

IMPLICACIONES EN MATERIA DE ISLR DE LAS “INDEMNIZACIONES” RECONOCIDAS EN LAUDOS ARBITRALES DICTADOS EN EL MARCO DE LA MIGRACIÓN DE ASOCIACIONES ESTATÉGICAS A EMPRESAS MIXTAS.

DR. JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS*

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), mención *Summa Cum Laude*. *LL.M. in Common Law* de *Georgetown University*. Especialista en Derecho Financiero de la UCAB, mención *Cum Laude*. Doctor en Ciencias, Mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Profesor de postgrado de la UCAB y Profesor Invitado del Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA). Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (2003-2007). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (ACIENPOL) - Sillón N° 30. Miembro de la Junta Directiva de la ACIENPOL (2023-2024).

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Con la reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001, se contempla el esquema de las Empresas Mixtas como modalidad de participación del sector privado en el ejercicio de las actividades petroleras reservadas. Conforme al numeral 2 del artículo 22 de dicho instrumento legislativo, aquellas actividades podían llevarse a cabo mediante empresas en las que el Estado tuviera control de sus decisiones por mantener una participación, directa o indirecta, mayor a cincuenta por ciento (50%) del capital social.

No fue, sin embargo, sino hasta el año 2007, precedido de la reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2006, que aquella modalidad de ejercicio de las actividades primarias comenzó a instrumentarse, habiéndose por tanto mantenido hasta esa fecha los Convenios de Asociación con empresas privadas, nacionales y extranjeras que registraban la modalidad de asociaciones estratégicas o de ganancias compartidas celebrados bajo la llamada Apertura Petrolera de los noventa del siglo pasado por las filiales de Petróleos de Venezuela, S.A., (PDVSA), especialmente, Lagoven, S.A. y Maraven, S.A.

Frente aquel escenario, el Ejecutivo Nacional haciendo uso de la habilitación de la que había sido objeto por la Asamblea Nacional (AN), dictó el Decreto N° 5.200 de fecha 26 de febrero de 2007 con Rango, Valor y Fuerza de 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 (Decreto N° 5.200), en virtud del cual las empresas privadas que participaban como partes de aquellos convenios contaban con cuatro (4) meses a partir de su publicación para expresar su voluntad de migrar al esquema de empresas mixtas y convenir en los términos de dicha migración.

Se estableció, además, que si al culminar el plazo de cuatro meses no se había llegado a un acuerdo entre las empresas privadas y el Estado sobre los términos en los cuales migrarían a empresas mixtas, PDVSA asumiría directamente las actividades ejercidas por dichas asociaciones.

De migrar al esquema de empresas mixtas, los términos que habían regido durante la vigencia de los convenios de asociación a los que aludía el Decreto-Ley N° 5.200, **variaban drásticamente, cabiendo destacar entre tales variaciones: i) la constitución de una entidad jurídica en la que la participación sería en carácter de accionistas y; ii) el ajuste de los porcentajes de participación, correspondiendo a la Corporación Venezolana de Petróleo, S.A. (CVP) un mínimo de 60%.**

A la luz de aquel escenario era mandatorio tener en cuenta, adicionalmente, que los convenios de asociación de los que eran partes las empresas privadas nacionales y extranjeras contemplaban que, a la fecha de su terminación, los activos e intereses de las partes privadas, adquiridos y generados con ocasión de su ejecución, pasaban sin que mediara pago o indemnización alguna y libres de gravámenes a la filial de PDVSA de que se tratara (CVP).

Tras el dictado del Decreto-Ley N° 5.200, entró en vigencia la 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 de fecha 5 de octubre de 2007, publicada en Gaceta Oficial N° 38.758, de fecha 08 de octubre de 2007.

De acuerdo con el artículo 2 de esa Ley, “los intereses, acciones y participaciones” en las asociaciones y en “los activos utilizados para la realización de las actividades de tales asociaciones, incluyendo derechos de propiedad, derechos contractuales y de otra naturaleza”, que hasta el día 26 de junio de 2007, “correspondían a las empresas parte del sector privado con las cuales no se logró un acuerdo de migración a empresa mixta, quedaban transferidos, con base en el principio de reversión, sin necesidad de acción o instrumento adicional, a las nuevas empresas mixtas constituidas como resultado de la migración de las asociaciones respectivas, salvo lo previsto en el Artículo 3 de dicha Ley.

II. CASO DEL PROYECTO CERRO NEGRO

A. Términos del Acuerdo:

En fecha 28 de octubre de 1997, Lagoven Cerro Negro, S.A. (41^{2/3}%), Mobil Producción e Industrialización de Venezuela Inc., posteriormente Mobil Venezolana (41^{2/3}%) y Veba Oel Venezuela Orinoco GMBH (16^{2/3}%), suscribieron el Convenio de Asociación Cerro Negro, que suponía la ejecución de un proyecto bajo un esquema consorcial con una duración de 35 años, que daría paso a una sociedad anónima en caso de que la fase exploratoria resultara comercialmente exitosa.

El objeto de ese convenio de asociación era llevar a cabo, de acuerdo con el artículo 5° de la LOREICH, las actividades verticalmente integradas de exploración, explotación, transporte y mejoramiento de petróleo extrapesado obtenido del área designada y la comercialización del petróleo extrapesado diluido y mejorado.

El convenio de asociación confería a “Las Partes” en proporción a su participación, derechos respecto de los activos y obligaciones en las inversiones. El crudo extraído y mejorado igualmente correspondía en proporción a cada parte. De igual manera, cada una debía dar cumplimiento a sus obligaciones tributarias y al pago de las regalías debidas a la República o a cualquiera de los entes político-territoriales menores.

