

Comentarios Legislativos

LA LEY VENEZOLANA QUE RESERVA AL ESTADO BIENES Y SERVICIOS CONEXOS A LAS ACTIVIDADES PRIMARIAS DE HIDROCARBUROS: UN ILÍCITO DE DERECHO INTERNACIONAL

Análisis conforme a los Tratados Bilateral de Inversión (BIT'S)

José Antonio Muci Borjas
*Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Católica Andrés Bello*

Resumen: *En este ensayo se desmenuza la Ley de nacionalización de los bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos y, acto seguido, se analizan detalladamente sus disposiciones a la luz del Derecho interno venezolano y de los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT's) suscritos y ratificados por la República.*

I. LA EXPROPIACIÓN FORZOSA: SU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

El Estado venezolano garantiza el derecho de propiedad privada. Es así como reza el encabezamiento del artículo 115 de la Constitución política de 1999, actualmente en vigor. La norma constitucional citada anteriormente agrega a renglón seguido que “sólo por causa de utilidad pública o interés social, *mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización*, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes”. Esa norma debe ser administrada con el artículo 116 *eiusdem*, que prohíbe las confiscaciones.

En adición a esa norma, a los efectos de este breve ensayo también debe tenerse presente la letra del artículo 300 de la Constitución en vigor, a tenor del cual el Estado, por razones de conveniencia nacional, puede reservarse, mediante ley orgánica, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público de carácter estratégico.

II. LA LEY DE RESERVA: CONTENIDO

Con fundamento en los artículos 115 y 300 de la Constitución venezolana, en mayo de 2009 la Asamblea Nacional sancionó la Ley orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos¹ (en lo adelante, por causa de brevedad, la Ley). Por lo pronto, de la Ley interesa destacar cuanto sigue:

1. El Estado venezolano se reserva, por su “carácter estratégico”, los bienes y servicios conexos a la realización de las *actividades primarias* previstas en la Ley Orgánica de Hidro-

¹ *Gaceta Oficial* N° 39.173, del 7 de mayo de 2009.

carburos (artículos 1° y 2°)². Los bienes y servicios conexos a los que se refiere la Ley son los siguientes: i. inyección de agua, de vapor o de gas, para incrementar la energía de los yacimientos y mejorar el factor de recobro; ii. compresión de gas; y, iii. los vinculados a las actividades ejecutadas en el Lago de Maracaibo, tales como lanchas para el transporte de personal, buzos y mantenimiento; barcazas con grúa para el transporte de materiales, diesel, agua industrial y otros insumos; remolcadores, gabarras planas, boyeras, grúas de ripio, de tendido o reemplazo de tuberías y cables subacuáticos; y, mantenimiento de buques en talleres, muelles y diques de cualquier naturaleza (artículo 2°).

En virtud de la *cláusula de reserva* contenida en la Ley, en lo adelante *los particulares quedan excluidos o segregados de este sector* del quehacer económico. Esas actividades sólo pueden ser realizadas por la República, Petróleos de Venezuela, S.A., la filial que ésta designe al efecto o, finalmente, empresas mixtas sometidas al “control” de Petróleos de Venezuela, S.A. o de sus filiales (artículo 1°).

2. No obstante la *cláusula de reserva* que excluye a los particulares de la actividad reservada, para evitar la paralización de las operaciones de las empresas que aún no han sido “formalmente” adquiridas a través del procedimiento expropiatorio, la Ley declara que tales actividades constituyen un *servicio público*. Por obra de dicha calificación, los servicios conexos a las actividades primarias quedan sujetos al Derecho Administrativo y deben continuar siendo prestados -por las empresas de propiedad privada sometidas a expropiación- de manera continua, regular y eficiente (artículo 5°).

3. Con base en la cláusula de reserva, la Ley autoriza al Ejecutivo Nacional para decretar la *expropiación* forzosa, total o parcial, de las *acciones* representativas del capital social de las empresas que prestan los servicios conexos con las actividades primarias (artículo 6°). La expropiación parcial abre la puerta a la adquisición de sólo una parte de las acciones representativas del capital social de las empresas existentes -sólo de lo necesario, de lo imprescindible, para tomar o asumir el “control” de las compañías-. La Ley también autoriza al Ejecutivo para la adquisición, total o parcial, de los *bienes* propiedad de tales empresas.

4. A los efectos del cálculo de la justa indemnización -i.e., de la compensación- adeudada al expropiado, la Ley contempla las siguientes reglas: i. prohíbe tomar en cuenta el lucro cesante y los daños indirectos; ii. ordena que la valoración se haga sólo con base en el “valor en libro” (*book value*) de los bienes o activos empresariales; y, iii. dispone que la indemnización puede ser pagada “...en dinero efectivo, *títulos valores* u *obligaciones de personas jurídicas públicas*” (artículo 6°). Dicho en otras palabras, la Ley contempla un régimen especial, derogatorio del (general) previsto por la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social³, porque de acuerdo a esta última la expropiación forzosa de bienes de cualquier naturaleza supone o exige como requisito *sine qua non* el “pago oportuno y en dinero efectivo de justa indemnización” (artículo 7).

5. A partir de la fecha de publicación de la Ley en la *Gaceta Oficial*, el Estado, por intermedio de Petróleos de Venezuela, S.A. o de la filial que aquélla designe, queda autorizado

2 De acuerdo a la Ley de Hidrocarburos (*Gaceta Oficial* N° 37323, del 13 de noviembre de 2001), son actividades primarias las relativas a la exploración en busca de yacimientos de hidrocarburos, la extracción de ellos en su estado natural, así como su recolección, transporte y almacenamiento iniciales.

3 *Gaceta Oficial* N° 37.475, del 1 de julio de 2002.

para *tomar posesión de los bienes y asumir el control de las operaciones* de las empresas expropiadas (artículo 4º)⁴.

6. Los contratos de servicio que mediaban entre el Estado venezolano y sus contrapartes, quedan extinguidos -de pleno derecho- al momento de ser identificadas, con “nombre y apellido”, las empresas a objeto de la medida expropiatoria. La identificación de las empresas ha de hacerse mediante resolución administrativa (artículo 3º)⁵.

7. Finalmente, todas las autorizaciones, permisos y registros de las compañías expropiadas pertenecen ahora -“...*pasarán de pleno derecho a...*”, es lo que dice la Ley- a Petróleos de Venezuela, S.A. o la filial que esta designe (artículo 8º).

