

14 COLECCIÓN de REGULACIÓN
MINERA y ENERGÉTICA

MILTON FERNANDO MONTOYA / Coordinador

Temas de derecho minero-energético

Universidad
Externado
de Colombia

Milton Fernando Montoya Pardo
Coordinador

Temas de derecho minero-energético

Universidad Externado de Colombia

Temas de derecho minero, energético y petrolero / Milton Fernando Montoya, coordinador ; Ana Paola Gutiérrez [y otros]. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020.

588 páginas : ilustraciones, gráficos, fotografías, mapas ; 21 cm. (Colección de Regulación Minera y Energética ; 14)

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587905205

1. Industria minera – Colombia 2. Industria minera -- Aspectos económicos – Colombia 3. Industria del petróleo -- Aspectos constitucionales – Colombia 4. Posconflicto armado -- Aspectos jurídicos – Colombia 5. Derecho minero -- Colombia I. Montoya, Milton Fernando, coordinador II. Universidad Externado de Colombia III. Título IV. Serie

348.3 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca EAP.
diciembre de 2020

ISBN 978-958-790-520-5

© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 02 88

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Pablo Emilio Daza Velásquez

Composición: Precolombi EU, David Reyes

Impresión y encuadernación: Digiprint Editores S.A.S.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

DIAGNÓSTICO JURÍDICO DE LA ACTUAL INDUSTRIA PETROLERA Y GASÍFERA EN VENEZUELA

CÉSAR R. MATA GARCÍA¹

INTRODUCCIÓN

En los últimos 22 años, la producción petrolera de Venezuela ha declinado de 3,3 miles de barriles diarios (MBD) a 650 MBD, según cifras secundarias de la Organización de Países Explotadores de Petróleo (OPEP) del mes de marzo de 2020^[2]. Esta caída de casi 2,65 MBD del volumen promedio de la producción petrolera y la falta de desarrollo de la industria petrolera y gasífera venezolana se deben a varios factores políticos, económicos, laborales, gerenciales y legales.

1 Ph. D. en Derecho y LL.M en Derecho y Política Petrolera de la Universidad de Dundee (Escocia-Reino Unido). Es abogado egresado de la UCAB (Caracas-Venezuela). Cuenta con más de 20 años de experiencia en el sector de los hidrocarburos y con más 15 años en el área académica. Ha sido profesor e investigador invitado en varias universidades en Venezuela y en el exterior. Actualmente, se desempeña como consultor legal, profesor universitario y como facilitador, instructor y escritor de temas legales-energéticos a nivel nacional e internacional. Correo electrónico: cmatagarcia@gmail.com

2 OPEP, 2020.

La anterior situación ha generado múltiples preocupaciones —internas y externas— entre las distintas disciplinas que hacen vida alrededor de dicha actividad comercial. Muchos de los análisis elaborados recientemente para encontrar soluciones a la creciente declinación de producción de crudo y a la reactivación de la industria petrolera y gasífera venezolana son principalmente políticos, económicos y financieros debido al impacto que tienen para Venezuela los ingresos de divisas derivados de la venta de crudo en el mercado internacional.

En términos legales se pregunta si dicha declinación y falta de inversión en la industria son una consecuencia del marco regulatorio petrolero y gasífero vigente, debido a que se argumenta que este último limita y no promueve, efectivamente, mayor participación e inversión privada en el sector de los hidrocarburos en Venezuela³.

Sin embargo, son pocos los análisis técnico-jurídicos existentes sobre la argumentada incidencia del marco regulatorio petrolero y gasífero vigente en los bajos niveles de producción de crudo y la falta de inversión en este sector industrial. Debe admitirse que, no obstante, se han producido algunas iniciativas puramente legales destinadas a tratar de solventar las múltiples consecuencias derivadas de la declinación de la producción de crudo y la falta de desarrollo de la industria petrolera y gasífera venezolana. Por ejemplo, dentro de las iniciativas legales indicadas se encuentran principalmente: la propuesta de reforma constitucional de los artículos 302 (reserva legal de la industria petrolera) y 303 (reserva de las acciones de Petróleos de Venezuela S. A. – casa matriz); la creación de una comisión especial en la Asamblea nacional para

3 Petroguía, 2019.

la reforma de la actual Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001 (reformada parcialmente en 2006); la creación de una agencia regulatoria para las actividades relativas a los hidrocarburos, la promulgación de una resolución del Ministerio de Petróleo para revisar y validar contratos nacionales e internacionales, donde Petróleos de Venezuela S. A. (en lo adelante PDVSA) detente acciones, la modificación parcial del régimen fiscal y tributario aplicable a la actividad de los hidrocarburos e incluso la discusión y promulgación de una nueva ley de hidrocarburos. Todas ellas con la principal intención de promover más la inversión privada en el sector petrolero venezolano y, por consiguiente, aumentar la producción.