En vista de la negativa expresada por Mobil Venezolana de migrar al esquema de las empresas mixtas, aquella migración se produjo de manera forzosa en los términos establecidos por la normativa que a esos efectos había sido dictada, quedando así, Mobil Venezolana, fuera del negocio.

B. Arbitrajes iniciados

B.1. Arbitraje iniciado por ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI)

El 6 de septiembre de 2007 Mobil Corporation y sus filiales relacionadas con el Proyecto Cerro Negro, en lo adelante, Grupo Mobil o GM, iniciaron un arbitraje por ante el CIADI en contra de la República Bolivariana de Venezuela por el pago de daños y perjuicios causados por supuestas violaciones a la normativa vigente en materia de protec-

ción de inversiones. Dicha normativa se consideró integrada por diversos tratados, leyes y normas, tanto venezolanos como internacionales.

Los daños reclamados por el GM incluyeron la compensación del valor de mercado de sus intereses, así como los intereses del antejuicio y los costos del arbitraje. Si bien el monto de aquellos no fue especificado en el reclamo, a nivel de la prensa de la época fue sostenido por la empresa que ascendería a “billones de dólares”.

B.2. International Chamber of Commerce (ICC)

En fecha 25 de enero de 2008, GM (41^{2/3}%) inició un proceso arbitral en contra de PDVSA y de PDVSA Cerro Negro, S.A. ante la ICC, en el que solicitaba el pago de daños y perjuicios, fundamentando su derecho en supuestos incumplimientos de obligaciones contractuales asumidas por PDVSA Cerro Negro, S.A. en el convenio de asociación del Proyecto Cerro Negro, y supuestos incumplimientos de los términos de un contrato de garantía por parte de PDVSA.

GM, al formular los reparos, señaló que al convenio de asociación le quedaban aún 27,5 años de vigencia, pero que producto de la “expropiación”, éstos se vieron interrumpidos, motivo por el cual, resultaba de muy sencilla determinación la configuración de la noción de “Impacto Materialmente Adverso”, prevista en el referido convenio como condición para que se configurara una medida discriminatoria y con ella la correspondiente “indemnización”.

Los daños reclamados por GM incluían la compensación de US\$ 177 millones respecto del año 2007 y aproximadamente entre US\$ 778 millones y US\$ 6.855 millones para el período 2008-2035 (expresados como valor presente descontado al 25 de septiembre de 2007), sujetos a actualización a la fecha de la decisión. GM, adicionalmente, pretendía el pago de intereses respecto del monto de la compensación, calculados desde el último día en que fuera determinado el daño reclamado hasta la fecha en que se dictara la decisión y, luego, entre la fecha de la decisión y el pago efectivo que se hiciera de la compensación. Finalmente, exigió también los honorarios de abogados y protección contra la doble tributación.

El artículo 6 del Tratado Bilateral de Inversiones entre Venezuela y Holanda (TBI), contemplaba el pago de justa compensación, estan-

do ésta representada por el valor de mercado de la inversión afectada inmediatamente antes de tomarse la medida, debiendo corresponderse con el monto que un comprador interesado estaría dispuesto a pagar a un vendedor interesado en ese momento para adquirir los intereses expropiados.

Con miras a arribar a una cifra que representara la “justa compensación”, las partes estuvieron de acuerdo en partir de un flujo de caja descontado de los intereses perdidos de las accionistas. En consecuencia, se consideraron los flujos netos de caja que hubiera generado la inversión hasta su término, es decir, junio de 2035, descontado a su valor actual.

B.3. Reconocimiento de la “indemnización”

B.3.1. Laudo dictado en el marco del arbitraje ante la ICC

Partiendo de que se había causado un daño producto de una medida discriminatoria atribuible a la República, frente a las cuales, sin embargo, Petróleo de Venezuela, S.A. (PDVSA) y PDVSA CN eran garantes y que en el espíritu de la relación contractual se procuraba siempre el restablecimiento del equilibrio económico o la reparación de los daños causados, el laudo arbitral dictado el 23 de diciembre de 2011 y notificado a las partes el 30 de diciembre de 2011, reconoció la obligación de indemnizar a Mobil Cerro Negro en las cantidades siguientes:

- Por el año 2007: US\$12,681,000
- Por el período comprendido entre 2008-2035: la cantidad de US\$849,900,000
- Monto total: US\$907,581,000.

Adicionalmente, entre otras decisiones se adoptaron las siguientes:

- Se estableció que PDVSA y PDVSA CN también eran responsables de pagar a la República, en nombre de GM, el monto total de impuestos que el tribunal arbitral había deducido al aplicar las fórmulas contenidas en el acuerdo y a través de las cuales arribó al importe de las indemnizaciones.

- PDVSA CN y PDVSA debían, además, mantener a MCN libre de toda responsabilidad tributaria adicional que pudiera derivarse frente al fisco venezolano con ocasión de la renta generada por el Proyecto Cerro Negro o de la indemnización reconocida por el tribunal arbitral.

