que tanto necesita la vida económica venezolana.

I. DE LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA INDUSTRIA NACIONAL DE LOS HIDROCARBUROS

Previo al análisis de los elementos que constituyen el marco regulatorio vigente en Venezuela con respecto al ejercicio de actividades en la industria petrolera nacional, cabe primero hacer una debida referencia al papel que juega, ha jugado y puede jugar, bajo un esquema legalmente factible en la actualidad, el particular como inversionista en cada una de las fases o etapas de la cadena de valor del negocio de los hidrocarburos en el país. A efectos jurídicos es mucha la tarea que queda por hacer para que dicho régimen de “apertura” en el negocio de los hidrocarburos en el país pueda suceder. Y es que, en cualquier caso, ante un proceso de inclusión de personas jurídicas o naturales facultadas para ejercer actividades en el sector petrolero, cabe necesariamente preguntarnos como punto de partida: ¿Puede la Inversión Privada Nacional o Extranjera participar en las actividades de hidrocarburos en Venezuela bajo el marco legal vigente?

La respuesta a esta interrogante, es concreta, pero amerita de una minuciosa explicación. Y es que, en un principio, *sí*, bajo el marco legal vigente los privados pueden participar en las actividades que componen la cadena de valor de los Hidrocarburos en Venezuela. Sin embargo, este “sí” depende de qué actividad se pretenda realizar. Más aún, el *sí* depende de si lo que se busca con esa participación privada en el negocio de los hidrocarburos es mantener el esquema actual o, más bien, vislumbrar nuevas formas de participación, en donde las condiciones sean más beneficiosas para el inversor y para el propietario del recurso. Estas condiciones y propuestas serán explicadas en las próximas páginas de este primer aparte.

De manera somera cabe aclarar que, en Venezuela; a pesar de existir una amplia normativa legal y técnica que regula la actividad de los hidrocarburos, son tres las normas fundamentales en la que ha de enfocarse la respuesta a la interrogante formulada; a saber: La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹, La Ley Orgánica de Hidrocarburos² y la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos³. En este

¹ Garay, Juan. *La Constitución Bolivariana (1999)*. (Caracas: Corporación AGR, S.C., 2013).

² Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.443 de fecha 24 de mayo de 2006.

Eddward J. Rangel Medina

sentido, y de la revisión del texto constitucional se puede observar que en el artículo 12 de la Carta Magna califica como “*bienes de dominio público y, por lo tanto, inalienables e imprescriptibles (...) los yacimientos de hidrocarburos*”. Con esto, el constituyente aseguró que los yacimientos de hidrocarburos, tanto líquidos como gaseosos, pertenecen a la República y ésta con fundamento en el artículo 113 *eiusdem* puede entonces otorgar concesiones para su explotación.

En este sentido, queda claro de manera preliminar que, un particular podría participar sin duda alguna, a través de un procedimiento concesionario de la actividad petrolera o de hidrocarburos gaseosos, según se trate el caso. Sin embargo, el texto constitucional va más allá al reservarse en su artículo 302, “*la actividad petrolera y otras industrias*”, además de asegurar conforme a su artículo 303 “*la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) (...) exceptuando la de las filiales, empresas y cualquier otra que se haya constituido como consecuencia del desarrollo de negocios ... (de ésta)*”. Habida cuenta de lo anterior, el constituyente si bien reserva a la República la totalidad de las acciones de PDVSA o del ente que la sustituya, y no hace lo propio respecto de sus filiales⁴, pudiendo por tanto la ley orgánica en la materia regular la participación del privado en el negocio, al menos a ese nivel corporativo. Aquí vemos como el condicionamiento de la participación privada en el negocio petrolero va cobrando forma.

Ya en el rango legal de la normativa nacional vigente se encuentra la Ley Orgánica de Hidrocarburos; que en su artículo 3 reitera que los yacimientos pertenecen a la República, esta vez de forma específica respecto de los líquidos. En cuanto a la materia que nos ocupa, es de especial atención referirse al artículo 4 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, ya que en él “*se declaran de utilidad pública y de interés social*” las actividades que abarcan toda la cadena de valor de los hidrocarburos líquidos, incluidas las obras (superficiales o no) necesarias para su realización. Al respecto, vemos como esta normativa ya establece rasgos bastante restrictivos con respecto a las obras, infraestructura e incluso propiedad de inversiones desarrolladas por lo privados en la realización de actividades del negocio petrolero.

³ Presidencia la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.793 de fecha 23 de septiembre de 1999.

⁴ Criterio también compartido por Mata-García, César. *Manual de Derecho de los Hidrocarburos en Venezuela*. (Caracas: Editorial Arte, 2016), p. 95.

Eddward J. Rangel Medina

Una vez dentro de la cadena de valor, la Ley Orgánica de Hidrocarburos establece en su artículo 22 las condiciones para que un particular pueda realizar actividades de *Upstream* (Exploración & Explotación) o “primarias”. Habida cuenta de esto, la norma establece la posibilidad de la ejecución de estas actividades sólo por El Estado mediante empresas de su exclusiva propiedad o por empresas “mixtas operadoras” con capital social en donde su participación accionaria sea más del cincuenta por ciento (50%). Para esto, el Estado, a través de La Ley de Contrataciones Públicas y el procedimiento especial de la Ley Orgánica de Hidrocarburos puede escoger a uno o varios privados nacionales o extranjeros para ser su socio con una participación minoritaria en la ejecución de las actividades primarias a través de la figura de Empresa Mixta⁵. Ahora bien, más abajo en la cadena, a nivel *Midstream* (refinación e industrialización de hidrocarburos líquidos) la Ley en los artículos 10 y 50, permite que dichas actividades puedan ser realizadas por el Estado y los particulares, “conjunta o separadamente”, en un esquema de Empresa Mixta con participación accionaria del Estado distinta y no necesariamente mayoritaria. Finalmente, a nivel *Downstream* (comercialización) de la cadena de valor de los hidrocarburos líquidos en Venezuela, la Ley Orgánica señala que las actividades de comercialización (exterior) de hidrocarburos naturales sólo pueden ser realizadas en un esquema de Empresas del Estado, por lo que las empresas que produzcan derivados de hidrocarburos deben venderles a éstas únicamente. Sin embargo, del texto del mismo artículo 58 y 10 *eiusdem*, se entiende que lo relativo a la comercialización de hidrocarburos líquidos sintéticos⁶, está abierta a la participación privada, así como a Empresas Mixtas y del Estado.

Dos normas posteriores a la Ley Orgánica de Hidrocarburos restringieron el ejercicio de esta actividad al capital privado por su cuenta, el Decreto N° 1648 del 15 de enero de 2002 y la Ley de Petroquímica en los que se reserva al Estado el comercio exterior de “*derivados de los hidrocarburos*”, además de imponer esta ley especial la constitución obligatoria de Empresas Mixtas en un esquema de mayoría accionaria del

⁵ Mata-García, César. *Manual de Derechos de los Hidrocarburos en Venezuela*. (Caracas: Editorial Arte, 2016), p. 123.

⁶ Por “hidrocarburos naturales” entiéndase aquellos no sometidos a procesos de industrialización, sino solo tratamiento inicial, y por “sintéticos” entiéndase productos de petroquímica -refinación-. Mata-García, César. *Manual de Derechos de los Hidrocarburos en Venezuela*. (Caracas: Editorial Arte, 2016), p. 156.