Ahora bien, dentro los esfuerzos que se han hecho para identificar, en detalle, desde el punto de vista legal y contractual, los principales problemas que están afectando el desarrollo de la industria petrolera venezolana y, en consecuencia, los niveles de producción, debería tomarse en cuenta también la tarea de constatar qué está sucediendo realmente en la industria petrolera y gasífera venezolana, así como comprobar igualmente ¿qué piensa el inversionista privado sobre el actual régimen regulatorio aplicable al sector de los hidrocarburos en Venezuela?

La mejor forma de responder a esta última interrogante es mediante la realización de un diagnóstico jurídico que permita identificar sus principales dificultades y cuáles son los problemas que han afectado *significativamente* a dicha industria en estos últimos 22 años. A través del anterior ejercicio, se podrá, en consecuencia, llegar a algunas conclusiones sobre las eventuales acciones a tomar y sobre las necesarias reformas regulatorias para promover y garantizar la participación de privados en el negocio de los hidrocarburos en Venezuela y, por ende, aumentar la producción de crudo. Es pues la realización

del referido diagnóstico jurídico el principal objetivo del presente análisis.

Preliminarmente es importante aclarar que

(1) Cuando se habla de la recuperación de la industria petrolera venezolana, no solo se debe hablar de las actividades de exploración y producción (p. ej., aumentar la producción), sino también del resto de las actividades que conforman la cadena de valor de los hidrocarburos, como lo son refinación, comercio exterior, industrialización y mercado interno. Como se ha indicado en varias oportunidades, la industrialización de los hidrocarburos en Venezuela es una tarea que está pendiente desde hace mucho tiempo.

(2) Otro punto que debe ser tomando en cuenta es el diferencial de 2,65 MBD entre la meta original de producción base de crudo de 3,3 MBD y la actual producción de 650 MBD, ya que este diferencial ha tenido serias connotaciones económicas y financieras en el flujo de caja del país. En otras palabras, la mencionada producción base de crudo fue utilizada por el Estado y PDVSA para asumir, en su momento, múltiples compromisos de financiamiento internacional mediante la venta de crudo a futuro. Lo anterior, no solo ha afectado la actual proyección del flujo de caja de la empresa estatal PDVSA, sino que también ha afectado su capacidad de endeudamiento y la posibilidad de concretar mecanismos de financiamiento para nuevos proyectos, así como también la capacidad de endeudamiento de la República.

No obstante, hay que hacer una diferencia, en cuanto aumento de la producción se refiere, ya que aun cuando se contabilicen de manera consolidada, una cosa es la producción de crudo por parte de PDVSA mediante esfuerzo propio (p. ej., 297 000 BD, aproximadamente) y otra es la producción de crudo mediante esfuerzos con terceros, a

través de las conocidas empresas mixtas operadoras (p. ej., 363 000 BD, aproximadamente). Esta última aclaratoria se formula debido a que la crisis más significativa está en la producción de crudo por parte de PDVSA mediante esfuerzo propio y no tanto en la producción de crudo de PDVSA a través de esfuerzo con terceros que cuenta con la participación y financiamiento de la inversión privada.

(3) Igualmente debe entenderse que PDVSA es parte importante de la industria petrolera venezolana, y no es la industria petrolera en su totalidad. Durante los últimos 18 años, la presencia de PDVSA en el negocio petrolero venezolano se ha traducido en una intervención *caprichosa* sobre una gran parte de las actividades que conforman la cadena de valor de los hidrocarburos, es decir, en servicios conexos, industrialización y mercado interno. Es oportuno resaltar que esta presencia exclusiva de PDVSA no está así estipulada en la actual Ley Orgánica de Hidrocarburos, la cual permite, entre otras cosas, la participación privada hasta en un 100 % en muchas de las actividades petroleras que conforman la cadena de valor de los hidrocarburos en Venezuela, como se verá más adelante.

De cualquier modo, es importante destacar que PDVSA pasó de ser una ejemplar corporación, a una empresa cuasifamiliar para terminar —hoy día— como una empresa poco competitiva. Por lo anterior, a los efectos de este artículo, una cosa es la recuperación de la industria petrolera venezolana y su producción de crudo (objeto de este diagnóstico) y otra cosa es la recuperación de PDVSA como una ejemplar corporación o ente comercial (objeto de un análisis separado).

Ahora bien, en términos legales se debe indicar que en Venezuela hay dos regímenes jurídicos aplicables a los hidrocarburos, es decir, los hidrocarburos líquidos se rigen por la Ley Orgánica de Hidrocarburos (2001, reformada

2006) (en lo adelante Ley de Petróleo) y los hidrocarburos gaseosos se rigen por la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (1999) (en lo sucesivo Ley de Gas).