B.3.2. Laudo dictado en el marco del arbitraje ante el CIADI

- En fecha 9 de octubre de 2014 fue dictado por unanimidad el Laudo Arbitral que, en lo que aquí interesa, señaló:
 - Que la demandada debía pagar a las demandantes la suma de US\$ 9.042.482 en concepto de indemnización por las reducciones en la producción y las exportaciones impuestas al Proyecto Cerro Negro en 2006 y 2007.
 - La demandada debía pagar a las demandantes la suma de US\$ 1.411.700.000 en concepto de indemnización por la expropiación de sus inversiones en el Proyecto Cerro Negro.
 - Respecto de ambas indemnizaciones, con miras a evitar doble compensación, dada la existencia de un laudo favorable al GM dictado en el marco de la ICC, el tribunal ordenó descontar lo ya pagado en virtud de dicha decisión.
 - Las sumas antes señaladas se pagarían a las demandantes netas de impuestos venezolanos.

En virtud de la Cláusula XV del convenio de asociación titulada “Consecuencias de Medidas Gubernamentales”, GM podía intentar las acciones legales procedentes con miras a subsanar la situación creada, lo que podía entenderse como la posibilidad de compensar y restablecer la situación económica perdida, lo que a efectos de lo que aquí interesa permitía pensar que los mecanismos resarcitorios iban más allá de la reposición del valor de los bienes y derechos actuales, comprendiendo, además, lo dejado de percibir ante la cesación anticipada del convenio, como finalmente lo reconoció el laudo arbitral.

La Cláusula XV.1. del convenio exigía que la “Parte Extranjera” iniciara acciones legales a fin de mitigar el daño sufrido como resultado de las medidas discriminatorias.

Las Medidas Gubernamentales discriminatorias denunciadas era:

- i) Expropiación por efecto del Decreto N° 5.200 de los derechos e intereses de GM en el proyecto, sin que hubiere mediado indemnización.
- ii) Desconocimiento de los términos del acuerdo en materia de regalía petrolera, que supuso su elevación de 1% a 16^{2/3}%, y la creación adicional del impuesto de extracción equivalente al 33,33%, del cual aquélla era deducible.
- iii) Incremento del ISLR a partir del 1° de enero de 2007, de una tarifa de 34% a una de 50%.
- iv) Reducción de la producción del Convenio de Asociación Cerro Negro por instrucciones del Ministerio de Energía y Petróleo (MEP), producto de los recortes acordados en la OPEP.

III. CONSIDERACIONES EN MATERIA DE ISLR RESPECTO DE LAS DECISIONES ADOPTADAS POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES

A. Naturaleza jurídica de la “indemnización”

Tal como fuera señalado, el laudo arbitral dictado en el marco del proceso iniciado por MCN por ante el ICC estableció, por una parte, que PDVSA CN y PDVSA eran responsables de pagar al “fisco venezolano”, en nombre de MCN, el monto total de impuestos que el tribunal había deducido al aplicar las fórmulas contenidas en el acuerdo y a través de las cuales arribó al importe de las indemnizaciones, y por la otra, que PDVSA CN y PDVSA debían, además, mantener a MCN libre de toda responsabilidad tributaria adicional que pudiera derivarse frente al fisco venezolano con ocasión de la renta generada por el Proyecto Mobil Cerro Negro o de la “indemnización” reconocida por el tribunal arbitral.

En nuestra opinión, el espíritu de los convenios de asociación ponía en evidencia la posibilidad de que las partes afectadas por las actuaciones de las otras fueran indemnizadas por lo que en Derecho se conoce como “lucro cesante” y que quedaba comprendido en la Cláusula XIV de aquellos cuando se aludía a los “daños compensatorios”.

Si bien los convenios de asociación no regulaban el supuesto de su terminación en un caso como el que se presentó en 2006, y las disposiciones relativas a medidas discriminatorias parecían referirse más bien a casos que simplemente producían un desequilibrio, mas no la terminación del convenio, el laudo arbitral dictado en el caso de MCN la consideró aplicable.

Si bien es cierto que el lucro cesante es reconocido ante la causación de un daño, y que lo que por ese concepto se paga califica como una “indemnización o reparación”, no menos cierto es que, con él lo que se busca es generar, reconocer y pagar, a una de las partes en el contrato, aquello que por causas imputables a la otra no se causó e hizo efectivo. Dada la ficción bajo la cual opera esta “indemnización”, lo recibido por el afectado no es más que lo que hubiera percibido de no haberse producido el incumplimiento, debiendo atribuírsele la misma naturaleza jurídica de la contraprestación originalmente esperada con la celebración del contrato. Precisamente por eso existe la distinción entre lucro cesante y daño emergente. Mientras en éste se busca reponer una disminución patrimonial efectivamente registrada (ej.: pago de indemnización a través de póliza de seguros por incendios, ante la incineración de una fábrica), en el caso del lucro cesante, producto de una ficción respecto de la ejecución de un contrato que se vio interrumpida, se procura mantener y honrar el pago del beneficio o contraprestación que la parte afectada debió haber experimentado, es decir, con él se busca generar el incremento patrimonial que se hubiera producido de haberse ejecutado el contrato en las condiciones pactadas.

Visto lo anterior, lo percibido por MCN por concepto de “indemnización”, no es otra cosa que el beneficio económico derivado de la actividad petrolera que hubiera desarrollado de no haberse interrumpido los contratos o los proyectos, y las consecuencias tributarias de él derivadas no deben ser alteradas porque dicho pago se haga como una “indemnización” de este tipo de daño, aunque, como más adelante veremos, en el caso específico de MCN ello tuvo sus particularidades.