Eddward J. Rangel Medina

Estado para ejercer actividades de *Downstream* en Venezuela⁷. En lo referente al Comercio Interior, la Ley Orgánica establece en su artículo 60 y 61 que las actividades de “suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de productos derivados de hidrocarburos” puede ser ejercida por personas naturales y jurídicas, con el debido permiso otorgado por el Ministerio de Energía y Petróleo, e incluso fija la posibilidad de establecer precios de productos en bandas que fomenten la libre competencia en el mercado interno.

So pena de lo anterior, y en lo que nos atañe a la participación privada en el sector de los hidrocarburos en Venezuela, una vez más esta oportunidad de inversión privada en la cadena de valor fue restringida y reservada en lo que respecta a las actividades de “*intermediación para el suministro de combustibles líquidos*” (así como el transporte por cualquier vía) para el Estado a través de sus empresas en la Ley Orgánica de Reordenamiento del Mercado Interno de los Combustibles Líquidos. Dicha Ley, además, reserva los establecimientos de expendio de combustible (Estaciones de Servicio) al Estado, para su abanderamiento a empresas como PDVSA, o la filial que ésta designe.⁸

Debemos señalar que los principios aplicables al negocio petrolero son igualmente plasmados en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, a excepción de las formas de participación del capital privado en cada una de las fases de la cadena de valor. Sin embargo, a diferencia de las Ley Orgánica de Hidrocarburos, según el texto del artículo 2, 22 y 30 de la Ley de Hidrocarburos Gaseosos, todas las actividades que conforman la cadena de valor de los hidrocarburos gaseosos no asociados pueden ser realizadas por el Estado directamente, a través de empresas de su total propiedad o Empresas Mixtas, en cualquier proporción accionaria o de manera separada por los privados, a quienes sólo les será aplicable el debido permiso o licencia que atañe a cada actividad.

Como colofón de este primer aparte para dar respuesta a la interrogante inicial, es importante acotar que tanto que tanto en el caso de las actividades de hidrocarburos

⁷ Ver artículos 5 y 16 de la Ley Orgánica para el Desarrollo de las Actividades Petroquímicas. Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.203 de fecha 18 de junio de 2009.

⁸ Ver arts. 1, 2 y 4 de la Ley, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.019 de fecha 18 de septiembre de 2008.

Eddward J. Rangel Medina

líquidos como de hidrocarburos gaseosos, existe la posibilidad para el privado, según sea la modalidad de participación, de ejercer todas las actividades de la cadena de valor bajo el esquema de *integración vertical*, siempre que éste conserve libros contables separados por cada una de ellas.

A este punto de esta corta disertación, podemos afirmar, tal como se asomaba al inicio, que en efecto la respuesta a la interrogante inicial es “SÍ, pero depende”. El capital privado, extranjero y sobre todo el nacional, puede participar de manera extensa y en diversas formas en cada una de las etapas de la cadena de valor de los hidrocarburos, sea petróleo o gas, bajo el marco legal vigente. Sin embargo, si la historia no tan reciente de Venezuela nos ha enseñado algo es que, mientras más se intente regular un sector económico, menos rentable y llamativo será para los inversionistas.

Es de nuestro criterio que si de verdad se quiere reactivar la industria petrolera y la del gas en nuestro país, debe buscarse menos la regulación extrema que beneficie al Estado y dar paso a la apertura que reforme el marco no solo jurídico sino económico-político para ofrecer estabilidad, seguridad y reglas claras del juego para volver a generar confianza en aquellos que, del otro lado del negocio -los privados-, también han buscado reinventar su modelo de negocio desde hace 100 años; todo lo cual señalaremos y propondremos en las páginas que siguen.

II. LOS “IMPUESTOS INSTRUMENTALES”, LA PARAFISCALIDAD Y EL PROBLEMA CON LA AUSENCIA DE FISCALIZACIÓN SOBRE EL NEGOCIO DE LOS HIDROCARBUROS EN VENEZUELA:

2.1. La regulación fiscal sobre la actividad petrolera en Venezuela:

Habida cuenta de un examen necesario sobre el régimen regulatorio para el ejercicio de las actividades en la industria de hidrocarburos nacional, es pertinente aclarar que en Venezuela aún existen grandes inconvenientes fiscales-regulatorios que hacen ineficaz e ineficiente la recaudación tributaria a las arcas del Estado en lo que siempre ha sido la industria más importante y de mayor retribución monetaria para el país; a lo que conlleva realizar un análisis más específico sobre el régimen fiscal y tributario aplicable a los hidrocarburos en el país.

Eddward J. Rangel Medina

A modo de aclaratoria, resaltamos que en este aparte nos enfocaremos en el estudio de las figuras tributarias, parafiscales y aquellas de derecho público que intervienen en la actividad regulatoria económica del Estado frente a las operaciones del sector de los hidrocarburos en Venezuela, con especial énfasis al régimen de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, las ventajas especiales presentes en los Términos y Condiciones de Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas y la contribución especial establecida en la Ley De Reforma Parcial Del Decreto N° 8.807 Con Rango, Valor Y Fuerza De Ley Que Crea Contribución Especial Por Precios Extraordinarios Y Precios Exorbitantes En El Mercado Internacional De Hidrocarburos. Con esto, no pretendemos tomar en cuenta el efecto de aquellas contribuciones parafiscales, Impuesto al Valor Agregado e Impuesto Sobre La Renta sobre la actividad de los hidrocarburos, toda vez que su análisis y propuesta de reforma extralimitan los objetivos de una reforma legal “quirúrgica” o mínima necesaria que se plantea como base para futuras propuestas de revisión de política pública regulatoria en el país, tomando como ejemplo aquellas propuestas actualmente en curso que se centran en la LOH y la normativa especial sobre los Hidrocarburos en el seno de la Asamblea Nacional.

Habida cuenta de esto, a la fecha, es principalmente la Ley Orgánica de Hidrocarburos en su Capítulo VI la que establece las obligaciones fiscales para quienes realizan las actividades petroleras en el país, independientemente del nivel en la Cadena de Valor; pero que se centra en las Empresas Operadoras como sujetos pasivos de la obligación tributaria. Sin embargo, en lo referente a la recaudación y régimen de los impuestos y regalías, la doctrina ha diferido tradicionalmente de otorgarle naturaleza tributaria a figuras especiales del sistema fiscal de los hidrocarburos como las regalías; todo lo cual veremos más adelante.

En este sentido, el artículo 44 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos establece la *Regalía* como el derecho de participación patrimonial del Estado sobre el crudo extraído del yacimiento, siendo gravable el 30% sobre el ingreso proveniente de la explotación de este, no así sobre el enriquecimiento neto como otros tributos. Es justo por esto por lo que la doctrina ha criticado a esta Regalía por no ser tributo⁹, ya que son considerados más bien como pagos por aprovechamiento del recurso natural al Estado

⁹ Kwan Lista, Michelle. *Naturaleza Jurídico-Fiscal de la Regalía Petrolera en Venezuela*. (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2004), 107.