Esta diferenciación se formula con la intención de resaltar que, a diferencia de la Ley de Nacionalización de 1975 (donde todas las actividades que conformaban la cadena de valor de los hidrocarburos líquidos estaban reservadas al Estado Venezolano), la actual Ley de Petróleo permite la participación privada —en dicha cadena de valor— de la siguiente manera: (i) exploración y producción hasta un 49 % en sociedad con el Estado venezolano (reservándose este último la mayoría de las acciones y el control de las decisiones de dicha sociedad) (art. 22), (ii) refinación y comercio exterior hasta un 100 % (salvo lo referente al crudo natural que debe ser vendido a una empresa del Estado) (arts. 10 y 57), (iii) industrialización hasta un 100 % (art. 50) y (iv) comercio interno hasta un 100 % (art. 58). Por su parte, los hidrocarburos gaseosos, a diferencia de la anterior Ley de Gas de 1971 (que también reservaba al Estado venezolano la totalidad de la industria del gas natural), la actual Ley de Gas permite la inversión privada hasta en un 100 % en todas las actividades que conforman la cadena de valor, es decir, desde la exploración y producción de gas natural hasta el expendio final (art. 22).

En este contexto, la pregunta comúnmente formulada es ¿qué pasa entonces con la industria de los hidrocarburos en Venezuela si las leyes que regulan la materia permiten la inversión privada hasta en un 100 %?

En la respuesta a esta última pregunta es donde deriva la gran confusión legal que se ha generado recientemente en la industria de los hidrocarburos en Venezuela. De hecho, muchas son las posiciones legales que se han manifestado en este aspecto, algunas bastantes teóricas, pero acertadas y otras lamentablemente desacertadas y descontextualizadas.

En este sentido, como punto de partida, antes de avanzar con algunos puntos técnicos, se debe aclarar lo siguiente:

(1) En cuanto a la trinidad de roles del Estado venezolano en la industria petrolera y gasífera: Estado propietario-legislador, Estado regulador-administrador y Estado empresario-socio, existe —en la actualidad— una confusión y un constante solapamiento de funciones entre ellas, por ende, una considerable lista de consecuencias jurídicas, contractuales y de negocio en general.

Por ejemplo, uno de los principales problemas entre el Estado regulador-administrador y el Estado empresario-socio está no solo en la (i) dualidad de roles que posee una misma persona natural siendo, a la vez, el ministro de Petróleo y el presidente de PDVSA, sino también en la (ii) necesidad de ubicar a PDVSA dentro de la administración pública venezolana como una empresa del Estado, lo que se traduce en la complejidad de interpretar muchos principios de derecho público en conjunción con principios de derecho privado.

Estas últimas dos prácticas han generado fallas en el cumplimiento de normas y un notorio conflicto de intereses entre el ente rector (p. ej., Ministerio de Petróleo) y un ente del Estado (p. ej., PDVSA). En este caso, la pregunta de rigor sería: ¿existiría, al momento de una eventual infracción, suficiente transparencia entre el ente supervisor-sancionador y el ente supervisado-infractor, siendo ambas instituciones regentadas por una misma persona natural para aplicar efectivamente una sanción o multa?

Con base en lo anterior, es recomendable delimitar claramente las funciones del Estado y su ejercicio dentro de su trinidad de roles con respecto a la industria petrolera y gasífera venezolana.

(2) En cuanto a los hidrocarburos líquidos: en comparación con la Ley de Nacionalización de 1975, a la

apertura del sector privado prevista por la actual Ley de Petróleo del 2001, se le han colocado varios subterfugios regulatorios que carecen de una visión integral y, a largo plazo, han mermado, en los últimos 19 años, la inversión privada en varias actividades de la cadena de valor de los hidrocarburos. Por ejemplo:

a. *Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades Conexas a las actividades primarias de Hidrocarburos* del 2009 (en lo adelante Ley de Reserva) elimina la posibilidad de contratar directamente al inversionista privado en actividades como inyección de agua, de vapor o de gas, compresión de gas y las vinculadas a las actividades en el lago de Maracaibo, reservando exclusivamente estas actividades al Estado. Dichas actividades solo pueden ser realizadas por el Estado directamente o empresas de su propiedad. La anterior disposición contradice el principio rector establecido en el artículo 25 de la Ley de Petróleo, el cual permite la contratación de servicios petroleros con privados para complementar las actividades de la exploración y producción ejecutadas tanto por PDVSA como por las empresas mixtas operadoras.

Adicionalmente, la Ley de Reserva dio fundamento jurídico para expropiar la gran mayoría de los activos de las empresas que realizaban las actividades antes mencionadas en el lago de Maracaibo. El impacto económico y técnico de la Ley de Reserva (de motivación netamente política) se ha traducido en una de las principales razones que ha incidido en la creciente declinación de la producción de crudo en el lago de Maracaibo.