B. Tratamiento impositivo del lucro cesante

B.1. Normativa y doctrina

Partiendo de que en nuestra opinión la naturaleza del daño reclamado era la del “lucro cesante”, su tratamiento tributario amerita ser precisado, ya que tanto las pretensiones de las demandantes como los términos del laudo aluden a que a efectos de su cálculo debe tenerse presente el impacto que los tributos puedan tener en el cálculo y percepción de las sumas reconocidas a su favor. A estos fines, no sólo debemos tener presente a la LISLR y al Código Orgánico Tributario (COT), sino también, la aplicación que puedan tener los tratados para evitar la doble tributación en materia de impuesto sobre la renta suscritos por la República de Venezuela que resulten aplicables al caso (TDI).

Si bien este es un tema que, a diferencia de lo ocurrido en otras legislaciones, no ha sido regulado explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico, sí lo ha sido en forma implícita por la LISLR. Esta materia a su vez ha sido expresamente regulada la por la legislación extranjera, entre ellas, la colombiana, así como también por la doctrina administrativa de ese país.

Al analizar la gravabilidad del lucro cesante a la luz de la LISLR aplicable *ratione temporis* (2007) al caso que nos ocupa, debemos comenzar por citar su artículo 1, según el cual:

“Artículo 1.- Los enriquecimientos anuales, netos y disponibles obtenidos en dinero o en especie, causarán impuestos según las normas establecidas en esta Ley.

Salvo disposición en contrario de la presente Ley, toda persona natural o jurídica, residente o domiciliada en la República Bolivariana de Venezuela, pagará impuestos sobre sus rentas de cualquier origen, sea que la causa o la fuente de ingresos esté situada dentro del país o fuera de él”.

A su vez, el artículo 4 establece que:

“Artículo 4.- Son enriquecimientos netos los incrementos de patrimonio que resulten después de restar de los ingresos brutos, los costos y deducciones permitidos en esta Ley, sin perjuicio respecto del enriquecimiento neto de fuente territorial del ajuste por inflación previsto en esta Ley”.

Vista las dos normas antes transcritas, queda claro que en Venezuela resultan gravable con el ISLR los enriquecimientos netos anuales y disponibles obtenidos en el ejercicio económico, entendiéndose por éstos, los incrementos patrimoniales resultantes después de restar a los ingresos brutos los costos y deducciones permitidos por la ley.

Desde el punto de vista tributario resulta bastante claro que partiendo de la premisa de que el lucro cesante si bien encierra una reparación o indemnización, termina restableciendo la situación financiera afectada, debe recibir el mismo tratamiento tributario al que se le habría conferido de haberse percibido en condiciones ordinarias. Muestra del este razonamiento lo recoge el Estatuto Tributario de Colombia (Decreto 624 de 1989) que, en su artículo 45 dispone:

“Artículo 45.- Las indemnizaciones por seguro de daño. El valor de las indemnizaciones en dinero o en especie que se reciban en virtud de seguros de daño en la parte correspondiente al daño emergente, es un ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional. Para obtener este tratamiento, el contribuyente deberá demostrar dentro del plazo que señale el reglamento, la inversión de la totalidad de la indemnización en la adquisición de bienes iguales o semejantes a los que eran objeto del seguro.

Parágrafo. Las indemnizaciones obtenidas por concepto de seguros de lucro cesante, constituyen renta gravable”. (Cursivas nuestras).

En sentencia C-385/08 dictada por la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia el 23 de abril de 2008, con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas, en ocasión de la demanda de inconstitucionalidad contra el precitado artículo 45 del Estatuto Tributario, se estableció lo siguiente:

“Las indemnizaciones recibidas por concepto de seguros de lucro cesante, constituyen renta gravable, tal como se establece en el párrafo del artículo 45 del Estatuto Tributario, ya que en este caso sí es posible el incremento en el patrimonio del beneficiario, por cuanto lo que se cubre son las ganancias que se dejaron de recibir en razón del siniestro.

De conformidad con lo dispuesto en la norma acusada, el valor de las indemnizaciones en dinero o en especie que se reciban en virtud de seguros de daño en la parte correspondiente al daño emergente, es un ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional. Para obtener este tratamiento, el contribuyente deberá demostrar dentro del plazo que señale el reglamento, la inversión de la totalidad de la indemnización en la adquisición de bienes iguales o semejantes a los que eran objeto del seguro. *Las indemnizaciones obtenidas por concepto de seguros de lucro cesante, constituyen renta gravable*". (Énfasis nuestro).

A nivel de doctrina emanada de la Administración Tributaria colombiana puede citarse lo siguiente:

Consulta 800728 9: "El pago en concepto de honorarios e indemnización se encuentra sujeto a la retención establecida en el artículo 4 de la citada resolución. Esta última por responder a prestaciones de servicios profesionales contratadas, que no fueron ejecutadas en virtud de la rescisión del respectivo contrato dispuesta por el comitente, está comprendida en las disposiciones de dicha resolución, que incluye todas las retribuciones inherentes a la prestación de servicios profesionales, se denominen honorarios o no".

Consulta 3/200410: "El concepto de 'lucro cesante' involucra la pérdida de un enriquecimiento patrimonial, o sea, representa la privación de los ingresos que obtenía el damnificado a raíz de no haber podido realizar su trabajo habitual, lo cual conlleva [*sic*] a determinar que tal concepto comprendido entre las indemnizaciones resultantes del juicio en cuestión, se encuentra sometido por el impuesto a las ganancias, como así también los intereses abonados sobre dicho monto, generados por mora en el pago del mismo, y como consecuencia de ello, sujetos al régimen retentivo establecido por la resolución general (AFIP) 830 y su modificatoria".