Eddward J. Rangel Medina

venezolano. En este sentido, al aplicarse como el derecho que corresponde a la República directamente sobre el ingreso, se ha entendido que la regalía tiene la función de moderar el riesgo para el Estado en el negocio petrolero, siendo una figura utilizada a manera de trasplante sobre otras actividades de explotación de recursos también reservados o propiedad del Estado, dada la volatilidad especial del mercado petrolero y otros *commodities* que puede alterar su valor de venta en las fases posteriores a la explotación directa del campo (tratamiento inicial, refinación, etc). Sobre la base de esta premisa, al no ser la regalía prevista en esta ley un tributo, mal pueden aplicársele los principios constitucionales y legales del Derecho Tributario (entiéndase, principio de no confiscatoriedad, proporcionalidad, progresividad, entre otros). Los “sujetos pasivos” de esta regalía son directamente las empresas operadoras a quienes se ha adjudicado el yacimiento explotado, con una alícuota de 30% de yacimientos petroleros. Lo propio ocurre respecto de los hidrocarburos gaseosos en régimen especial, sólo que aplicando un 20%. La base de cálculo de esta regalía es aplicable a la medición de volumen en los patios de tanques de hidrocarburos.

En cuanto al régimen impositivo en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, resaltamos primero el *Impuesto Superficial* que equivale a 100 U.T. por cada kilómetro cuadrado no explotado del área designada a la Empresa Operadora por año. Esta alícuota aumenta 2% por los 5 primeros años de operaciones y luego 5% por cada año operativo. Por otro lado, el *Impuesto de Consumo Propio* fija una alícuota a gravar de 10% sobre el precio de venta de mercado nacional de cada metro cúbico de combustible consumido por las empresas operadoras en el ejercicio de sus actividades. Cabe destacar que el precio de venta del combustible en el país es publicado por el Ministerio de Energía y Petróleo, aun cuando la base imponible está establecida en la ley.

El *impuesto de extracción* es también establecido en el artículo 48 *eiusdem*, a través del cual se grava un tercio (1/3) del valor de los hidrocarburos líquidos extraídos de un yacimiento. Sobre este, también la doctrina ha criticado su figura como una no tributaria, sino más bien de Regalía del 33,33% del valor de hidrocarburos extraídos; siendo además violatorio del principio de reserva legal en cuanto a la competencia y medio legal de determinación del valor. Finalmente, con respecto a los “impuestos” establecidos en la Ley, el *Impuesto de Registro de Exportación* obliga al pago del 0.1% del valor total de los hidrocarburos exportados. Sin embargo, entra aquí la confusión en

Eddward J. Rangel Medina

cuanto a quién paga dicho impuesto y su eficiencia, ya que en el artículo 57 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la exportación de hidrocarburos (comercialización) está reservada a las empresas del total propiedad del Estado, siendo que legalmente, para poder exportar el crudo, la empresa operadora mixta debe venderle el crudo a PDVSA a través de sus filiales, quien se encargará a su vez de exportar el crudo al mercado internacional según el artículo 27 *ejusdem*.¹⁰ Habida cuenta de esto, al ser PDVSA a través de sus filiales, cuya participación accionaria es 100% propiedad del Estado venezolano, la persona jurídica sobre la que recae la actividad de exportación del crudo, parece contraproducente o al menos poco práctico esta figura que obliga al exportador a pagar a las arcas del Ministerio dicho monto, es decir, el estado pagándose a sí mismo. Lo anterior, so pena de interpretación que, tal como ocurre en la realidad, sea la empresa mixta quien deba pagarla alícuota por exportación del crudo, aun cuando esta actividad en realidad sea realizada por empresas del Estado como intermediario.

Cabe aclarar a este punto que en este trabajo solo se analizarán los impuestos y regalías establecidas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, no así las contribuciones especiales y ventajas desarrolladas en otros instrumentos legales que versen sobre hidrocarburos.

2.2. Crítica y vinculación del régimen fiscal de los hidrocarburos como “impuestos instrumentales”:

La doctrina tributaria y regulatoria general que ha estudiado el marco legal vigente de hidrocarburos en Venezuela ha denominado a la interacción que existe entre los Impuestos de Consumo Propio, Superficial, de Extracción y de Registro de Exportación como “Impuestos Instrumentales”¹¹, en el sentido de que dichas figuras aparentemente tributarias no tienen verdaderamente un propósito de recaudación fiscal, sino que actúan como figuras de fiscalización pasiva en donde el contribuyente de manera necesaria consigna a la Administración Tributaria información clave sobre la producción y operatividad de la actividad petrolera, que se complementa con un aporte

¹⁰ Esto, con excepciones de autorización del Ministerio de venta directa del crudo por parte de empresas mixtas a compradores internacionales.

¹¹ Denominación tomada de García-Mata, César. “Derecho de los Hidrocarburos”, en *Diplomado en Derecho de los Hidrocarburos*. (Caracas: UNIMET-CENDECO, 2019); referente a la utilización de impuestos, tasas, regalías y contribuciones especiales como forma de recaudación pasiva de información fiscal sobre el sector industrial petrolero venezolano, a falta de una infraestructura robusta capaz de fiscalizar la actividad del sector.

Eddward J. Rangel Medina

simbólico al Tesoro Nacional o al patrimonio del ente que se designe como sujeto activo; esto con el objeto de facilitar al Estado, típicamente en cabeza del Ministerio de Energía y Petróleo, el conocimiento del estado actual de la industria petrolera, al no contar este con una estructura institucional de fiscalización activa lo suficiente y necesariamente fuerte como para abarcar todos los sectores de la industria. A esta interacción de los impuestos especiales sobre las actividades sobre la cadena de valor de los hidrocarburos como “instrumentales” se le agrega la vinculación que tiene la regalía, no como tributo sino como figura de derecho público regulatoria, al sistema de recaudación no sólo fiscal sino de información financiera; lo cual evaluaremos a continuación.

En otras palabras, estos impuestos y regalías fungen como forma de fiscalizar para un Estado que no cuenta con un aparato institucional destinado a tal fin, debido a décadas de mala gestión institucional y organizativa, que pone en cabeza del particular (sujeto pasivo) no solo garantizar la veracidad de estas cifras que consigna con sus declaraciones sino también mantener la información sobre el funcionamiento de la industria nacional al día para uso y consumo muchas veces solo conocido por la Estatal Petrolera o por el Ministerio con competencia en la materia. Prueba de esta “exclusividad” en el manejo de la información es el hecho del retraso exorbitante de publicación de Estados Financieros de *PDVSA, S.A. Casa Matriz* desde el año 2016 para conocimiento del público sobre el Estado oficial verdadero de la industria venezolana de los hidrocarburos; información que, por demás debería ser de acceso público tal como el estado financiero del país, por ser *PDVSA, S.A.*— dueña indirecta —a través de la Corporación Venezolana de Petróleo o *CVP*— de la mayoría de acciones de todas las empresas mixtas operadoras del país y que, a su vez, es de propiedad total del Estado. Para explicar el funcionamiento instrumental de estos impuestos, contribuciones fiscales y figuras regulatorias de derecho público nos centraremos en la regalía, el impuesto de extracción y la ventaja especial establecida en la condición N°6 antes mencionada, haciendo un comentario final sobre la Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de los Hidrocarburos.