Por ende, la Ley de Reserva debe ser derogada o reformada de manera inmediata, ya que su objeto y alcance son más perjudiciales que beneficiosos para la industria petrolera venezolana.

b. *Decreto Presidencial número 1.648 del 15 de enero de 2002*, mediante el Estado Venezolano se reservó el comercio exterior de los productos derivados de los hidrocarburos. En este contexto, es importante destacar que si bien es cierto que la Ley de Petróleo prevé en su artículo 57 la posibilidad de que el Estado se reserve mediante decreto presidencial la comercialización (externa e interna) de productos derivados, también es cierto que la misma Ley en su artículo 58 permite la participación privada, hasta en un 100 %, en la comercialización externa e interna de productos derivados de los hidrocarburos.

Esta apertura al sector privado establecida en dicha Ley de Petróleo de 2001 quedó seriamente afectada por el antes indicado decreto presidencial, el cual, lejos de ser una herramienta adecuada para la geopolítica petrolera de Venezuela, limita la posibilidad de crear competencia entre las empresas del Estado venezolano y las empresas del sector privado en cuanto a la industrialización y comercio de los hidrocarburos y productos en el país y en el exterior. En la práctica, estas actividades de industrialización y comercio permitirían, aparte de la exportación de crudo, procesar localmente y exportar productos nacionales terminados que pueden generar empleo local e ingreso de divisas al país.

De igual manera, este decreto presidencial debe ser modificado o derogado para permitir una industria petrolera venezolana más ajustada a los tiempos actuales donde la competencia de productos terminados está generando impactos económicos en los países productores y consumidores.

c. *Ley Orgánica para el Desarrollo de las Actividades Petroquímicas del 2015*. Esta Ley de Petroquímica reserva al Estado venezolano las actividades de petroquímica básica e intermedia, las cuales no estaban reservadas anteriormente;

así como también trasplanta innecesariamente desde la Ley de Petróleo el esquema de empresas mixtas operadoras propias de exploración y producción (p. ej., actividades primarias) al ejercicio de las actividades petroquímicas antes indicadas. En otras palabras, se exporta —de forma descontextualizada— el esquema de la mayoría del capital social de la sociedad (p. ej., más del 50 % de las acciones) y el control de las decisiones, a las actividades de petroquímica básica e intermedia creando las empresas mixtas petroquímicas. Esta nueva exigencia contradice el principio rector establecido en el artículo 50 de la Ley de Petróleo de 2001, el cual permite la inversión privada de hasta 100 % en las actividades de industrialización de los hidrocarburos refinados en el país. Es oportuno destacar que esta actividad industrial ha estado centralizada en Petroquímica de Venezuela S. A. (PEQUIVEN) y también ha estado abierta —aguas abajo— a la inversión privada.

Este esquema de empresa mixta petroquímica, trasplantado infundadamente desde la Ley de Petróleo de 2001, debe ser reformado o eliminado por innecesario, ya que el Estado venezolano siempre tendrá la posibilidad de crear empresas petroquímicas, con o sin participación de privados, pero no siempre tendrá la oportunidad de desarrollar condominios industriales con apoyo del sector privado. Además, el esquema de negocio propuesto para las actividades de petroquímica es complementemente innecesario, ya que el imponer un esquema de negocio que implique la mayoría de las acciones y el control de las decisiones por parte del Estado es un absurdo punto de partida para una negociación, y más, para un sector que esta tan contraído como lo es el sector industrial nacional de los hidrocarburos.

d. *Ley Orgánica de Reordenamiento del Mercado Interno de los Combustible Líquidos* de 2008. Esta Ley, como otro ejemplo

de los subterfugios regulatorios a la participación privada en las actividades de comercio interno de productos derivados promovida por el artículo 58 de la Ley de Petróleo, reserva al Estado venezolano el ejercicio de las actividades de intermediación para el suministro, transporte terrestre, acuático y de cabotaje de combustibles líquidos.

Una de las razones principales para promulgar esta Ley de Reordenamiento del Mercado Interno fue, además de supuestamente atacar el contrabando y expropiar algunas estaciones de servicio, la de excluir de la cadena de suministro de combustibles líquidos a los intermediarios por una simple razón: sacarlos de la ecuación matemática ante la imposibilidad de subir el precio de la gasolina, la cual ha estado —por mucho tiempo— subsidiada en Venezuela. Para ese entonces, parecía que era políticamente más fácil dictar esta Ley que buscar opciones efectivas de negocio para garantizar el continuo movimiento de cadena productiva de los hidrocarburos.

Esta Ley debe ser derogada para eliminar el innecesario subterfugio regulatorio a la participación privada en las actividades de comercio interno promovida por la Ley de Petróleo, y permitir —de este modo— que el Estado como Estado-empresario compita con los particulares en la prestación de servicios *públicos* como lo son las actividades de transporte, almacenamiento, suministro, distribución y expendio de combustibles líquidos en Venezuela. La mejor evidencia de los efectos de esta ley se puede apreciar en el estado físico de las estaciones de servicio y en la grave falla de suministro de la gasolina en Venezuela.