III. REFLEXIONES EN TORNO A UNA LEY CONFISCATORIA

Como es bien sabido, el ordenamiento jurídico está integrado por *una estructura escalonada de manifestaciones jurídicas* condicionantes y condicionadas -i.e., una estructura escalonada de actos constitucionales, legislativos, administrativos y judiciales, entre otros-, para cuya “regular” emanación debe seguirse u observarse una también *serie o secuencia escalonada de vías procesales* -constitucionales, legislativas, administrativas y judiciales- que en cada caso relacionan una norma jurídica superior y la correspondiente norma jurídica inferior, y, en última instancia, una norma jurídica con un acto de ejecución del Derecho, que no admite ya una aplicación posterior⁶. Los procedimientos integran un sistema, propio del Estado de Derecho, que cabría denominar *sistema ordenado de procedimientos sucesivos*, porque en él todo tipo de actividad adelantada por el Poder Público se desarrolla de acuerdo a trámites o *secuencias de actos pre-ordenados y complementarios*, que permiten integrar -esto es, completar- la actividad estatal de creación y aplicación del Derecho.

Esa serie o secuencia escalonada es evidente, a título de ejemplo, en la expropiación forzosa, institución de Derecho Público prevista por el artículo 115 de la Constitución. En la expropiación por causa de utilidad pública o social interviene en un primer momento el Poder Legislativo para establecer, a través del trámite propio para la formación de las leyes, cuáles son los extremos administrativos y judiciales que han de ser satisfechos para adquirir la propiedad sobre bienes -de cualquier clase- mediante el mecanismo expropiatorio. Luego el Poder Ejecutivo, obrando con base en la Ley previa sancionada por la Asamblea, sigue un trámite administrativo, que tiene por objeto identificar los bienes que han de ser adquiridos

4 Mediante Resolución administrativa distinguida con el número 66 (*Gaceta Oficial* N° 39.182, del 20 de mayo de 2009), se creó un Comité Estratégico de Ejecución, con el objeto de “...garantizar la continuidad de las operaciones y traspaso de los bienes y servicios...” expropiados. A dicho Comité, integrado única y exclusivamente por dependientes de la empresa estatal PDVSA, le incumbe determinar “... la forma de operación de los servicios y la modalidad de transferencia de los bienes...” expropiados.

5 De acuerdo al artículo 16 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, las resoluciones son decisiones -i.e., actos administrativos- de carácter general o particular, adoptadas por los ministros por disposición del Presidente de la República o por disposición específica de la ley”.

Las empresas afectadas por la medida expropiatoria han sido identificadas a través de las Resoluciones administrativas del Ministro de Energía números 51 (*Gaceta Oficial* N° 39.174, del 8 de mayo de 2009), 54 (*Gaceta Oficial* N° 39.177, del 13 de mayo de 2009), 65 (*Gaceta Oficial* N° 39.181, del 19 de mayo de 2009), y 67 (*Gaceta Oficial* N° 39.183, del 21 de mayo de 2009).

6 Kelsen, Hans, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, Etas Libri, Milano 1984, pp. 125 y 126, y Carré de Malberg, Raymond, *La teoria gradualistica del diritto. Confronto con le idee e le istituzioni del diritto francese*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 2003, p. 7.

coactivamente para la obra calificada de utilidad pública o social, cuya ejecución, según el Ejecutivo, resulta necesaria para atender el interés de la colectividad. Finalmente, interviene el Poder Judicial para *autorizar la ocupación* temporal o previa de los bienes identificados en el Decreto de Expropiación, *declarar la licitud* de la medida administrativa que sirvió para identificar los bienes objeto de expropiación y la obra de utilidad pública, así como *determinar el quantum de la indemnización* -justa por definición- adeudada al expropiado. Por la trascendencia de la medida estatal, *ablativa* por su naturaleza, en ella intervienen órganos de los tres Poderes Públicos Nacionales clásicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial). Y aunque esa secuencia ordenada de procedimientos sucesivos, productores de una ley, un decreto administrativo y una sentencia, constituye la regla general, la Ley subvierte abiertamente la secuencia ordenada de trámites (legislativo, administrativo y judicial) mencionada *supra*. En efecto:

1. Sin que mediara la intervención de juez alguno, con la Ley, primero que nada, se ha autorizado la inmediata toma de “control” de las operaciones y bienes de esas empresas de servicio, vaciándose así el contenido del derecho de propiedad de los sujetos expropiados. De ese derecho hoy sólo resta, por así decirlo, el cascarón. Para constatarlo basta leer el texto de la Resolución número 67, cuyo artículo 2º reza textualmente así:

“Se instruye a Petróleos de Venezuela, S.A. o la filial que ésta designe, a *tomar el control de las operaciones y posesión inmediata de las instalaciones, documentación, bienes y equipos* [de las empresas expropiadas], afectos a las actividades a que se refiere a esta Resolución”⁷.

Dicho en otros términos, la (futura) expropiación *de iure* o de Derecho se halla, pues, precedida de una velada o encubierta (e inmediata) expropiación de hecho o *de facto*, porque aunque aún no se ha transmitido el “título” sobre las acciones o los bienes de las compañías afectadas por la medida expropiatoria, en la práctica los sujetos expropiados nada útil pueden hacer con lo que formalmente les pertenece, con lo que sólo en las formas continúa siendo suyo⁸. Las empresas, de propiedad particular en el papel, han sido privadas de todo poder para manejar sus negocios a *su leal saber y entender*, porque en virtud de la Ley, insistimos en la idea, la República quedó autorizada para tomar posesión inmediata de los bienes y asumir el control de las operaciones *sin que mediara procedimiento judicial y sin que se produjera el pago (necesariamente previo) de la contraprestación exigida por la Constitución*.

Tales empresas se han convertido, por así decirlo, en meros apéndices de un Estado que, de un plumazo, transformó las deudas dinerarias de corto plazo (aludimos a las derivadas de los contratos de servicio, en parte ya líquidas y exigibles, que el Estado no podía honrar por las dificultades financieras que en la actualidad atraviesa) en *obligaciones de cumplimiento indeterminado* por lo que a la fecha de su pago se refiere, toda vez que los derechos de crédito ahora han de hacerse valer al momento de la fijación, en fecha incierta, del *quantum* de la justa indemnización⁹.