B.2. Consideraciones impositivas en el caso del laudo arbitral dictado en el marco de la ICC

Antes de adentrarnos en el complejo tema de la gravabilidad en Venezuela de la indemnización recibida por las demandantes, es importante recordar que lo establecido en el laudo arbitral en cuanto a mantener

a las partes libres de cargas tributarias abarca las cargas que pudieran derivar tanto de los proyectos, como de la recepción de la indemnización, propiamente dicha.

Al respecto el laudo alude a dos obligaciones principales: 1) el pago de los impuestos deducidos al aplicar la fórmula de cálculo de la indemnización (34% de ISR), que ascendía a 84.577.000 dólares de los Estados Unidos de América y, 2) cualquier otra carga impositiva que pudiera derivar del Proyecto Cerro Negro y del pago de la indemnización a favor de MCN.

El segundo supuesto de la resolución arbitral es uno de tipo genérico que abarca cualquier impacto tributario que pueda recaer sobre la empresa MCN. Es quizá este último supuesto el que más importancia tiene por su cuantía y por la mayor claridad en cuanto a su tratamiento, si se parte del hecho de que la indemnización supone un incremento patrimonial gravable con el ISLR en cabeza de MCN sobre la totalidad de la indemnización, esto es, US\$ 907,581,000.00.

B.2.1. ISLR como parte de la fórmula de cálculo de la “indemnización” y del importe pagado en ese carácter

La cantidad de US\$ 84.577.000 de los Estados Unidos de América es una cifra considerada a los efectos de la aplicación de un modelo hipotético dirigido a estimar lo que el proyecto hubiera generado para MCN de haberse llevado a cabo hasta el año 2035 en las condiciones originalmente existentes. Esa renta obviamente hubiera supuesto el pago de un ISLR, que fue deducido por los árbitros al fijar el importe de la “indemnización”.

Poco tiene que ver el que la fórmula de su cálculo contemplara la deducción del impacto del ISLR respecto de lo hipotéticamente producido por los proyectos, ya que en definitiva lo que más interesa es que el importe de la misma se traduce, individualmente considerado, en un incremento patrimonial real para las empresas involucradas, cuya gravabilidad con el ISLR amerita ser precisada a la luz del resto de elementos fácticos que respecto de ella concurren.

En lo que respecta a la posibilidad de que adicionalmente sea exigido por el SENIAT el importe de US\$ 84,577,000.00 de los Estados

Unidos de América, descontados de la fórmula, lo vemos remoto, ya que la aplicación de esa fórmula no es más que un ejercicio matemático hipotético, en el que el impuesto es una variable más, pero lo que en definitiva se traduce en el arribo del importe a indemnizar es lo que en nuestra opinión debe ser gravado.

B.2.2. Implicaciones de los TDI

Si bien es cierto que luce bastante claro el que el lucro cesante es gravable con el ISLR, tal como anunciamos con anterioridad, no menos verdad es que la determinación de si Venezuela tiene derecho a exigir ese tributo dependerá no sólo de la LISR, sino también, del TDI celebrado por la República de Venezuela que resulte aplicable en cada caso.

En el supuesto de la empresa MCN, al encontrarse constituida en Las Bahamas, a efectos de los TDI podía reputarse como domiciliada en el Reino Unido, sujeta por tanto al contenido del suscrito por ese Estado con Venezuela.

El lucro cesante, si bien no se encuentra mencionado expresamente en los referidos TDI, como ya señalamos, debe ser asimilado al mismo tipo de enriquecimiento que con él pretende sustituirse, en este caso el beneficio que hubiera obtenido MCN de la ejecución del convenio de asociación.

Ya alertábamos que efectuar esta asimilación en un caso como el aquí planteado no resultaba tarea sencilla, por cuanto en condiciones normales aquella empresa lo que hubiera obtenido del proyecto era un dividendo (exploración exitosa), aunque la fórmula de cálculo empleada para determinar el importe de la indemnización pareciera asemejarse al beneficio económico que hubiera obtenido el proyecto (la empresa constituida para ejercer la actividad primaria).

En todo caso, tres parecieran ser las posibles opciones en cuanto a la calificación de la indemnización recibida por MCN a la luz del TDI: (i) dividendo; (ii) beneficio empresarial u; (iii) otras rentas (indemnización).

En cualquiera de esos tres casos, aunque en medida diferente en el del dividendo y teniendo presente el riesgo de que a Cerro Mobil Ltd. no se la considere como beneficiaria efectiva de tal renta, en tanto lo serían sus accionistas, Venezuela tendría derecho a gravarla, con lo

que se dispararía la posibilidad de que el SENIAT le exigiera a PDVSA y/o a PDVSA CN el pago del ISLR que correspondería pagar a MCN. En caso de que PDVSA alegara ser un tercero ajeno a esa relación y se opusiera a tal pago con base en lo dispuesto en el artículo 14 del COT¹, se producirían las consecuencias propias del incumplimiento del laudo arbitral e igual siempre tendría que desembolsar esa cantidad, aunque fuera para reembolsarla a MCN.

De las tres opciones antes señaladas, la que luce más lógica y apropiada es la de tratar la referida indemnización como “otras rentas”, caso en el cual, la misma sería gravable en Venezuela.

B.2.3. Terceros obligados al pago del ISLR

La obligada al pago del impuesto sería MCN, y sería contra ella que el SENIAT podría accionar. En caso de que ello ocurriera, MCN no podría excusarse en el laudo para no pagar, más sí podría dirigirse a PDVSA y exigirle que pague en su nombre, caso en el cual PDVSA no podría negarse. De MCN considerarse obligada a pagar ese impuesto, aun sin que el SENIAT hubiera actuado, podría presentarse una polémica entre ella y su garante en cuanto a la procedencia o no de esa obligación, aunque aquélla estaría en todo su derecho a efectuar tal planteamiento, ya que la asunción de una conducta pasiva por su parte pudiera acarrear multas e intereses moratorios.