(3) En cuanto a los hidrocarburos gaseosos, como se comentó, la cadena de valor de estos hidrocarburos está completamente abierta a la inversión privada, es decir, en un 100 % desde la exploración y explotación hasta el expendio final de estos.

Sin embargo, aparte de la carencia —de una larga antigüedad— de planificación y de infraestructura para el uso, manejo y aprovechamiento del gas en Venezuela (el cual está dominado principalmente por la filial de PDVSA, conocida como PDVSA Gas), está el problema medular que presenta dicho sector con el precio subsidiado del gas en el mercado nacional, es decir, mientras que precio por millones de BTU es de (USD) 2,92 en el exterior, en Venezuela es de (USD) 0,034. Lo anterior se traduce en el principal desincentivo para los inversionistas que desean colocar capital fresco en el sector gasífero venezolano. Este desincentivo está principalmente promovido por el artículo 3 de la Ley de Gas de 1999, el cual obliga a los productores de gas a destinar primordialmente el gas producido al mercado nacional, estableciendo —por vía de excepción— su eventual exportación en cualquiera de sus fases.

La industria del gas (natural y asociado) en Venezuela se encuentra completamente rezagada en comparación con el sector petrolero. De hecho, en Venezuela, el gas en vez de usarse para fines domésticos, industriales, vehiculares, generación eléctrica o para la exportación, se utiliza principalmente para la reinyección de pozos, venteo y quema.

Lo anterior resume, de manera general, los principales problemas regulatorios que se presentan en la industria de los hidrocarburos en Venezuela. No obstante a lo anterior, como parte del presente diagnóstico jurídico, debe también resaltarse que la industria petrolera y gasífera venezolana ha estado enfrentando una serie de inconvenientes técnicos que han derivado ineludiblemente en problemas legales y contractuales que afectan el desarrollo de la industria y, por ende, el aumento de producción de crudo. En general, tales inconvenientes pueden ser agrupados de la siguiente manera:

(1) *Infraestructura y logística.* El estado de los equipos e instalaciones utilizados en las operaciones diarias de la industria petrolera, principalmente los de PDVSA, requieren de inmediato mantenimiento o reemplazo.

Adicionalmente, por una parte, la industria petrolera venezolana debe, entre otras cosas, desarrollar y mantener su parque de refinación, además de desarrollar los respectivos condominios industriales, lo que se ha traducido como la industrialización de los hidrocarburos en el país. Por otra parte, también se debe mejorar el estado físico de las estaciones de servicios, incluyendo la prestación de los servicios *públicos* relacionados con ellas como son el agua, el aire para cauchos y los sanitarios, sin dejar de tomar en cuenta las tiendas de conveniencia.

De igual modo, está pendiente desarrollar la infraestructura para el suministro del gas a las viviendas, a los vehículos y a las empresas industriales, incluyendo el uso del gas como fuente de generación de energía eléctrica, para evitar así la quema de diésel u otros combustibles de mayor valor comercial.

(2) *Financieros y empresariales.* El principal problema que afecta a la industria de los hidrocarburos en la actualidad es el nivel de endeudamiento de PDVSA y de la República, pues este no solo afecta el flujo de caja de la propia empresa, sino también el de las empresas asociadas y contratistas. El anterior problema ha obligado principalmente al sector privado a acudir a esquemas de financiamiento para contar con un flujo de caja que garantice la continuidad de sus operaciones con PDVSA. La materialización de los financiamientos por parte de las empresas privadas se vio también afectado por la aplicación de las normas internas de PDVSA relacionadas con la tasa de cambio aplicable a los proyectos (p. ej., el uso de la tasa oficial versus el valor real de reposición del dólar).

Adicionalmente, se encuentra el pago pendiente de facturas por parte de PDVSA tanto como contratante y como comprador del crudo producido por las empresas mixtas operadoras. Indudablemente, lo anterior viene afectando la reinversión de dichos fondos en favor de la industria petrolera y gasífera venezolana. Todo ello sin tomar en cuenta la aprobación de presupuestos o fondos insuficientes para cubrir nuevas inversiones y gastos de las empresas mixtas operadoras y de los contratistas respectivos.

Por otro lado, se hallan los temas relacionados con la retención de dólares por parte de PDVSA a empresas de servicios (principalmente, en el occidente el país) por concepto de responsabilidad social, así como (i) la intención del cobro doble de impuestos municipales, (ii) la trasplatación innecesaria del esquema de empresas mixtas operadoras a otras actividades comerciales (p. ej., más del 50 % del capital social y control de las decisiones) y (iii) la ingeniería financiera para la adquisición de la materia prima requerida por los privados, en particular, si se tomaba en cuenta la disparidad cambiaria que existe en Venezuela.