En este sentido, el texto del artículo 48.4 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos establece la posibilidad de que el particular deduzca del pago del Impuesto de

Eddward J. Rangel Medina

Extracción lo pagado como regalía del artículo 44 *ejusdem* y la regalía como ventaja especial del 3.33% establecida por mandato del artículo 36 de la LOH presente en la Condición N° 6 para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas¹². Es decir, que en el ejercicio de declaración y pago de estas contribuciones, la Empresa Mixta deduce del 33.33%, un 30% por concepto de regalía pagada, y del restante también deduce la totalidad de 3.33% por ventaja especial de regalía; lo que se traduce en que, en realidad, el contribuyente paga a la Administración Tributaria el 33.33% de sus ingresos pero puede deducir de éstos las ventajas especiales, rebajando el monto, y de ser el importe superior al 33,33% se pagará sólo la diferencia al Estado. De esta manera, la declaración de este ejercicio sirve no solo como prueba que demuestra la razón de no haber enterado el monto integro correspondiente a estas tres contribuciones, sino que también la base imponible utilizada para el cálculo del monto a pagar sirve a efectos fiscalizadores para conocer cuánto ha extraído en volumen de hidrocarburos el administrado, incluyendo el tipo de crudo según el precio establecido para su venta.

Sobre la base de lo anterior, cabe mencionar también que, la contribución especial establecida en la Condición N° 6 ha sido catalogada como una contraparte de la figura de “*Shadow Tax*” o *Impuesto Fantasma* en el derecho anglosajón, por ser también un mecanismo de control por parte del fisco para asegurar el pago del contribuyente. Esto, toda vez que esta contribución especial obliga a pagar todos los 20 de abril de cada año la diferencia entre el 50% del valor de los hidrocarburos extraídos, y el valor del monto sumatorio total resultante del pago de (i) regalías, (ii) Impuesto Sobre La Renta, (iii) demás tributos basados en ingresos –brutos o netos, incluyendo, pero no limitados a las contribuciones parafiscales de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación o *LOCTI*, Ley Orgánica de Drogas, Ley Orgánica del Deporte, Ley de impuesto Grandes Transacciones Financieras, Ley del Régimen de Prestación de Empleo, Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Habitación (*BANAVIH* o *FAOV*),

¹² Cabe mencionar sobre esta condición sancionada por la Asamblea Nacional en fecha 31 de marzo de 2006 mediante publicación de Gaceta Oficial N° 38.410, que si bien este porcentaje de la alícuota impositiva del 3.33% originalmente se separaba en un 1.11% de aporte a la creación de un Fondo de desarrollo endógeno y el 2.22% restante a acreditar y pagarse a los municipios en cuyo territorio se realizaba la explotación del yacimiento –en un esfuerzo por apoyar la fiscalización y recaudación municipal–; la misma división fue modificada mediante Gaceta Oficial N° 39.273 de fecha 28 de septiembre de 2009 cambiando el porcentaje del 1.11% hacia los municipios e invirtiendo los montos de recaudación, a ser enterados ahora el 30% de ese 1.11% al municipio en donde se realiza la actividad petrolera, y el 70% restante a los demás municipios en donde se tuviera presencia, pulverizando cualquier tipo de apoyo eficaz de esta figura a las recaudaciones fiscales municipales por una actividad tan productiva monetariamente como la de ellos hidrocarburos.

Eddward J. Rangel Medina

Ley del Instituto de Capacitación y Educación Socialista o *INCES*) y Ley del Seguro Social o *SSO*– y el monto correspondiente al 1% de utilidades generadas por el sujeto pasivo y calculadas antes del pago de impuestos, según lo establecido en la Condición N° 10 del instrumento *ejusdem*.

Lo anterior quiere decir que, al restar el monto pagado por contribuciones especiales y parafiscales entre el correspondiente al 50% de valor de los hidrocarburos extraídos, esta contribución emanada de la Condición N° 6 sólo tiene una función de asegurar el pago por el ejercicio fiscal realizado en materia de las actividades relacionadas con los hidrocarburos, siendo casi irrelevante y totalmente ineficaces los elementos del cálculo de la base imponible y la alícuota impositiva, al ser estos una figura “fantasma” cuya naturaleza no es de tributo ni regalía; teniendo como único fin asegurar la consignación de información fiscal a través de un tedioso sistema de cálculo para el contribuyente con una declaración impositiva casi nula o no representativa en términos monetarios.

Igual caso sobre el cálculo del importe a pagar como tributo atañe a los demás impuestos establecidos en el artículo 48 de la Ley y su propósito más allá de la recaudación, a saber: *el Impuesto Superficial, Impuesto de Consumo Propio, el Impuesto de Extracción e Impuesto de Registro de Exportación*. Al respecto, *el Impuesto Superficial* utiliza como base imponible la extensión por kilómetro cuadrado no explotado del área delimitada otorgada mediante Decreto de transferencia a la Empresa Mixta, multiplicado por 100 Unidades Tributarias que no corresponden al Fisco Nacional, lo que en la actualidad lo ubica en Centésimas de Bolívares Soberanos aumentando en 2 a 5% por año, monto que significa un aporte nulo al patrimonio del Ministerio de Energía y Petróleo.

El mayor problema con este impuesto radica no en el hecho de que, nuevamente, el particular proporciona información al Estado de cuál es el aprovechamiento que está teniendo del área asignada por un tiempo delimitado. Para nuestro criterio, el mayor problema de este impuesto tiene dos vertientes:

- i. Por un lado, el problema con la ausencia de fiscalización activa del Estado, que causa que se utilice una figura ficticia de tributo que no tiene propósito de recaudación en absoluto; lo cual a su vez recae en:

Eddward J. Rangel Medina

- ii. Que no exista una verificación de si las cifras de áreas explotadas son verídicas o no. Esto hace que la carga de la prueba recaiga no en el administrado sino en el Estado, quien en la actualidad venezolana es incapaz de abarcar todos los campos y yacimientos.

Estos dos problemas, a nuestro criterio, hacen que el Impuesto Superficial sea inútil e ineficaz, por no cumplir con su presunta naturaleza de tributo al recaudar una suma cercana al 0% y además no asegurar ni siquiera la información que consigna la Operadora al Ministerio, ya que no existe un aparato fiscalizador que pueda hacer presión, validar cifras o incluso sancionar, en caso que aplique, ya que con la sanción se afecta a la misma industria petrolera nacional, por no haber atractivo alguno a que un nuevo *Socio B*¹³ se interese por tomar control de una Empresa Mixta y la haga “productiva”¹⁴. En cualquier caso, recordemos que en nuestra normativa legal vigente y según el artículo 22 de la LOH, las actividades primarias –entiéndase exploración y explotación– pueden ser realizadas bien sea bajo la participación exclusiva del Estado a través de la creación de empresas estatales o públicas 100% de PDVSA, S.A., a través de la CVP, o bien a través de la participación o esfuerzo conjunto con accionistas de capital privado mediante la constitución de Empresas Mixtas; siendo cualquiera de estas dos figuras las titulares del cumplimiento de la obligación tributaria como sujetos pasivos.