B.3. Consideraciones impositivas en el caso del laudo arbitral dictado en el marco del CIADI

Como fuera señalado, MCN había solicitado que la indemnización se calculara y pagara neta de todo impuesto, tanto nacional como extranjero. De ahí que requirió que el cálculo de la indemnización incluyera todos los impuestos aplicables y el *quantum* de la indemnización se aumentara para absorber el monto de cualquier gravamen impuesto por Venezuela y el monto necesario para satisfacer toda responsabilidad tributaria en que pudiera incurrirse como consecuencia del laudo y por las medidas ilícitas de Venezuela.

¹ Art. 14: Los convenios referentes a la aplicación de las normas tributarias celebrados entre particulares no son oponibles al Fisco, salvo en los casos autorizados por la ley.

En cuanto a los impuestos venezolanos, el tribunal recordó que la indemnización establecida a favor de MCN se había calculado teniendo en cuenta todos los impuestos pagaderos a las autoridades de Venezuela. Por ello, la compensación se pagaba neta de toda carga de ese tipo.

En efecto, como fue antes descrito, uno de los elementos que se descontó al calcular la compensación fue el ISLR, lo que implica que la República dejó de erogar por concepto de indemnización una cantidad equivalente a lo que hubiera recibido por ese concepto de haberse producido el petróleo y el enriquecimiento que supuestamente hubiera experimentado MCN de no haberse registrado la expropiación.

A diferencia del proceso decidido en el contexto del ICC en el que las partes eran, por un lado, MCC y, por el otro, PDVSA CN y PDVSA, en este proceso la parte demandada y condenada al pago de la indemnización era la República, registrándose en cuanto a ella la doble condición de deudora (compensación) y acreedora (ISLR), que, sin embargo, no incide en la causación y pago de la obligación tributaria.

¿El que el monto de la indemnización reconocida en el laudo dictado en el marco del ICC fuera descontado de la compensación acordada en el laudo dictado bajo el CIADI, acaso podría considerar saldada cualquier deuda tributaria que hubiera podido surgir en cabeza del MCN de la que era solidariamente responsable PDVSA?

Frente a tan compleja pregunta, ha de indicarse en primera instancia que el descuento de la compensación reconocida por la ICC de la decidida en el CIADI luce razonable en vista de que MCN no podía ser compensada dos veces por el mismo motivo, aun tratándose los obligados de sujetos distintos (República, por una parte y PDVSA-PDVSA CN, por la otra). De la misma manera en que no encontraba cabida una doble indemnización, tampoco tendría sentido se causarían tributos respecto de cada una de ellas. No es tarea sencilla, sin embargo, determinar cuál de las dos indemnizaciones marca la pauta a esos efectos. Si bien podrían plantearse varias alternativas de mediar gravamen con el ISLR, quizá la más razonable sería que el tributo recayera respecto de lo efectivamente desembolsado, es decir, de los US\$ 907,581,000 derivados del Laudo ICC y US\$ 76,900,000 derivados del CIADI, que fue el monto que como de seguidas veremos finalmente recibió adicionalmente la empresa afectada; cada uno soportando las implicaciones antes mencionadas, de los roles y naturaleza jurídica de cada parte.

IV. ACTUACIONES POSTERIORES AL LAUDO ARBITRAL DEL CIADI

El 2 de febrero de 2015, la República Bolivariana de Venezuela presentó ante el CIADI una solicitud de conformidad con el Artículo 52 del Convenio CIADI y la Regla 50 de las Reglas de Arbitraje CIADI, mediante la cual requería la anulación del comentado Laudo dictado el 9 de octubre de 2014.

El 9 de febrero de 2015, la Secretaria General informó a las Partes que la Solicitud había sido registrada en tal fecha y que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI procedería a nombrar un Comité *ad hoc* con arreglo al Artículo 52(3) del Convenio CIADI. Las Partes también fueron notificadas de que, conforme a la Regla 54(2) de las Reglas de Arbitraje CIADI, la ejecución del Laudo se había suspendido provisionalmente.

El petitorio realizado por la República Bolivariana de Venezuela había sido el siguiente:

“(i) [L]a sección del Laudo que versa sobre el Proyecto Cerro Negro debe anularse debido a la extralimitación manifiesta de facultades por parte del tribunal y a la falta de motivación de las razones en que se funda para sostener que tenía jurisdicción de conformidad con el Tratado Holandés; (ii) en caso de que la sección del Laudo que versa sobre el Proyecto Cerro Negro no sea anulada, entonces la sección del Laudo relativa al monto de la compensación para el Proyecto Cerro Negro y la determinación de dicha compensación en el párrafo 404(d) del Laudo debe anularse por las causales de (a) extralimitación manifiesta de facultades y falta de motivación de las razones por las que omitió aplicar el acuerdo especial sobre compensación y (b) extralimitación manifiesta de facultades, falta de motivación y quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento al no ordenar la producción de documentos relacionados con el acuerdo especial sobre compensación ...”²

² Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Washington, D.C. (CASO CIADI N.º ARB/07/27).