(3) *Contractuales*. Los procesos de contrataciones en el sector petrolero y gasífero en Venezuela (en particular con PDVSA) son un tema medular que ha afectado seriamente la contratación, adquisición y ejecución de bienes, obras y servicios. Los procesos de procura y contratación utilizados por el Estado deben ser simplificados. La anterior necesidad surge, entre otros casos, como medida efectiva ante un proceso hiperinflacionario como el que se vive Venezuela. Por ejemplo, en la práctica, surgen problemas financieros por la diferencia (pérdidas) en bolívares que se generan desde la fecha en que se presenta la oferta económica, la fecha que se firma el contrato y la fecha de inicio de ejecución de la obra. En otras palabras, debido

a múltiples razones, entre una fecha y otra pueden pasar meses e incluso años.

La contratación con PDVSA se ha convertido en un tema bastante burocrático al momento de contratar bienes, servicios y obras con una de sus filiales como lo es PDVSA Ingeniería y Construcción, debido a los retrasos en los procesos de contratación y tiempo de ejecución final de las obras. Por otra parte, está la necesidad de agilizar el reconocimiento, por parte de PDVSA (como ente contratante), de los trabajos ejecutados por las contratistas, para poder proceder, en consecuencia, a la facturación y pago respectivo.

En este sentido, también está el problema que representa para el inversionista privado al momento de adquirir garantías de aseguradoras o bancos (p. ej., de fiel cumplimiento, de pago anticipado, entre otros) para dar inicio al proyecto, incluyendo el tema de garantías en bolívares y en dólares y la tasa de cambio aplicable contablemente en su momento.

Adicionalmente, ha surgido la necesidad de simplificar y agilizar la tramitación de certificados de producción, registros, solvencias, trámites de importación y exportación, gestión aduanera, permisos ambientales, entre otros.

Otro de los problemas que se presenta al momento de las negociaciones y contrataciones de bienes, servicios y ejecución de obras (en particular, en temas de protección de tecnología y de financiamiento) es la determinación de la ley aplicable al contrato y la satanización de mecanismos de solución de controversias como el arbitraje comercial. Estos dos últimos adquieren mayor importancia para los inversionistas cuando se originan retrasos en las negociaciones por la aplicación deficiente del marco legal aplicable a la industria petrolera y gasífera.

(4) *Protección de la tecnología.* En Venezuela, luego del retiro de Comunidad Andina de Naciones (CAN) en el 2006, los temas relacionados con la protección de derechos de autor y de los derechos de propiedad intelectual e industrial, incluyendo licencias de autor, patentes, licencias de patentes, marcas, licencias sobre marcas, tecnología, *know-how*, *software*, procedimientos y otros derechos de propiedad intelectual usados en la industria petrolera y gasífera regresaron a ser regulados deficientemente por la antigua Ley de Propiedad Industrial de 1955.

Como consecuencia, los inversionistas privados en el sector petrolero y gasífero han tenido que diseñar y acudir a mecanismos contractuales para proteger sus derechos. Dentro de dichos mecanismos, se encuentra principalmente la suscripción de acuerdos rígidos de confidencialidad que son regulados por leyes extranjeras (especialmente por la Ley Inglesa) y solventados por mecanismos alternos para solución de controversias como el arbitraje, mediación, entre otros.

(5) *Gerencia y negocio.* La toma de decisiones gerenciales ha sido el principal factor que ha incidido en el desarrollo de la industria petrolera y gasífera nacional. En los últimos 18 años, las decisiones gerenciales han sido tomadas de manera circunstancial o caprichosa, similares a las tomadas durante una gerencia de emergencia, es decir, decisiones de un día para otro, sin considerar las consecuencias legales o contractuales. De hecho, algunas de las tomas de decisiones que antes estaban delegadas en las áreas o los distritos petroleros fueron centralizadas y concentradas en la casa matriz de PDVSA, donde, a manera de ejemplo, el ingreso de un trabajador de la nómina diaria tenía que ser aprobado en Caracas.

Otro ejemplo de la falla en la toma de decisiones gerenciales, se encuentra en las políticas empresariales que debían

(i) promover más la exportación de productos nacionales (terminados) en vez de exportación de crudo, (ii) mejorar el estado de las estaciones de servicio, (iii) garantizar la administración y el óptimo seguimiento de contratos, (iv) desconcentrar la responsabilidad social empresarial centralizada intencionalmente en PDVSA, incluyendo los montos destinados al desarrollo endógeno de las zonas afectadas por la industria petrolera y gasífera.

Por otro lado, se encuentra el deficiente funcionamiento y la gestión de las empresas mixtas operadoras en manos de PDVSA, los cuales han sido requeridas por los socios minoritarios como una manera de optimizar la gestión de ellas y aumentar, por ende, la producción de crudo en Venezuela. Sumado a lo anterior, también se encuentran los temas relacionados con la falta de autonomía de gestión y la falta de planificación empresarial integral que sea real y creíble.