De forma adicional, es necesario resaltar que, tal como se buscaba en un principio con la etapa de la apertura petrolera en la década de los años 1990, este tipo de impuestos fueron creados con el objeto doble de obtener información de la inversión y esfuerzos en sísmica y perforaciones que las entonces *Asociaciones Estratégicas* y *Convenios de Servicios Operativos* –modelos de *joint ventures* utilizados para la asociación del Estado con empresas de capital privado en el negocio petrolero en

13 Entendemos “Socio B” como aquel tercero particular privado, nacional o extranjero, que a través del procedimiento establecido en los artículos 33, 34 y 37 de la LOH, participa en el proceso de oferta y licitación iniciado por la República con el objeto de convertirse en el socio estratégico que detendrá la participación igual o inferior al 49% de las acciones sobre la Empresa Mixta creada por Decreto Presidencial y habilitadas mediante Decreto de Transferencia para ejercer las actividades primarias previstas en el artículo 9 *ejusdem*. Esto, entendiendo que el “Socio A” será aquel que detente el 51% o más de las acciones de la *EEMM*, que por mandato legal y derivada de la reserva constitucional sobre los yacimientos (art. 302 CRBV) se encuentra en cabeza del Estado a través de la *CVP*, filial de PDVSA, S.A. (Art. 303 CRBV).

¹⁴ Aquí nos referimos especialmente a la facultad del Ejecutivo de revocar el Decreto de transferencia de acuerdo con el artículo 24 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y la Condición 7ma de los Términos y Condiciones.

Eddward J. Rangel Medina

Venezuela, con características de participación accionaria distintas previas a la figura de las Empresas Mixtas– realizaban sobre el área asignada; buscando además incentivar con las condiciones apropiadas de mercado la inversión privada, nacional o extranjera, en el país, con la contrapartida de una cierta vigilancia por parte del Estado, si los objetivos de plan de desarrollo de yacimiento no eran cumplidos.

El gran inconveniente radica en que, al no haber un Estado que garantice la seguridad jurídica de inversiones ni tampoco sea capaz de fiscalizar cifras generadas en todas las áreas adjudicadas, el impuesto superficial pierde todo tipo de funcionalidad en la actualidad venezolana.

Por otro lado, el Impuesto de Consumo Propio usa la *instrumentalización* más bien para determinar qué cantidad de hidrocarburos explotados por el particular son aprovechados como combustible y no llegan a formar parte de la cadena de valor y comercialización especialmente. Este “impuesto” fue pensado particularmente para diferenciar la medición del impuesto de extracción, una vez medido en los patios de tanques y, en el entendido de que la inversión y participación, sea privada –mediante *EEMM*– o totalmente públicas –a través del mandato de empresas públicas o del Estado según la Sección Segunda del Capítulo III de la LOH–, en las empresas operadoras alcanzara el nivel de industrialización mediante la integración vertical del negocio.

Sin embargo, en la actualidad venezolana y debido a la reserva de comercialización del mercado interno de combustible mediante la Ley Orgánica de Reordenamiento del Mercado Interno de los Combustibles Líquidos, parece sin sentido medir el uso de combustibles diversos derivados de los hidrocarburos en la operación de las empresas operadoras. Aquí, además, el 10% de alícuota impositiva sobre la base de cada metro cúbico de combustible utilizado, calculado al valor del mercado nacional de combustibles como el gasoil, gasolina y diésel, resulta en una recaudación más que mínima, considerando además que este “impuesto” viola el principio de reserva legal por fijar el valor de los combustibles una autoridad distinta a la legislativa bajo ley formal.

La crítica principal a este impuesto es que, bajo el marco regulatorio actual venezolano de los hidrocarburos, pierde su funcionalidad tanto fiscal como regulatoria del uso y consumo de derivados de hidrocarburos como combustible; esto al ser además

Eddward J. Rangel Medina

la misma PDVSA o una empresa estatal que a estos efectos designe quien está autorizada para transportar y vender el combustible directamente al operador o empresa.

Asimismo, el Impuesto de Registro de Exportación es quizás uno de los “impuestos” más instrumentales y cuya finalidad fiscal debe ser reevaluada bajo el marco legal vigente venezolano. El doble propósito de este tributo es claramente expresado en el texto del artículo 48.5 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, el cual se enfoca en que el Ministerio con competencia en la materia obtenga del particular una declaración del volumen, grado *API*, contenido de azufre y destino del total de hidrocarburos a exportar. En este sentido, consideramos que, de todos los tributos y contribuciones establecidas en este capítulo de la Ley, el impuesto de registro de exportación es el que debe ser mayormente tomado en cuenta para una verdadera reestructuración fiscal de los hidrocarburos en el país.

Es verdaderamente necesario para la Administración Tributaria, Aduanera y para la Autoridad competente en la materia conocer el volumen, características y destino de exportaciones del principal rubro industrial del país, además de ser una de las etapas en la cadena de valor del negocio petrolero más estratégicas para poder gravar tanto la actividad de comercialización final del crudo como bien de principal exportación hacia el consumidor final. No obstante, bajo la realidad actual venezolana, la funcionalidad de este tributo es meramente informativa instrumental, en la que interviene en cierta medida aún la fiscalización activa de la Administración Aduanera pero que pierde una gran oportunidad de recaudación de fondos por una actividad primordial tanto para el sector petrolero como para la actividad económica formal del país.

Finalmente para este aparte, es importante mencionar y hacer una crítica a una figura fiscal que, si bien no forma parte de los tributos y contribuciones parafiscales circunscritas al régimen de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, si ha sido sancionada con el objeto de aprovechar cada oportunidad de la cadena de valor de los hidrocarburos para aumentar la regulación tributaria sobre una industria tan volátil como la actividad petrolera. Es el caso de la Ley De Reforma Parcial Del Decreto N° 8.807 Con Rango, Valor Y Fuerza De Ley Que Crea la Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de los Hidrocarburos, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.114 de fecha 20 de febrero de 2013. El objeto de esta ley es el de prever una contribución mayor ante

Eddward J. Rangel Medina

fluctuaciones de precios del crudo a nivel del mercado internacional, en respuesta al aumento de precios del petróleo entre el 2002 al 2008 y el posterior *boom* del 2009 al 2012 que alcanzó precios históricos de hasta 120 USD por barril. El sistema implementado por esta ley fue el de dividir las contribuciones especiales pagaderas al FONDEN mensualmente entre *Precios exorbitantes* –entendido como el valor del crudo en un rango mayor a 80 USD– y *Precios extraordinarios* –entendido como el valor del crudo en un rango igual o menor a 80 USD– del barril de crudo.

De esta forma, la ley establece que, cuando el valor del crudo internacional constituya un precio extraordinario, el contribuyente deberá pagar la alícuota correspondiente al 20% sobre la diferencia del precio del petróleo y el precio que se haya establecido en la Ley de Presupuesto del respectivo ejercicio fiscal; mientras que cuando el valor constituya un precio exorbitante: (i) de 80 a 100 USD, la alícuota sería de 80% sobre la diferencia de precios sobre la Ley de Presupuesto, (ii) de 100 a 110 USD con alícuota de 90%, y (iii) cuando sea superior el valor de 110 USD por barril, aplicaría una alícuota del 95% sobre la diferencia de precios. El efecto, valor e imposición regulatoria a esta figura fiscal es conocida en el derecho anglosajón como “*Windfall taxes*”, entendiéndolos como una sobretasa o sobreimposición regulatoria fiscal sobre sectores de la economía beneficiados de la expansión económica, con el propósito de redistribuir el exceso de ganancias para ingresos del Estado y su reinversión pública. Sin embargo, el mayor problema con los *Windfall taxes* como el de esta contribución especial es que puede llegar a asfixiar o limitar el interés en la inversión privada debido a que las ganancias deducidas de impuestos pueden representar un riesgo mayor para las industrias.