7 *Supra*, nota a pie de página N° 5. Una nota digna de mención: En evidente exceso, el Estado venezolano ha pretendido extender la medida expropiatoria a otras empresas, por sólo el hecho de que éstas -directa o indirectamente- le prestan servicios a los sujetos (directamente) afectados por la Ley. Esta afectación “por extensión” carece de base legal.

8 Consúltese, *mutatis mutandis*, el asunto Sedco, Inc. V. National Iranian Oil Co., Award N° 55-129-3, October 28th, 1985, 15 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 248.

9 Habida consideración de la mora en el pago de las obligaciones adeudadas por el Estado a las empresas contratistas, vale la pena tener presente -*mutatis mutandis*- lo sostenido por el Tribunal

En síntesis, más que para adquirir la titularidad (formal) del derecho de propiedad sobre los bienes y empresas afectados por la medida, previo juicio contradictorio y pago de justa indemnización, en el caso de la especie el poder expropiatorio ha sido empleado para el logro de *otra finalidad*, de *otro propósito*, a saber, la toma (administrativa) de control -sin miramiento alguno- sobre bienes y empresas, obviando u omitiendo *i.* la previa sustanciación de un proceso judicial, *ii.* el pago de la justa compensación y *iii.* la transmisión formal de la titularidad. Y a lo ya dicho se agrega que por los serios problemas de liquidez que hoy en día enfrenta el Estado venezolano, el poder expropiatorio, más que para adquirir la titularidad (formal) del derecho de propiedad, ha sido empleado igualmente para transformar -moderna "alquimia financiera"- deudas de corto plazo, en parte líquidas y exigibles, en obligaciones cuyo cumplimiento es indeterminado en el tiempo, pues los derechos de crédito deberán hacerse valer al momento de la fijación, en fecha incierta, del *quantum* de la indemnización expropiatoria. Esas circunstancias acreditan, así lo entendemos nosotros, que nos hallamos frente a un supuesto de *desviación de poder* tanto legislativa (*lato et improprio sensu*) como administrativa¹⁰.

2. Segundo, con la Ley se declaró que los contratos que mediaban entre el Estado venezolano y sus contrapartes quedarían extinguidos -de pleno derecho- al momento de identificarse, mediante resolución administrativa, las empresas objeto de la medida expropiatoria. Por increíble que pueda parecer, esa medida *ablativa*, producto de la Ley y sus resoluciones, no viene acompañada de indemnización alguna, y para constatarlo basta tener presente que la Ley, amén de negarle a los expropiados el derecho a reclamar el "lucro cesante", ordena determinar el justiprecio sobre la base del "valor en libros" de los bienes expropiados, única y exclusivamente. Pero hay más: La determinación de la justa indemnización con base en el valor en libros "congela" -he aquí su consecuencia natural- las obligaciones dinerarias derivadas de los contratos de servicio, y, por ende, niega el derecho al ajuste o indexación de los derechos de crédito que las empresas tenían frente al Estado por los servicios ya prestados, no obstante la (conocida) mora estatal en el cumplimiento de las obligaciones contractuales¹¹. Sin justificación valedera, en esta expropiación se derogan las normas generales, contenidas en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, que le imponen a las Comisiones (judiciales) de Avalúos el deber de tomar en consideración la "...probable produc-

que decidió el asunto *Waste Management Inc. v. United Mexican States*: "es posible argumentar que la persistente negativa o la incapacidad... de pagar sumas de dinero debidas de acuerdo al Contrato de Concesión constituye una expropiación, o al menos medidas equivalentes a una expropiación, de las sumas adeudadas" (*Case Waste Management Inc. v. United Mexican States*, N° ARB(AF)00/3, Award of 30 April 2004, 43 I.L.M. 967, en Muci Borjas, José Antonio, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT's)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, p. 104).

10 Consultese Chinchilla Marín, Carmen, *Desviación de poder*, segunda edición, Civitas Ediciones, S.L., Madrid 2004, pp. 83 y 84, y Balasso Tejera, Caterina, *Jurisprudencia sobre los actos administrativos 1980-1993*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, pp. 709 y ss.

11 En Venezuela la regla es que el aumento o disminución en el valor de la moneda, antes de que venza el término para el pago, no incide sobre el *quantum* de la obligación dineraria (principio nominalista). Por *argumentum* a contrario, mediante fallo del 30 de septiembre de 1992 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia afirmó que cuando la variación en el valor de la moneda ocurre después de la fecha o tiempo establecido para el pago, es posible reclamar la indexación o ajuste monetario de lo adeudado (asunto Franklin y Paúl, S.R.L.).

ción...” de los bienes expropiados, “...los daños causados por el cese de actividades...” de la empresa, y la “...pérdida de una utilidad debidamente comprobada...”¹².

Los contratos -y los derechos de crédito que ellos contemplaban- desaparecieron del patrimonio de los expropiados sin compensación alguna, a pesar de que no ha mediado proceso, de que el juez no ha declarado la licitud de la medida, y de que el expropiado no ha recibido la indemnización -necesariamente previa- adeudada por causa de la expropiación.

3. Por la ocupación de las empresas, la extinción de los contratos de servicio, y también por la indebida apropiación *manu militare* de las autorizaciones, permisos y registros de las empresas expropiadas, medidas -todas ellas- decretadas directamente por la Ley, las medidas, más que expropiatorias, lucen como *verdaderas penas*, como *sanciones* veladas o *encubiertas*, pues resulta difícil reconciliar las medidas legislativas con el criterio jurisprudencial -pacífico por lo demás- conforme al cual la expropiación forzosa de un bien no debe *ni enriquecer ni empobrecer* al propietario destinatario de la medida.

En propósito, la Corte Federal y de Casación afirmaba que los criterios de valoración contemplados por la Ley de expropiación por causa de utilidad pública o social persiguen

“...que la sustitución del derecho real sobre la cosa expropiada por su equivalente en dinero, se ajuste a su *verdadero valor económico*”¹³ (el resaltado es nuestro).

En sentido coincidente, la Corte Suprema de Justicia venezolana sostuvo años después que cuando el Estado expropia

“...ejerce un poder jurídico que la Constitución consagra; pero como el ejercicio de ese poder supone un sacrificio en el derecho del propietario, es preciso que se le compense o indemnice por la privación de su propiedad. Por tanto, *la suma a pagar debe cubrir exactamente el daño que se irroga al expropiado, sin que éste se empobrezca ni enriquezca*, en la medida que tal resultado pueda razonablemente alcanzarse. Sólo así quedará cumplido el mandato constitucional que ordena pagar una justa indemnización”¹⁴ (el resaltado es nuestro).