Como resultado de lo anterior, se ha generado la cultura del temor para la toma de decisiones y con ello una falta de comunicación y respuesta oportuna. Vale la pena acotar que cuando se da respuesta a una solicitud de negociación, esta es considerablemente rígida, en muchas ocasiones, sin presentar alternativas legales o contractuales para concretar el acuerdo comercial en detrimento de la continuidad productiva de la industria petrolera y gasífera nacional. Todo lo anterior afecta considerablemente la relación de confianza entre el Estado, a través de cualquier de sus entes u órganos, y el sector privado (nacional y extranjero).

(6) *Fuerza laboral*. Este es el tema más sensible que está afectando a la industria petrolera y gasífera venezolana y su principal razón es un tema de compensación salarial y estímulo laboral. Los bajos salarios del país y, en particular, los de la industria (p. ej., en promedio menos de (USD) 10

al mes) han promovido una estampida y fuga de talentos de Venezuela.

Lo anterior ha provocado una falta de personal calificado en la industria nacional de los hidrocarburos que ha mermado, en consecuencia, la experiencia profesional de esta en todos sus niveles. Adicionalmente, de los trabajadores que, en este momento, laboran en la industria petrolera y gasífera nacional pocos cuentan con planes de carreras, incluyendo una educación competitiva y formal.

(7) *Seguridad y protección física del personal e instalaciones* de las empresas es otro de los problemas que enfrenta el sector industrial de los hidrocarburos en Venezuela debido a los altos índices de siniestralidad en el país, los cuales requieren de protección con sistemas de alta tecnología.

(8) *Participación y capital nacional*. En cuanto a este tema, es mejor preguntar ¿qué falta en Venezuela para garantizar y mantener una política de participación y promoción del sector privado venezolano en las actividades de los hidrocarburos de una manera efectiva y planificada? si (i) las bases jurídicas están establecidas y (ii) existe la capacidad, experiencia, recursos e insumos nacionales.

Quizás uno de los problemas deriva de la satisfacción tácita por parte de los poderes del Estado con su interpretación sobre el papel dominante del Estado-empresario en las actividades de los hidrocarburos y el papel que desempeña el sector privado venezolano como un tercero que debe adherirse inevitablemente a dichas actividades. En este aspecto, es importante aclarar, una vez más, que PDVSA es parte significativa de la industria petrolera y gasífera venezolana, pero no constituye la industria en su totalidad.

(9) *Presencia internacional*. Este último punto representa la pérdida del lugar de Venezuela como país referencial en materia principalmente petrolera. De hecho, la participación

de Venezuela en el exterior, ante los organismos y foros internacionales, se ha limitado a un acto de presencia puntual, sin planes ni estrategias específicas, salvo el uso del petróleo como herramienta de geopolítica (regional) para apoyar *conveniencias* partidistas y no para apoyar — como debería de ser— el bienestar y desarrollo sostenible de Venezuela.

Con el anterior análisis quedan expuestos —de manera general— algunos de los puntos que afectan considerablemente el desarrollo de la industria petrolera y gasífera en Venezuela y, por ende, los niveles de producción de crudo. Sin embargo, es oportuno invitar a reflexionar a todos los actores de la industria sobre los puntos antes analizados, ya que la historia y el aprendizaje pueden brindar algunas ideas sobre cómo concebir políticas públicas, regulaciones y proyectos a futuro.

De hecho, en la práctica, cuando hay procesos abusivos de regulación por parte de un Estado para tomar control de su mercado o industria, el efecto inmediato posterior es la inevitable desregulación del sector para permitir el ingreso de capitales frescos, es decir, de inversión privada. Este momento histórico que está viviendo la industria petrolera y gasífera venezolana se debe pasar a otro nivel que implique no solo la participación activa y descentralizada del sector público, sino también del sector privado (nacional y extranjero) en términos de financiamiento y profesionales especializados, entre otros aspectos.

A manera de reflexión final habría que señalar que el problema principal de la industria petrolera y gasífera venezolana reposa en la falta de toma de decisiones gerenciales (oportunas y correctas), en aspectos culturales y laborales, que han derivado la falta de políticas públicas petroleras claras que han generado ineludiblemente problemas legales y contractuales; así como la notoria falta de credibilidad/

confianza en las instituciones del Estado venezolano. De esto modo, muchos de los problemas regulatorios y técnicos antes identificados son aspectos que pueden ser resueltos con la toma de decisiones oportunas, correctas y responsables. En otras palabras, más que el verdadero problema regulatorio y técnico, nos encontramos frente a una cuestión de mayor voluntad política.

Finalmente, evidencias de la anterior afirmación se explican mediante:

(i) La importancia en saber distinguir que la industria petrolera y gasífera venezolana no son solamente las actividades de exploración y producción, sino también lo son las actividades que conforman el resto de la cadena de valor hidrocarburos.