Es justo este el problema con la Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de los Hidrocarburos de Venezuela, y cómo, a pesar de no ser utilizada como instrumental, representa un gran problema y es poco práctico para mantener inversiones actuales y atraer nuevas inversiones al mercado de los hidrocarburos en nuestro país. De esta manera, y aun cuando desde el 2014 el precio del crudo internacional no ha aumentado a más de 75 USD por barril, la posibilidad de un nuevo aumento por encima de los 80 USD por barril representaría bajo la ley vigente una crisis sin precedentes para los pocos inversionistas aun presentes en las Empresas Mixtas de los hidrocarburos en Venezuela,

Eddward J. Rangel Medina

y al mismo tiempo puede llevar la producción nacional al punto de quiebre sin retorno. Y es que, si bien es cierto que un mayor aumento en los precios de crudo internacional representaría un aumento general en las ganancias de la industria petrolera, debemos recordar que tanto las empresas mixtas, las operadoras estatales, como las demás que hacen vida en distintas actividades a distintos niveles de la cadena de valor de los hidrocarburos en el país, están sujetas a cumplir con una gran cantidad de obligaciones tributarias y parafiscales que representan un *government intake* –ventaja o ganancia total del Estado a través de la fiscalización tributaria sobre el ejercicio de las actividades reguladas como la de los recursos naturales, hidrocarburos, minas, energía, entre otras– de casi el 95%¹⁵ sobre la totalidad de las ganancias de la industria; por lo que aumentar el control y regulación fiscal sobre el negocio no necesariamente conllevaría a un aumento en la tributación del Estado, y podría desalentar –aún más– a los inversionistas que, históricamente, han apoyado el crecimiento y estabilidad que tanto necesita nuestra industria nacional.

2.3. Propuesta de revisión y adecuación del régimen fiscal-tributario a la realidad venezolana actual en el negocio de los hidrocarburos:

Tras las críticas argüidas en la sección anterior nos proponemos en este último apartado hacer una revisión y señalar una adecuación necesaria del régimen fiscal de los hidrocarburos a la realidad venezolana actual, enfocado en una apertura a la inversión privada, fortalecer la recaudación formal de tributos hacia la Administración Tributaria Nacional y reestructurar la fiscalización activa del Estado sobre la actividad petrolera; tomando la figura de tributos como un mecanismo de apoyo, pero no de única fuente de información sobre la explotación, comercialización y exportación final del crudo en Venezuela.

Ante esto, creemos pertinente aclarar de forma preliminar que el uso de la figura de impuestos instrumentales por el Estado venezolano en el sector de hidrocarburos no es aislado del panorama internacional de las Administraciones en concentrar la

¹⁵ Referencia de estimación establecida por distintos autores en estudios realizados por la Cámara Petrolera de Colombia (CAMPETROL), La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y en estudio de Maldonado-Veloz, Francisco. “Venezuela y petróleo hoy: La restauración del excepcionalismo rentista”. En *Revista Actualidad Contable FACES*, vol. 19, núm. 32, (2016), Mérida: Universidad de los Andes.

Eddward J. Rangel Medina

actualización de información estratégica de forma expedita de una determinada actividad económica de gran relevancia como lo es la petrolera para Venezuela.

En la región solamente, a modo de ejemplo, países como Colombia y Chile¹⁶ han usado este método en el sector energético para facilitar la consolidación de cifras y datos de productividad, mientras grava ciertas actividades. La fiscalización activa del Estado tiene sus límites en lo que respecta a la capacidad humana y de organización jerárquica de la Administración Pública como gran gestor público. En otras latitudes, empero, esta limitación de fiscalización se ha combatido con inversión tecnológica y actualización de métodos de recaudación más estratégicos, incluso “quirúrgicos” si se quiere en fases de la industria clave.

En Venezuela, sin embargo, esta falta de capacidad humana en la fiscalización activa se ha combatido, erróneamente con la “trasplatación de esquemas” dentro de la cadena de valor de los hidrocarburos, y prácticamente cualquier sector que involucre un cierto servicio o utilidad pública; esto abusando de los impuestos instrumentales y descentralizando en exceso la recaudación hasta el punto de hacer casi imposible para el particular cumplir de forma cabal con todas las obligaciones tributarias, fiscales y parafiscales relacionadas con el sector.

De esta forma, si bien los impuestos instrumentales no son una figura para ser usada de forma desordenada y sin fiscalización organizada, son una solución necesaria a mantener bajo el esquema actual venezolano, con el objeto de relajar el peso sobre la Administración y su escasa capacidad de fiscalización a corto plazo; pero cuyo uso debe reformarse para facilitar su cumplimiento y funcionalidad para el sujeto pasivo, inclusive para ser una puerta hacia el incentivo en inversión privada y recuperación del sector petrolero nacional.

Habida cuenta de lo anterior, basado en diversos proyectos de reforma a la normativa legal de hidrocarburos en Venezuela¹⁷ y en nuevos modelos de política

¹⁶ Es el caso de la regulación de la actividad petrolera y de gas mediante decretos en Colombia y el régimen fiscal sobre la explotación de recursos naturales en Chile, sobre todo en minería, que ha facilitado la recaudación proporcional y eficaz de tributos. Basado principalmente en la experiencia compartida de la industria colombiana (Contraloría General de la República -República de Colombia-, *Política Pública Explotación de Hidrocarburos*. Bogotá: Colección CGP, 2014).

¹⁷ Nos referimos especialmente a los Modelos de reforma propuestos en las distintas comisiones de la Asamblea Nacional sobre el Anteproyecto de Reforma Parcial de Ley Orgánica de Hidrocarburos (con

Eddward J. Rangel Medina

petrolera discutidos actualmente, el autor cree que el futuro de la industria debe considerar estos lineamientos para hacer más eficaz y eficiente la recaudación fiscal de la actividad petrolera en el país:

- i. Eliminar la Regalía del 30% establecida en el artículo 44 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, junto al Impuesto de Extracción y su deducción junto a la regalía como ventaja especial establecida en la Condición N°6 de los Términos y Condiciones de las Empresas Mixtas. Esto debido a su absoluta ineficacia y despropósito fiscal que corrompe cualquier referencia a los principios del derecho tributario y significan una carga para la deducción y declaración de la obligación fiscal para el sujeto pasivo.

En cambio, para sustituir estas tres figuras se plantea establecer una regalía única del 30% sobre el valor total de los hidrocarburos extraídos, a ser pagados directamente al órgano competente en materia de hidrocarburos – Ministerio– y que, a la vez, establezca la obligación al sujeto pasivo (Empresa Mixta o Estatal, específicamente) de informar los volúmenes de hidrocarburos y sus características extraídos del yacimiento.

- ii. Reformar la funcionalidad del impuesto superficial a ser gravado, para que tenga un doble propósito de vigilancia activa sobre la productividad de los yacimientos del área delimitada asignada y, al mismo tiempo, favorecer con beneficios fiscales la continua inversión en las mismas. En este sentido, se propone extender su base imponible a una alícuota impositiva más real, cercana al 1% del valor de hidrocarburos producidos en el área delimitada anualmente por cada km² no explotado. Al mismo tiempo que se fortalezca una fiscalización activa para evaluar, de un mediano a largo plazo, las inversiones realizadas en el yacimiento. En caso de observar un aumento en la productividad del área, la administración tributaria podrá otorgar beneficios y créditos fiscales para promover de alguna forma la inversión.