Por sólo citar un fallo adicional, vale la pena invocar aquí la decisión de la Corte Suprema de Justicia, en la que -en sentido coincidente- se afirmó que con la introducción de la expresión “justa indemnización” en la Constitución de 1961 era

“...obvia la intención del Constituyente de dar al pago [adeudado al expropiado] una *mayor amplitud, comprensiva de los daños y perjuicios, puesto que habla de justa indemnización y no de precio* exclusivamente; que por indemnización debe entenderse no solamente el precio de la cosa expropiada, sino *la reparación íntegra de todo empobrecimiento* sufrido por el expropiado, es decir, que constituye un *restablecimiento del equilibrio patrimonial* lesionado o alterado por la expropiación; [y] que esa reparación debe ser *adecuada al daño realmente sufrido*...”¹⁵ (el resaltado es nuestro).

12 Artículos 36, 39 y 41, respectivamente (*Gaceta Oficial* N° 37.475, del 1 de julio de 2002).

13 Sentencia dictada por la Sala Federal el 4 de mayo de 1948. Consúltese en Brewer-Carías, Allan Randolph, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo VI (Propiedad y Expropiación), Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, p. 452.

14 Sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa en fecha 24 de febrero de 1965, en Brewer-Carías, Allan Randolph, *op. cit.*, p. 297.

15 Sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa en fecha 7 de febrero de 1973, en Brewer-Carías, Allan Randolph, *op. cit.*, p. 461.

IV. LA IRRACIONALIDAD EN EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO: EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO COMO TRÁMITE MERAMENTE FORMAL SIN SUSTANCIA O CONTENIDO

La Ley, este dato es clave, fue dictada de manera *atropellada* o, dicho de otra manera, la Asamblea Nacional y el Presidente de la República obraron *atropelladamente*, esto es, de tropel, con desorden y confusión. Veamos.

La Ley fue discutida y aprobada en poquísimos días, y para constatarlo basta considerar que el Proyecto de Ley, revisado en primera discusión el día martes 5 de mayo de 2009, fue revisado, sancionado, promulgado y publicado tan sólo dos (2) días después, el jueves 7 del mismo mes y año. En otras palabras, entre el 5 y el 7 de mayo de 2009 la Asamblea Nacional, he aquí el listado de actividades ordenado por la Constitución, *i.* en primera discusión habría considerado la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley y, además, evaluado sus objetivos, alcance y viabilidad, a fin de determinar la pertinencia de la ley, y la Comisión o Comisiones Legislativas relacionadas con la materia habrían estudiado en detalle el Proyecto de Ley y elaborado, además, un Informe sobre el mismo (artículo 208 de la Constitución); *ii.* la Asamblea, por añadidura, habría consultado el parecer u opinión de otros órganos del Estado, de los ciudadanos y de la sociedad organizada (artículo 211 *eiusdem*), y, por la naturaleza de las cosas, habría además procesado o digerido tales pareceres u opiniones para así enriquecer o mejorar el proyecto de ley; y, finalmente, *iii.* en segunda discusión, la Asamblea, tras razonada discusión, habría revisado y aprobado, artículo por artículo, el texto sometido a su consideración (artículo 209 *eiusdem*). Dentro de ese brevísimo lapso, adicionalmente, el Ejecutivo habría revisado la Ley sancionada y, por no merecerle reparo alguno, habría ordenado su ejecútese y ulterior impresión en *Gaceta Oficial* (artículo 214 y 215 *eiusdem*).

Ese *precipitado* modo de obrar acredita, y los datos son todos y cada uno de ellos objetivos, que en el caso de la especie el Poder fue ejercido de manera *arbitraria*, esto es, *irrazonable*, porque la medida legislativa no estuvo precedida por un *proceso reflexivo* mínimo. Lo anunciábamos en el título del presente capítulo o sección: El procedimiento legislativo que precedió la aprobación de la Ley quedó reducido a un *simple trámite, mera formalidad*, porque careció de sustancia o contenido verdaderos.

V. LA VIOLENCIA Y EL EJERCICIO DEL PODER EXPROPIATORIO

Mención aparte merece la Disposición Transitoria Única de la Ley. En ésta nuestro Legislador le ordena al Ministerio de Energía coordinar, tanto con la Administración Tributaria Nacional (SENIAT) como con el Ministerio del Trabajo, todas las medidas necesarias para identificar las “desviaciones” de las leyes impositivas, los contratos colectivos de trabajo y, en general, cualesquiera otros contratos, en que hubieren podido incurrir las compañías de servicio expropiadas. Copiada a la letra la norma legal dispone:

“Disposición Transitoria Única.

El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia petrolera coordinará con el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria y el Ministerio del Poder Popular para el Trabajo, *todas las medidas tendentes a identificar cualquier desviación de la legislación fiscal, convenios laborales y contratos vigentes*”.

¿Qué sentido tiene la “orden” si esas, por la naturaleza de las cosas, son funciones propias de esas Administraciones Públicas? Si nada agrega, si nada añade, ¿cuál es entonces el verdadero propósito u objetivo de esa “orden”? La verdad sea dicha, entendemos que la Disposición no es más que una (clara) advertencia, una (grosera) *amenaza*, esto es, una (burda) *medida intimidatoria*, proferida por el Poder para cohibir o reprimir a quienes, libres de ese

injusto apremio o presión, en otras circunstancias hubieran ponderado seriamente la posibilidad de demandar la nulidad de la Ley, por *inconstitucional*. El nuestro es hoy por hoy un Estado autoritario, porque el principio de División del Poder carece de vigor; un Estado que aprueba normas despóticas, porque en él, por la ausencia de una justicia independiente, campea la impunidad¹⁶; un Estado en que la *violencia* ha pasado a formar parte del ejercicio (ordinario) del Poder Público por las instituciones.

La *amenaza o intimidación*, suscrita por la Asamblea Nacional y refrendada por el Presidente de la República sin ningún rubor, con absoluta desvergüenza, pone de bulto, y nos duele tener que reconocerlo, que en estos últimos años el país civilizado al cual todos aspirábamos se ha ido tornado en una realidad cada vez más lejana, más distante.