(ii) La constante argumentación que sostiene que las leyes petroleras y gasíferas y la industria son temas estratégicos, olvidando que una estrategia nunca es definitiva, en especial cuando el mercado cambia.

(iii) Lo estratégico no debería contradecir los principios e instituciones jurídicas trazados sólidamente por leyes medulares como lo son la Ley de Petróleo y la Ley de Gas, ya que dichos principios e instituciones obedecen a planes o políticas públicas que deben ser establecidas con anticipación para brindar seguridad jurídica a todos los actores de la industria de los hidrocarburos en Venezuela.

(iv) La necesidad de brindar no solamente seguridad jurídica, sino la de aclarar el verdadero alcance de esta, ya que no solo se deriva de las leyes, también de la toma de decisiones oportunas y correctas y de la credibilidad/confianza entre los actores responsables de la industria de los hidrocarburos en Venezuela, así como por el respeto y cumplimiento/excusa oportuna y razonada de estas.

(v) La urgente revisión de los subterfugios regulatorios puestos a los principios e instituciones creados por la Ley

de Petróleo y la Ley de Gas; así como la aclaratoria de cuáles son las políticas públicas a seguir para promover la industria petrolera y gasífera venezolana para poder, en tal sentido, ajustar las regulaciones que sean necesarias. Está claro que las leyes deben obedecer políticas públicas, pues ello es lo que brinda la seguridad jurídica requerida por todos los actores del sector de los hidrocarburos en Venezuela.

(vi) La ineludible necesidad del Estado venezolano de permitir mayor participación privada en todas las actividades petroleras y gasíferas en Venezuela, incluyendo las actividades aguas abajo, para crear competencia entre los entes del Estado y los participantes privados para el ejercicio de dichas actividades y la prestación digna de servicios públicos a la comunidad, como lo establece la ley.

Caracas, agosto 2018 (actualizado en abril 2020)

BIBLIOGRAFÍA

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela publicada en la Gaceta Oficial n.º 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999.

Decreto Presidencial n.º 1.648 del 15 de enero de 2002 publicado en la Gaceta Oficial n.º 37.429 del 24 de abril de 2002.

Ley de Gas (Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos) publicada en la Gaceta Oficial n.º 36.793 del 23 de septiembre de 1999.

Ley de Gas de 1971 (Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural) publicada en la Gaceta Oficial n.º 29.594 del 26 de agosto de 1971.

Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco; así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas publicada en la Gaceta Oficial n.º 38.632 de 26 de febrero de 2007.

Ley de Nacionalización de 1975 (Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos) publicada en la Gaceta Oficial n.º 1.769 de 29 de agosto de 1975.

Ley de Petróleo (Ley Orgánica de Hidrocarburos) publicada en la Gaceta Oficial n.º 38.493 del 4 de agosto de 2006.

Ley de Regularización de la Participación Privada en las Actividades Primarias Previstas en el Decreto n.º 1.510 con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos publicada en la Gaceta Oficial n.º 38.419 de 18 de abril de 2006.

Ley de Reserva (Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos) publicada en la Gaceta Oficial n.º 39.173 del 7 de mayo de 2009.

Ley Orgánica de Reordenamiento del Mercado Interno de los Combustibles Líquidos publicada en la Gaceta Oficial n.º 39.019 del 18 de septiembre de 2008.

Ley Orgánica para el Desarrollo de las Actividades Petroquímicas: publicada en la Gaceta Oficial n.º 6.210 de 30 de diciembre 2015.

Ley que crea Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburos publicada en la Gaceta Oficial n.º 40.114 de 20 de febrero de 2013.

Ley sobre los Efectos del Proceso de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera

del Orinoco; así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas publicada en la Gaceta Oficial n.º 38.785 de 8 de octubre de 2007.

MATA GARCÍA, C. R. *Manual de Derecho de los Hidrocarburos en Venezuela*. Caracas: Arte, 2016.

Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) (abril 2020) https://www.opec.org/opec_web/en/ (Última visita 21 de abril de 2020).

Petroguía. *Discrepancias en la oposición venezolana por propuesta de nueva Ley de Hidrocarburos* (marzo 2019) <http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/discrepancias-en-la-oposici%C3%B3n-venezolana-por-propuesta-de-nueva-ley-de> (Última visita 22 de abril de 2020).

El número catorce de la Colección de Regulación Minera y Energética es una edición especial, conmemorativa de los veinte años de trayectoria del Departamento de Derecho Minero-Energético, y también única por la pluralidad de temas abordados, su extensión y enfoque. Es así como en esta edición se reúnen artículos asociados al sector minero, de hidrocarburos, al sector eléctrico y trabajos transversales relacionados con los aspectos sociales, regulatorios, corporativos y ambientales del sector minero-energético.