Frente a los alegatos de la República Bolivariana de Venezuela, el Comité señaló que a pesar de la expropiación por parte de Venezuela de los activos de MCN determinada en el laudo, se anulaba la compensación por US\$ 1.411 millones en él acordada, por deficiencias en su razonamiento y en la elección y aplicación de las fuentes apropiadas de derecho conforme al Tratado Bilateral de Inversión de Venezuela con los Países Bajos. Según el Comité, respecto de la indemnización anulada, el laudo incurrió en extralimitación manifiesta de facultades del tribunal arbitral y en falta de motivación, causales de nulidad contempladas en el artículo 52(1) (b) y (e) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI).

Sostuvo el Comité, que el tribunal arbitral se extralimitó en sus facultades al no aplicar la ley adecuada, y que la naturaleza manifiesta de dicha omisión quedó demostrada por la insuficiencia del razonamiento del tribunal en cuanto a la elección del derecho aplicable, en los aspectos positivos (la ley elegida) y negativos (la ley rechazada). Así, estableció que la ausencia de motivos suficientes y no contradictorios es muy importante dado el efecto decisivo que tuvo en la elección y aplicación del derecho aplicable, y, por consiguiente, en la decisión del tribunal sobre el cálculo de la compensación adeudada.

Además, de acuerdo al Comité, el laudo consideró no aplicable el precio tope de indemnización previsto en el Convenio de Asociación entre MCN y la empresa estatal petrolera Lagoven, S.A. para la determinación de la indemnización, para lo cual, según la decisión de anulación, el laudo no aplicó el derecho adecuado e incurrió en ausencia de motivos suficientes y no contradictorios.

Es decir, el laudo no consideró aplicable el precio tope ya que la República no era parte del Convenio de Asociación Cerro Negro, sino que la parte era Lagoven, S.A. Sin embargo, la decisión de anulación consideró que el precio tope incide necesariamente en la valoración de la inversión y no puede dejarse de lado sin motivarlo suficientemente.

En virtud de lo anterior, **tratándose de** una nulidad parcial del laudo, solamente lo no anulado adquirió valor de cosa juzgada, y lo anulado podía ser objeto de nuevo arbitraje, por ende, de un nuevo laudo. Es así como no se configuró el efecto de cosa juzgada respecto de la

indemnización por US\$ 1.411 millones. La decisión de anulación no determinó la indemnización correcta, por lo tanto, se hacía necesario un nuevo laudo para determinar su cuantía, tomando en cuenta lo establecido en la decisión de anulación, es decir, motivando suficientemente la elección y aplicación del derecho y la incidencia o no del precio tope en la determinación del valor de la inversión expropiada.

La decisión de anulación no anuló el método de cálculo de la cuantía de la indemnización determinado en el laudo, esto es, flujo de caja descontado sobre la cantidad de barriles de crudo por día y a los precios estimados acogidos por el laudo hasta la terminación del contrato en el año 2035, con la prima de riesgo-país, la tasa de descuento y la tasa de interés moratorio escogida en el laudo, esta última de 3,25%, capitalizable anualmente desde la expropiación hasta el pago efectivo de la indemnización. Por el contrario, la decisión expresamente señala determinadas y específicas porciones y párrafos del laudo, que justamente contienen el método de cálculo, flujo de caja, volúmenes de producción y precios del petróleo, tasas de descuento e interés, etc., no habiéndose visto por tanto afectados por la anulación de la cuantía como tal.

En aquel contexto, en el año 2018 MCN, demandó nuevamente en arbitraje de inversiones **a la República Bolivariana de Venezuela**. El CIADI decidió aquella solicitud de arbitraje el 10 de julio de 2018, acordando una indemnización de US\$ 984,500,000, indicando, sin embargo, que la mayor parte de la misma ya había sido otorgada a MCN en virtud de la reclamación separada efectuada por ante la ICC. Fue así como a los US\$ 984,500,000US\$ acordados por el CIADI a favor de MCN se descontaron los US\$ 907,581,000 millones que ya había recibido en el año 2011 por efecto del Laudo de la ICC, quedando un remanente de US\$ 76,900,000.

Eso dejaría US\$ 76,9 millones a favor de la empresa privada, más poco más de US\$1 millón para cubrir parte de los gastos legales. El laudo no es público porque requiere el consentimiento de ambas partes para ser publicado, dijo un funcionario de prensa del CIADI citado por *Bloomberg*.

Pareciera que no se modificó la parte relativa a la fórmula de cálculo de la compensación más allá del tema del precio tope, por lo que

puede presumirse, a pesar de la confidencialidad del laudo, que el descuento del ISLR al determinar el monto de la compensación del CIADI se aplicó de la misma forma en que se hizo en el laudo original, razón por la cual se pueden dar por reproducidos los comentarios anteriores.

V. CONCLUSIONES

1. Tanto en el arbitraje ante la ICC como ante el CIADI, la justa compensación estaba representada por el valor de mercado de la inversión afectada inmediatamente antes de tomarse la medida de “migración”, debiendo corresponderse con el monto que un comprador interesado hubiera estado dispuesto a pagar a un vendedor interesado en ese momento para adquirir los intereses involucrados.
Con miras a arribar a una cifra que representara la “justa compensación”, las partes en los arbitrajes estuvieron de acuerdo en partir de un flujo de caja descontado de los intereses perdidos de las accionistas. En consecuencia, se consideraron los flujos netos de caja que hubiera generado la inversión hasta su término, es decir, junio de 2035, descontado a su valor presente.
3. Fue admitido, tanto por las partes como por los Tribunales Arbitrales que, a la luz de los términos contractuales era posible sostener que los mecanismos resarcitorios iban más allá de la reposición del valor de los bienes y derechos actuales, comprendiendo, además, lo dejado de percibir ante la cesación anticipada del convenio.
4. En nuestra opinión, la indemnización o compensación acordada en los dos laudos arbitrales, fundamentada, claro está, en la letra del Convenio de Asociación, ponía en evidencia la posibilidad de que la parte que se viera afectada por actuaciones de la otra fueran indemnizadas bajo lo que a la luz de la Cláusula XIV del Convenio de Asociación fue denominado como “daños compensatorios”, que no eran otra cosa que lo que en Derecho se conoce como “lucro cesante” que es cosa distinta al “daño emergente”.