VI. LA LEY A LA LUZ DE LOS TRATADOS PARA PROMOVER Y PROTEGER INVERSIONES (BIT'S)

Los reparos u objeciones que anteceden son -todos ellos- de Derecho interno. Por consiguiente, en el presente Capítulo analizaremos las distintas medidas contenidas en la Ley y en las Resoluciones que la ejecutan, a la luz de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones (BIT'S) suscritos y ratificados por el Estado venezolano a lo largo de los últimos años. En concreto, nos interesa poner de relieve cómo la Ley y sus Resoluciones no pueden ser reconciliadas con *i.* el deber de brindar trato justo y equitativo (*fair and equitable treatment*), *ii.* las garantías procedimentales que han de rodear la expropiación forzosa y *iii.* la justa indemnización (*prompt, adequate and effective compensation*) que ha de serle saldada al sujeto expropiado.

1. El trato justo y equitativo ("*fair and equitable treatment*") al cual tiene derecho un inversionista protegido por un BIT¹⁷ es un concepto jurídico indeterminado garantizado bajo diversas fórmulas o redacciones. En el Acuerdo (BIT) Venezuela-Francia¹⁸ se dispone, *exempli gratia*, que "cada una de las Partes Contratantes se compromete a conceder, en su territorio y en su zona marítima, un *trato justo y equitativo*, conforme a *las reglas y principios del Derecho Internacional*, a las inversiones de los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante y a garantizar que el ejercicio del derecho así adquirido no sea obstaculizado, de hecho ni de derecho". Otro tanto dispone el Acuerdo (BIT) Venezuela-Cuba, según el cual "cada Parte Contratante, *de conformidad con las normas y criterios del Derecho Internacional*, acordará a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante en su territorio, un *trato justo y equitativo*, les garantizará seguridad y protección jurídica plenas y se abstendrá

16 En propósito, consúltese Canova González, Antonio, *La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político-Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2009. Por sólo citar un par de los datos -desoladores, sin lugar a dudas- compilados por Canova González, a lo largo del año 2007 y del primer semestre del año 2008, dieciocho (18) meses en total, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia i. negó la medida cautelar de suspensión de efectos solicitada por los particulares en el 97% de los casos, y ii. rechazó el 100% de las demandas contractuales propuestas por las contrapartes de la Administración (Canova González, Antonio, *op. cit.*, pp. 64 y 70).

17 En torno a los conceptos jurídicos indeterminados consúltese a García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1991, pp. 455 y ss. En sentido coincidente, en el Laudo Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P v. Argentine Republic se afirmó que "...[the] fair and equitable treatment is a standard none too clear and precise" (Icsid Case N° ARB/01/3, Award, May 22nd, 2007, § 256).

18 Artículo 3.1 (*Gaceta Oficial* N° 37.896, del 11 de marzo de 2004).

de obstaculizar con medidas arbitrarias o discriminatorias su administración, gestión, mantenimiento, uso, disfrute, ampliación, venta o liquidación¹⁹. Finalmente, por sólo citar un Tratado más, el Acuerdo (BIT) Venezuela-Suecia establece que a “las inversiones de inversores de una Parte Contratante se les otorgará en toda ocasión un trato justo y equitativo de acuerdo con las reglas internacionales del Derecho Internacional. Ninguna Parte Contratante obstaculizará mediante medidas arbitrarias o discriminatorias la administración, mantenimiento, uso, disfrute o enajenación de tales inversiones así como la adquisición de bienes y servicios y la venta de su producción”²⁰.

¿Pero cuál es el alcance de ese impreciso concepto? Pues bien, la doctrina comparada afirma que la expresión tiene por finalidad proporcionar un estándar básico y general de protección ajeno al Derecho interno del Estado receptor de la inversión -i.e., un estándar absoluto-, y que su significado, por definición variable, sólo puede ser precisado cuando ha de ser aplicado a un supuesto de hecho concreto o específico²¹. Lo que sí es cierto, empero, es que por causa del derecho a un trato justo y equitativo las medidas adoptadas por un Estado deben respetar u observar los dos extremos, complementarios entre sí, que de seguida se mencionan: La actuación estatal, primero que nada, debe ser transparente. En virtud de ese principio de transparencia, el Estado se halla en el deber de elaborar normas claras e inteligibles en materia de inversiones extranjeras²². Más aún, esa transparencia supone consultas e intercambios de información (siempre previos) con los inversionistas interesados, de manera que cualquier modificación normativa les resulte predecible²³. En segundo lugar, el inversio-

19 Artículo 4.1 (*Gaceta Oficial* N° 37.913, del 5 de abril de 2004).

20 Artículo 2(2), (*Gaceta Oficial* N° 5.192 Extraordinario, del 18 de diciembre de 1997).

Aunque la regulación de los distintos Tratados Bilaterales de Inversión (BITs) es dispar y el nivel de protección brindado al inversionista depende de la letra del específico Tratado que el particular puede invocar, la doctrina ha destacado que esos Tratados, bilaterales en cuanto a su forma, son o terminan siendo multilaterales en cuanto a sus efectos, pues por causa de la cláusula de la nación más favorecida (MFN) o del inversionista más favorecido que cada uno de ellos contiene, en realidad conforman una verdadera red, un sistema, cuyas previsiones terminan siendo generales, homogéneas, para todos los inversionistas protegidos (Salomoni, Jorge Luis, “Los Tribunales Arbitrales Internacionales y el Contencioso Administrativo Argentino”, en *El Derecho Público a los 100 Números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, p. 981).

21 Dolzer, Rudolph y Stevens, Margaret, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands 1995, p. 58.

22 Commission v. Italy, en Amull, Anthony, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford EC Law Library, Oxford University Press, Oxford (Inglaterra) 1999, p. 193.

23 Caso: *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, N° ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000, sección 99; Caso: *Occidental Exploration and Production Company v. República de Ecuador*, N° UN 3467, 1° de julio de 2004; y, Caso: *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, N° ARB/01/8, 12 de mayo de 2005, sección 276.

Comoquiera que los cambios normativos deben ser predecibles, la estabilidad del sistema normativo (i.e., la interdicción de cambios súbitos o repentinos que, por inesperados, puedan llegar a frustrar las expectativas legítimas del inversionista) es un valor digno de tutela. Sobre este particular vale la pena tener presente, *exempli gratia*, la Exposición de Motivos del Acuerdo (BIT) Venezuela-Uruguay, en la que los Estados contratantes declaran estar “convencidos de que para alcanzar estos fines [esto es, para crear y mantener condiciones favorables para las inversiones] es importante asegurar la seguridad jurídica y medios imparciales y eficientes para la solución de controversias” (*Gaceta Oficial* N° 36.519, del 18 de agosto de 1998). También que la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia venezolana ha dejado sentado que la seguridad ju-

nista tiene derecho a la participación en los trámites que guarden relación con la elaboración de las normas que puedan afectarlo. Y, como contrapartida, el Estado debe tomar en cuenta las observaciones que los inversionistas puedan formular cuando participan en tales procedimientos²⁴.