Este impuesto debe ser pensado como uno instrumental que incentive la inversión privada, no castigar al particular. Su acción a corto plazo, sin embargo, está supeditada a que se establezcan condiciones de seguridad

Eddward J. Rangel Medina

jurídica de inversiones en un mercado de libre competencia, para que exista un verdadero interés en impulsar la producción petrolera con capital privado. Hasta tanto esto no suceda, este impuesto no puede cumplir con su función instrumental ni fiscal de forma efectiva.

- iii. Eliminar el impuesto al consumo propio, puesto que su objeto es absurdo y su aplicabilidad obsoleta en la realidad venezolana imperante. Esto se reduce a que, si el mercado interno de comercialización de combustible está reservado a empresas del Estado, la información o función instrumental de consumo de combustible la está obteniendo directamente de cada despacho realizado a la operatividad de los yacimientos en las áreas delimitadas.

Asimismo, y debido a la falta de inversión y regulaciones tan drásticas sobre la industrialización, actualmente la transformación petroquímica de hidrocarburos en derivados sintéticos que puedan ser usados como combustible es nula, debido también a la no rentabilidad de una operatividad de integración vertical de inversionistas privados parte de las Empresas Mixtas; por lo que casi en su totalidad el combustible utilizado por las empresas es importado, pero distribuido por PDVSA Petróleo S.A. La eliminación de este impuesto debe más bien servir de base para evaluar las políticas sobre la industrialización de hidrocarburos y el mercado interno de sus derivados en Venezuela.

- iv. De igual forma, consideramos como una de las reformas más necesarias en la reestructuración fiscal del sector petrolero, replantear la aplicación del Impuesto de Registro de Exportación como el más importante impuesto instrumental. No solo este impuesto debe aumentar su alícuota impositiva para aprovechar un punto tan estratégico en la cadena de valor como la exportación de crudo al consumidor final, sino que debe ser apoyado por una fiscalización activa que verifique el estado actual de la industria y apoye en la reactivación de la industria que más aporta al fisco en cuanto a exportaciones se refiere en el país. Sin embargo, para que este impuesto pueda tener un verdadero impacto para los ingresos del Estado, debe acompañarse con medidas que aumenten la inversión y por ende la producción de crudo en el país a niveles óptimos.

- v. Finalmente, eliminar la figura de precios exorbitantes y extraordinarios como base para pago adicional de contribuciones por aumento de precios de crudo a nivel internacional, y sustituir, más bien, por un sistema de incentivos de inversión y fiscalización eficaz constante que pueda mantener la recaudación y generar ingresos para el Estado ante una eventual alza del mercado; propuesta que desarrollaremos en el próximo aparte.

III. ASPECTOS ECONÓMICO-JURÍDICOS DE UNA PROPUESTA DE POLÍTICA PÚBLICA PETROLERA HACIA UN MODELO DE APERTURA

3.1. Lineamientos para el diseño de una política petrolera:

Tomando en consideración distintas experiencias de implementación de políticas públicas en el sector de energía a nivel mundial y, en específico, el papel del Estado como regulador, empresario y propietario, cualquier lineamiento que siga la reforma jurídico-económica del modelo de negocios petrolero venezolano, debe tomar en cuenta los siguientes factores¹⁸:

- i. *La Historia del negocio petrolero desde sus inicios en Venezuela*: los ciclos de regulación y apertura, las experiencias y aprendizajes, aciertos y desaciertos de las decisiones políticas orientadas no a formular política de Estado, sino una línea de plan de gobierno.
- ii. *Las implicaciones geopolíticas*: consideraciones del mundo globalizado y de los mercados energéticos emergentes como aliados estratégicos y consumidores potenciales (Asia, Europa), así como limitaciones políticas al negocio internacional (sanciones impuestas por EE. UU. y cuotas OPEP).
- iii. *Medidas económicas*: las cuales deben considerar el Estado para solucionar la crisis energética y del sector de los hidrocarburos, si lo que se busca es que la industria petrolera sea el engranaje que impulsa la política económica nacional; sincerando precios de combustible, abriendo participación privada en etapas estratégicas y atractivas de la cadena de valor.

¹⁸ Basado principalmente en anotaciones de Dobarro, Dolores, “Política Petrolera”, en *Diplomado en Derecho de los Hidrocarburos*, (Caracas: CENDECO-Universidad Metropolitana, 2019).

Eddward J. Rangel Medina

- iv. *Manejo de la industria*: reformulación y reestructuración del esquema corporativo, funcional y jerárquico de Petróleos de Venezuela, S.A., (Casa Matriz), sus filiales diversas con objeto distinto al de explotación y aprovechamiento del recurso petrolero; así como la reestructuración institucional del Ministerio de Energía y Petróleo como ente regulador, que pueda recobrar su capacidad fiscalizadora e incentive la competencia y reglas del juego justas para los actores (El Estado, las empresas operadoras y los consumidores¹⁹).

3.2. La Propuesta:

Los anteriores lineamientos nos llevan a proponer que la nueva política petrolera del negocio venezolana orientada hacia la reforma jurídica y esquema económico de participación privada debe enfocarse en las actividades de *Upstream* y *Downstream*, como solución a corto y mediano plazo que reactive el incentivo de inversión privada sobre las actividades de explotación y subsiguiente generación de ingresos provenientes de renta de estaciones de servicios dadas en concesión a las privadas, así como la libre competencia en un mercado libre de bandas en precios de combustible y apertura del transporte y cabotaje de este por privados y no sólo por PDVSA o sus filiales autorizadas.

Con esto, creemos que de la industria debe, al menos, tomar en consideración, los siguientes puntos para una verdadera participación justa y rentable del privado, ya sea nacional o extranjero en el negocio:

- i. *Replantear el esquema de las Empresas Mixtas*. Con esto se planea disminuir la participación accionaria del Estado venezolano en las Empresas Mixtas preestablecidas y por establecer, sugiriendo un porcentaje de 20/80% o menos para con el Estado frente al privado. De esta manera, el Estado solo detentará una cantidad mínima de control sobre la *joint venture* con ventajas especiales que garanticen el control en decisiones claves sobre el recurso propiedad del Soberano, pero a la vez velar por que las inversiones privadas sean respetadas. Esta propuesta viene atada a que, transcurrido un tiempo estimado de cinco (5)

¹⁹ Mata-García, César, *Manual de Derecho de los Hidrocarburos* en Venezuela (Caracas: Editorial Arte, 2016), p. 84.