5. La diferencia entre lucro cesante y daño emergente radica en que, mientras este último busca reponer una disminución patrimonial efectivamente registrada, en el caso del lucro cesante, producto de una ficción respecto de la ejecución de un contrato que se vio interrumpida, se procura mantener y honrar el pago del beneficio o contraprestación que la parte afectada debió haber experimentado.
6. Si bien es cierto que el lucro cesante es reconocido ante la causación de un daño, y que lo que por ese concepto se paga usualmente se denomina “indemnización o reparación”, no menos cierto es que, con él lo que se busca es generar, reconocer y pagar a una de las partes en el contrato, aquello que por causas imputables a la otra no se causó e hizo efectivo.
7. Dada esa ficción al pago efectuado por ese concepto debe atribuírsele la misma naturaleza jurídica de la contraprestación originalmente esperada con la celebración del contrato.
8. A efectos de las implicaciones tributarias que pudiera encerrar el lucro cesante, no sólo debe tenerse presente a la LISLR y al COT, sino también, la aplicación que puedan tener los tratados para evitar la doble tributación en materia de impuesto sobre la renta (TDI) suscritos por la República de Venezuela que resulten aplicables a cada caso.
9. Si bien el tratamiento impositivo del lucro cesante, a diferencia de lo ocurrido en otras legislaciones, no ha sido regulado explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico, sí lo ha sido en forma implícita por la LISLR (incremento patrimonial). Esta materia a su vez ha sido expresamente regulada por parte de la legislación extranjera, entre ellas, la colombiana, así como también por la doctrina administrativa de ese país.
10. Si bien el importe del ISLR fue descontado en el marco del modelo hipotético dirigido a estimar lo que el proyecto hubiera generado para MCN de haberse llevado a cabo hasta el año 2035 en las condiciones originalmente existentes, esa cifra es una variable más en la fórmula de cálculo de la indemnización, pero lo que en definitiva debe ser gravado con ese tributo es el importe a indemnizar.

11. El lucro cesante, si bien no se encuentra mencionado expresamente en los TDI, debe ser asimilado al mismo tipo de enriquecimiento que con él pretende sustituirse, en este caso, el beneficio que hubiera obtenido MCN de la ejecución del Convenio de Asociación. En todo caso, tres parecerían ser las posibles opciones en cuanto a la calificación de la indemnización recibida por MCN a la luz del TDI: (i) dividendo; (ii) beneficio empresarial u; (iii) otras rentas (indemnización). En cualquiera de esos tres casos, aunque en medida diferente en el del dividendo y teniendo presente el riesgo de que a Cerro Mobil Ltd. no se la considere como beneficiaria efectiva de tal renta, en tanto lo serían sus accionistas, Venezuela tendría derecho a gravarla, con lo que se dispararía la posibilidad de que el SENIAT le exigiera a PDVSA y/o a PDVSA CN el pago del ISLR que correspondería pagar a MCN. En caso de que PDVSA alegara ser un tercero ajeno a esa relación y se opusiera a tal pago con base en lo dispuesto en el artículo 14 del COT, se producirían las consecuencias propias del incumplimiento del laudo arbitral e igual siempre tendría que desembolsar esa cantidad aunque sea para reponersela a MCN.
12. De las tres opciones antes señaladas, la que luce más lógica y apropiada es la de tratar la referida indemnización como “otras rentas”, caso en el cual, la misma sería gravable en Venezuela.
13. La obligada al pago del impuesto sería MCN, y sería contra ella que el SENIAT podría accionar. En caso de que ello ocurriera, MCN no podría excusarse en el laudo para no pagar, más sí podría dirigirse a PDVSA y exigirle que pague en su nombre, caso en el cual PDVSA no podría negarse. De MCN considerarse obligada a pagar ese impuesto, aun sin que el SENIAT hubiera actuado, podría presentarse una polémica entre ella y su garante en cuanto a la procedencia o no de esa obligación, aunque aquélla estaría en todo su derecho a efectuar tal planteamiento, ya que la asunción de una conducta pasiva por su parte pudiera acarrear multas e intereses moratorios.

14. La postura asumida en el laudo del CIADI, según la cual, MCN no podía ser compensada dos veces por el mismo motivo, aun tratándose los obligados de sujetos distintos (República, por una parte y PDVSA-PDVSA CN, por la otra), es completamente razonable. Así como no encuentra cabida una doble indemnización (ICC más CIADI), tampoco tendría sentido se causarían tributos respecto de cada una de ellas. Ahora bien, lo difícil es determinar cuál de las dos indemnizaciones marca la pauta a esos efectos. Si bien podrían plantearse varias alternativas de mediar gravamen con el ISLR, quizá la más razonable sería que el tributo debe recaer respecto de lo efectivamente desembolsado, es decir, de los dos montos que fueron pagados, (monto total del laudo ICC y diferencial del monto pagado en función del laudo CIADI), cada uno soportando las implicaciones correspondientes.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARMONA BORJAS, Juan Cristóbal. Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2015.