Ahora bien, comoquiera que la ocupación de las empresas, la extinción de los contratos de servicio, y también la indebida apropiación *-manu militare-* de las autorizaciones, permisos y registros de las empresas expropiadas, fueron, todas ellas, medidas decretadas directamente por la Ley, luce pertinente reiterar aquí que el artículo 211 de la Constitución venezolana obliga a la Asamblea Nacional a consultar el parecer u opinión de los ciudadanos y de la sociedad organizada (incluidos, porque no puede ser de otra manera, los destinatarios directos de las normas) *antes* de sancionar las leyes. Pero es más, teniendo presentes tales medidas también resulta pertinente tener presente el fallo pronunciado años atrás por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el célebre caso *Rumasa*. Luce pertinente citar ese fallo, decíamos, porque en el presente caso a los destinatarios de la medida -y otro tanto ocurrió, *mutatis mutandis*, en el asunto *Rumasa*- se les negó el derecho a participar en el trámite que culminó con la expropiación forzosa de sus bienes por causa de la “artificial” transformación en acto legislativo de unas medidas que “por definición” debieron haber sido administrativas o judiciales. Y a la luz de ese dato, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sugirió o dio a entender que la *garantía* prevista por el artículo 6.1 del Convenio de Derechos Humanos, que le asegura al particular el derecho a *audiencia previa*, debía ser observada o respetada *incluso en sede legislativa*, particularmente cuando el trámite para la aprobación de las leyes tuviere por objeto una ley de contenido “singular” o “individual” -singular o individual porque afecta a un grupo limitado y determinado de sujetos-²⁵.

Con base en las premisas sentadas con anterioridad, pareciera posible afirmar que el Estado venezolano infringió la garantía de trato justo y equitativo al discutir, sancionar y promulgar una ley “singular” o “individual” a espaldas de los particulares, afectados por las

rídica, es decir, al derecho fundamental al Derecho, tiene rango o jerarquía constitucional (fallo de fecha 30 de octubre de 1997, asunto Luis Enrique Pages).

24 Ortino, Federico, From ‘non-discrimination’ to ‘reasonableness’: a paradigm shift in international economic law?, Jean Monnet Working Paper 01/05, en www.jeanmonnetprogram.org, pp. 36 y ss.

25 En su fallo el Tribunal constató, por una parte, que mediante decisión del 19 de diciembre de 1986 la Corte Constitucional española había sostenido -con dos votos salvados- que los artículos 1º y 2º de la Ley (expropiatoria) N° 7/1983 eran compatibles con el artículo 24 de la Constitución española, que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, pero al mismo tiempo reconoció que la expropiación legislativa -i.e., las realizadas mediante ley especial referida a un caso específico- limitaba los derechos de las personas afectadas (*Ruiz Mateos v. Spain judgment of 24 June 1993*, Series A N° 262). Consúltese Gallardo Castillo, María Jesús, “Rumasa ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 84, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1994, 613 y ss.

Copiado a la letra el artículo 6.1 del Convenio dispone que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

medidas expropiatorias *-rectius*, confiscatorias-, cuyas identidades eran conocidas de antemano o, en el peor de los casos, podían ser determinadas sin mayores contratiempos.

Sin perjuicio de lo ya aseverado, luce pertinente una reflexión complementaria, referida a la Disposición Transitoria Única de la Ley, que obliga al Ministerio con competencia en materia petrolera a coordinar acciones con las autoridades impositivas y del trabajo para "...identificar cualquier desviación de la legislación fiscal, convenios laborales y contratos vigentes". Una reflexión complementaria porque al tratarse de un *mecanismo de opresión*, esto es, un instrumento de *coerción y acoso indebidos* sobre los propietarios de las empresas sometidas a expropiación -una suerte de recordatorio sobre la "inconveniencia" de oponerse a la injusta Ley (*supra*, Capítulo V)-, la violencia que subyace o se oculta tras la letra de Disposición, eso entendemos nosotros, contradice abiertamente el deber del Estado de brindar un trato justo y equitativo²⁶.

Conforme a la jurisprudencia, pero sobre ello disertaremos *infra* (Capítulo VI, número 3), la infracción del derecho a un trato justo y equitativo obliga al Estado a pagar una indemnización (*compensation*) "completa, pronta y adecuada"²⁷.

2. Por lo que se refiere al derecho de propiedad y las garantías que han de rodear toda medida expropiatoria, cabe citar, a título de ejemplo, el artículo 4.1 del Acuerdo (BIT) Venezuela-Unión Económica Belgo-Luxemburguesa, que dispone textualmente:

"Medidas Privativas o Restrictivas de la Propiedad.

1.- Cada una de las Partes Contratantes se obliga a no adoptar ninguna medida de expropiación o nacionalización, ni cualquiera otra cuyo efecto sea desposeer directa o indirectamente a los inversores de la otra Parte Contratante de las inversiones que les pertenezcan en su territorio, salvo si cumplen las condiciones siguientes:

- a) que las medidas se adopten por razones de utilidad pública o de interés nacional;
- b) que las medidas sean adoptadas de conformidad con los procedimientos legales;
- c) que no sean ni discriminatorias, ni contrarias a un compromiso específico relativo al trato de una inversión;
- d) que vengan acompañadas de disposiciones que prevean el pago de una indemnización adecuada y efectiva".

Una detenida lectura de la norma transcrita *supra* evidencia que los BIT's contemplan una doble garantía: En primer lugar, con su regulación de la expropiación *de iure* o de Derecho (*Direct Taking*) salvaguardan el derecho de propiedad desde el punto de vista formal, porque se ocupan de las medidas estatales que comportan un cambio (formal) de titularidad. En segundo término, más allá de las formas, de las meras apariencias, con su regulación de la expropiación *de facto* o de hecho (*Indirect Taking*) garantizan la vigencia práctica o efectiva, la sustancia, del derecho de propiedad amparado por el Tratado²⁸.