Eddward J. Rangel Medina

años, al recuperar la inversión, el Estado pueda aumentar paulatinamente su participación hasta un máximo de equidad en el negocio (50/50%);

- ii. Para garantizar la confianza en la inversión del privado, nacional o extranjero, en el sector, *se otorgarán beneficios* como bonos de entrada que aseguren la participación accionaria:
 - a. Para acompañar esta medida, se requiere una reforma en los llamados *impuestos instrumentales*, con el cual el Estado venezolano actualmente detenta un *government take* del 95% sobre el valor total de la inversión. Esta reforma, consideramos, debe enfocarse en eliminar los tributos establecidos en el Capítulo VI de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, al poder estos deducirse del pago de regalías de 30% y 33,33% de Impuesto de Extracción. El régimen de recaudación fiscal entonces se centraría simplemente en la regalía por la producción (explotación) (30%) mensual de crudo, siendo aplicable de los impuestos establecidos actualmente en el artículo 48 de la Ley sólo aquellos correspondientes a la exportación. Con esto se busca relajar la tasa impositiva sobre la actividad, dando mayores beneficios a los inversionistas, y, de la mano con una subsiguiente iniciativa de reestructuración jerárquica de la Autoridad Nacional en Petróleo, fortalecer la *fiscalización activa*²⁰ para obtención efectiva de la información;
- iii. *Revisar* las normativas que prohíben, de forma equívoca, la celebración de contratos de servicios operativos entre Empresas Mixtas y terceros contratistas, para economizar al Socio B la operatividad de la actividad petrolera. Esto incluye en especial la errónea interpretación de los Términos y Condiciones N° 3 y artículo 25 de la Ley, de forma que sea más económicamente viable la contratación de servicios operativos y financiamientos, siempre que sean suscritos válidamente por el Socio B o la Empresa Mixta en documentos separados que no atenten contra el orden público venezolano y no se ceda, en su totalidad, la función operadora;
- iv. *Reevaluar una estrategia* más económicamente rentable para el privado que vender el hidrocarburo líquido directamente a PDVSA, esto con el objeto de

²⁰ Ver referencia de propuesta en Carmona, Juan. (2018). *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela: Volumen II*. (Caracas: 2018).

Eddward J. Rangel Medina

acceder a mejores mercados, de los cuales el Estado también se beneficiará. Esto busca, eliminar el precepto establecido por el artículo 57 de la Ley Orgánica y el Término y Condición N° 4;

- v. *Liberar totalmente las actividades aguas abajo* de mercado interno respecto de la venta de combustible y abanderamiento de PDVSA en Estaciones de Servicios; para con esto incentivar la competencia y activar una venta de combustible al público en bandas más real en comparación al precio internacional, y garantizar un ingreso de *fee* por parte del Estado a quien, bien sea privado o Socio B en Empresa Mixta autorizada para administrar el establecimiento de venta, realice la actividad.

CONCLUSIONES

Tal como mencionábamos al inicio de este trabajo, creemos que, si algo hay que recuperar de “la historia regulatoria de la industria petrolera venezolana” son las vías legales que han tomado los distintos gobiernos que, con diversas motivaciones político-económicas, han sacudido la manera de hacer negocios y agotado las figuras en las que se relacionan los particulares con el Estado. Lamentablemente, la mala gestión del Estado venezolano como regular e inexperience como gestor privado a la cabeza de PDVSA, en los últimos 15 años al menos, ha significado el desaprovechamiento de las mayores ganancias que cualquier administración haya tenido en nuestra historia contemporánea; desencadenando así que actualmente Venezuela cuente con un saldo de cientos de empresas (*E&E*, actividades primarias o *upstream*) y tantos más de contratistas que cesaron operaciones, así como decenas de demandas por incumplimiento de condiciones contractuales en los diversos esquemas de *joint ventures* implementados.

Ante esto, nuestra tarea entonces como abogados es apelar al sentido común, la innovación, eficiencia y efectividad a la hora de asesorar y formular –más que leyes vacías o en blanco– políticas públicas petroleras enfocadas hacia un mundo globalizado, pensado a largo plazo y que apunten hacia el desarrollo y diversificación de la industria energética nacional, tomando el petróleo como el gran engranaje que unirá todos los sectores productivos de la economía venezolana.

Como reflexión final de estas cortas pero precisas aproximaciones jurídico-políticas, el autor pretende que estas propuestas sobre la reactivación del sector, así como otras tantas que se han estado gestando en las mentes de quienes le preceden en experiencia y conocimiento, sirvan como base para educar a las nuevas generaciones de abogados –y a los venezolanos en general– hacia la necesidad viable y pronta de ejecutar mínimas reformas que, junto a políticas fiscales y regulatorias bien asesoradas, busquen un socio igualitario para el Estado, disminuyendo la carga como gestor-regulador-empresario, y que llamen al capital privado a participar del negocio y reactivar la industria nacional a su productividad potencial.²¹

²¹ Esto tiene certeza en cuanto al comentario realizado por el autor cuando comenta que, *ante el inicio de un nuevo ciclo petrolero, hay que garantizar, de manera técnica-legal-económica-contractual, los intereses de todos y cada uno de los participantes de la industria de los hidrocarburos en Venezuela.*

BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. *Ley Orgánica de Hidrocarburos*. Publicada en la Gaceta Oficial de la República Venezuela N° 38.443 de fecha 24 de mayo de 2006.

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. *Ley Orgánica De Reordenamiento Del Mercado Interno De Los Combustibles Líquidos*. Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.019 de fecha 18 de septiembre de 2008.

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. *Ley Orgánica para el Desarrollo de las Actividades Petroquímicas*. Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.203 de fecha 18 de junio de 2009.

CAMPETROL. *Carga tributaria del sector petrolero colombiano*. (2014), Disponible en: <http://campetrol.org/wp-content/uploads/GDS/2015/mayo/GDS-20150514-2.pdf> (Consultado el 28 de noviembre de 2019).

CARMONA BORJAS, Juan Cristóbal. Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela: Volumen II, 2018.

Comisión de Energía y Petróleo de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (2019). Anteproyecto de Reforma Parcial de Ley Orgánica de Hidrocarburos (con borrador de fecha 1/10/2019).

Comisión de Energía y Petróleo de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (2019). Anteproyecto de Reforma del Acuerdo mediante el cual se aprueban los Términos y Condiciones para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas.

Contraloría General de la República -República de Colombia-, Política Pública Explotación de Hidrocarburos. Colección CGR, 2014.

DOBARRO, Dolores. (2019). *“Anotaciones de Materia Política Petrolera”*, Diplomado en Derecho de los Hidrocarburos. Caracas: CENDECO-Universidad Metropolitana, 2019.

Mata-García, César. *Manual de Derechos de los Hidrocarburos en Venezuela*. (Caracas: Editorial Arte, 2016), p. 292.

Eddward J. Rangel Medina

GARAY, Juan. *La Constitución Bolivariana* (1999). Caracas: Corporación AGR, S.C., 2013.

KWAN LISTA, Michelle. *Naturaleza Jurídico-Fiscal de la Regalía Petrolera en Venezuela*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2004.

MALDONADO-VELOZA, Francisco. “*Venezuela y petróleo hoy: La restauración del excepcionalismo rentista.*” *Actualidad Contable FACES*, vol. 19, núm. 32. Mérida: Universidad de Los Andes, 2016.

MATA-GARCÍA, César. *Manual de Derecho de los Hidrocarburos en Venezuela*. Caracas: Editorial Arte, 2016.

OTeyZA, Carlos. “*El Reventón: Una historia del petróleo en Venezuela*”. (I, II y III). Caracas, 2007-2014.

Monitor ProDaVinci. “Anuncian aumento de la gasolina a 0,50 dólares por litro en 200 estaciones y esquema de subsidios”. Prodavinci. Disponible en: <https://prodavinci.com/anuncian-aumento-de-la-gasolina-a-050-dolares-por-litro-en-200-estaciones-y-esquema-de-subsidios/>. (Consultado el 20 de julio 2020).