26 Tudor, Ioana, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, 2008, p. 169.

27 Caso: *MTD Equity Sdn. Bhd. et al. v. República de Chile*, N° ARB/01/7, 25 de mayo de 2004, Sección 238.

28 *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, ECHR judgement of September 23rd, 1982, Series A, N° 52. También Curtis, Jr., Jerome J., "Comparison of the Regulatory Takings under the United States

Mencionamos ambas garantías porque más allá de la expropiación de *iure*, aún en trámite o proceso, que eventualmente culminará con la formal transferencia de título sobre bienes y empresas, la (inmediata) toma de “control” de las operaciones y bienes de las empresas de servicio ordenada por la Ley luce, todo apunta a ello, como una expropiación *de facto*, esto es, como una medida estatal que impide -y de manera permanente- el libre ejercicio de atributos esenciales del derecho de propiedad protegido por la Constitución y los BIT's. Vale la pena recordar en propósito, por una parte, que a través de la Resolución número 67, dictada en ejecución de la Ley, se instruye u ordena a Petróleos de Venezuela, S.A. a “...tomar el control de las operaciones y posesión inmediata de las instalaciones, documentación, bienes y equipos...” de las empresas expropiadas; y por la otra, que en la Resolución número 66, mediante la cual se creó el Comité Estratégico de Ejecución, órgano integrado única y exclusivamente por dependientes de PDVSA, se le encomendó a dicho Comité la tarea de determinar “...la forma de operación de los servicios y la modalidad de transferencia de los bienes...” expropiados. La administración de bienes y empresas ha sido secuestrada *lato et improprio sensu*. En palabras de Aldrich,

“...si bien es cierto que la toma de control de una propiedad por el Estado no permite concluir, de manera automática e inmediata, que la propiedad ha sido expropiada, y que, por tanto, se debe una compensación de acuerdo al Derecho internacional, *debe concluirse que ha mediado expropiación cuando los hechos acreditan que el dueño ha sido privado de atributos esenciales de su propiedad y esa privación no luce efímera*. La intención del Estado es menos importante que los efectos de las medidas sobre el dueño, y la forma de las medidas de control e interferencia es menos importante que su impacto real”²⁹.

En adición a lo ya dicho, cabe agregar que esa expropiación *de facto* es contraria al Derecho interno, porque comoquiera que no medió trámite judicial alguno para la ocupación de bienes y empresas, la medida de ocupación y toma de control no fue adoptada y ejecutada cumpliendo los requisitos concurrentes previstos por el artículo 115 de la Constitución venezolana. Esa forma de obrar contravino, pues, “...el debido proceso legal”³⁰.

3. Por lo que se refiere al derecho al pago de *justa compensación*, permítasenos citar ahora el Acuerdo (BIT) Venezuela-Gran Bretaña e Irlanda del Norte, a tenor del cual

“las inversiones de nacionales o sociedades de una Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación o a medidas que en sus efectos equivalgan a nacionalización o expropiación (que en lo sucesivo se denominan “expropiación”) en el territorio de la otra Parte Contratante salvo para fines públicos relacionados con las necesidades internas de dicha Parte Contratante, en forma no discriminatoria y con *indemnización pronta, adecuada y efectiva*. Dicha compensación equivaldrá al *valor real de la inversión* expropiada inmediatamente antes de la fecha de la expropiación o antes de la fecha en que se haga de conocimiento público la expropiación inminente, cualquiera que sea anterior; comprenderá los intereses al tipo comercial normal hasta la fecha en que se efectúe el pago; *se efectuará sin*

Constitution and the European Convention on Human Rights”, *European Law Review*, Volume 14, Sweet & Maxwell, London 1989, p. 73.

29 *ITT Industries, Inc. v. The Islamic Republic of Iran et al.* (Concurring Opinion), en Aldrich, George H., *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Clarendon Press, Oxford 1996, pp. 175 y 176. En idéntico sentido, consúltese Case: *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica*, N° Arb/96/1, Final Award, February 17th, 2000, Paragraph 77.

30 Artículo 4.1 del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Federativa del Brasil para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (*Gaceta Oficial* N° 36.268 del 13 de agosto de 1997).

demora, y será efectivamente realizable y libremente transferible. El nacional o sociedad afectada tendrá derecho, en virtud de las leyes de la Parte Contratante que efectúe dicha expropiación, a una pronta revisión, por parte de una autoridad judicial u otra autoridad independiente de dicha Parte Contratante, de su caso y del avalúo de su inversión de conformidad con los principios establecidos en este párrafo”³¹.

Por lo que se refiere a la determinación de la justa indemnización otros Bit’s emplean una redacción un tanto diferente. En efecto, el Acuerdo (BIT) Venezuela-Francia dispone que “todas las medidas de expropiación que pudieran tomarse deben dar lugar al pago de una pronta y adecuada *indemnización* cuyo monto, *igual al valor real de las inversiones* en cuestión...”, precisando luego que dicho valor “...debe ser *tasado con relación a la situación económica normal* que prevalecía antes de que se hiciera pública toda amenaza de medidas de expropiación”³². Por su parte el Acuerdo (BIT) Venezuela-Canadá dispone que la “...compensación se basará en el *valor genuino de la inversión* o de *las ganancias expropiadas* inmediatamente *antes de la expropiación* o al momento en que la expropiación propuesta se haga del conocimiento público...”³³.

¿Qué significan esas previsiones? ¿Cómo han de ser interpretadas? El punto de partida es el asunto *Chorzów Factory*³⁴, en el que se sostuvo que cuando media expropiación el Estado, conforme a la regla de la *restitutio in integrum*, se halla obligado a reparar todos y cada uno de los daños sufridos por el dueño de la propiedad expropiada. En su fallo la Corte Permanente de Justicia Internacional precisó que hasta donde ello sea posible, la indemnización debe *borrar todas las consecuencias del acto* ilegal y *reestablecer la situación* que hubiera existido si el acto expropiatorio no hubiera sido dictado.

Por consiguiente, para determinar la indemnización resulta necesario valorar, entre otros activos, los derechos contractuales de la empresa expropiada -en nuestro caso, los contratos de servicio extinguidos³⁵- y otros bienes intangibles, tales como el *goodwill* y las proyecciones o perspectivas económicas futuras -y, en nuestro caso, también los permisos, autorizaciones y registros transferidos al Estado-.

La jurisprudencia arbitral más reciente ha interpretado esas fórmulas de valoración de la siguiente manera:

“La pérdida sufrida por el demandante es el estándar general comúnmente utilizado por el Derecho internacional cuando se trata de [medir los] perjuicios a la propiedad, lo que usualmente incluye el capital, la *pérdida de ganancias* y los gastos... Dependiendo de las circunstancias, varios métodos han sido utilizados por los tribunales para determinar la compensación que debe ser pagada, pero el concepto general sobre el cual se basa la valoración comercial de los activos es el de “*justo valor de mercado*”.

En el ámbito internacional dicho concepto tiene una definición reconocida que reza así:

31 Artículo 5(1), (*Gaceta Oficial* N° 36.010, del 30 de julio de 1996).

32 Artículo 5.1 (*supra*, nota a pie de página N° 16).

33 Artículo VII, numeral 1° (*Gaceta Oficial* N° 5.207 Extraordinaria, del 20 de enero de 1998).

34 *Chorzów Factory (Germany v. Poland)* 1928 P.C.I.J., Ser. A. N° 17 (Judgement of 13 September 1928), luego confirmado, entre muchos otros, por *Amoco International Finance Corp. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, et al.* (Aldrich, George H., *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Clarendon Press, Oxford 1996, pp. 230-234).

35 *Leena Goldfields, Ltd. V, Russia* (Judgment of 3 September 1930), reproducido en Cornell L.Q. 42, 51-52 (1950).

“el precio, en dinero efectivo, en el que, en un mercado abierto y sin restricciones, el derecho de propiedad cambiaría de manos entre un hipotético vendedor y un hipotético comprador no relacionados entre sí, cuando ninguno de ellos está compelido a comprar o vender y cuando ambos, siendo legalmente capaces para obligarse, tienen un razonable conocimiento de los hechos relevantes”³⁶ (el resaltado es nuestro).

Los BIT's citados *supra* incorporan la Cláusula Hull -*Hull Clause* o *Hull Standard*, porque el primero en formularla fue el Secretario de Estado norteamericano Cordell Hull “...que supone “completa, pronta y adecuada” compensación”, y que, por tanto, exige que la indemnización adeudada al inversionista sea determinada de acuerdo a “...estándares basados en el mercado...”³⁷.

La conclusión es obvia: El método de valoración propuesto por la Ley es manifiestamente contrario a la letra y el espíritu de los compromisos asumidos por el Estado venezolano de acuerdo a los BIT's y el *Derecho Global*. Afirmamos que el “valor en libros” o *book value* de los bienes o activos empresariales -criterio, hoy en día en “desuso” por causa de la aprobación y ratificación de los BIT's, empleado en diferentes transacciones celebradas tras la expropiación de la industria petrolera, principalmente en 1973- es manifiestamente contrario al Derecho Global, porque ignora la existencia de otros activos empresariales (intangibles), como son los derechos contractuales, las patentes, el *know-how* y el *goodwill*, y porque ignora, además, que los bienes expropiados, lejos de ser bienes aislados o inconexos destinados a ser luego vendidos o enajenados individualmente, en realidad forman parte integrante de una empresa -i.e., de un *ongoing concern*- productora de rentas³⁸. Así las cosas, por lo que se refiere a los inversionistas internacionales protegidos, el método de valoración es -lisa y llanamente- ilegal, esto es, arbitrario. Vale la pena tener presente que de acuerdo al artículo 31 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado establece:

“Reparación

1. El Estado responsable tiene la obligación de reparar de manera íntegra los perjuicios causados por un acto contrario al Derecho Internacional. 2. Perjuicio incluye cualquier daño, tanto material como moral, causado por el acto estatal contrario al Derecho Internacional”³⁹.

36 Case: *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* N° ARB/01/8, May 12th, 2005, Paragraph 402). En idéntico sentido, consúltense los asuntos Caso: *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, N° ARB/87/3, 27 de junio de 1990, sección 96 (“In the absence of a stock market... the evaluation of the shares owned by AAPL in Serendib has to be established by the alternative method of determining what was the reasonable price a willing purchaser would have offered to AAPL to acquire its share[s]...”); y, James Saghí (en Bishop, R. Doak, Crawford, James y Reisman W. Michael, “Foreign Investment Disputes”, *Kluwer Law International*, The Hague (The Netherlands), 2005, p. 854). Véase también a Bergman, Mark S., *Bilateral Investment Protection Treaties: An Examination of the Evolution and Significance of the U.S. Prototype Treaty*, 16 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 1 1983-1984, p. 40.

37 Van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford 2007, p. 91.

38 Bishop, R. Doak, Crawford, James y Reisman W. Michael, *op.cit.*, p. 1349. En contra de este criterio de valoración también se pronuncian McLachlan, Campbell, Shore, Laurence y Weiniger, Matthew, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, p. 320.

39 Crawford, James, *The International Law Commissions's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge (United Kingdom) 2005, p. 201.

VII. UNA REFLEXIÓN FINAL: EL DECRETO-LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER INVERSIONES

¿Qué cabe decir de los nacionales expropiados, habida consideración que los venezolanos, por su nacionalidad, no pueden invocar (directamente) los BIT's suscritos y ratificados por la Nación venezolana?

A nuestro entender, la respuesta a dicha pregunta se encuentra en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolano⁴⁰, cuyo artículo 10 textualmente dispone que “las inversiones y los inversionistas venezolanos tendrán derecho a un trato no menos favorable que el otorgado a las inversiones internacionales, o a los inversionistas internacionales, según corresponda, en circunstancias similares”, porque en esta previsión legal, que *equipara* los inversionistas nacionales a los extranjeros, encuentra su justificación -esa es su *ratio*- en el hecho de que el origen de los capitales y de las inversiones *no* constituye *criterio válido* -esto es, razonable- para brindarle a los nacionales un trato dispar e inferior al reconocido a los extranjeros.

El Decreto-Ley para la promoción y protección de inversiones establece, dicho sea de paso, que las inversiones, tanto nacionales como internacionales, tendrán derecho a un *trato justo y equitativo*, conforme a las normas y criterios del derecho internacional, y que no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias que obstaculicen su mantenimiento, gestión, utilización, disfrute, ampliación, venta o liquidación; que sólo se realizarán *expropiaciones* de inversiones, o se aplicarán a éstas medidas de efecto equivalente a una expropiación, por causa de utilidad pública o de interés social, *siguiendo el procedimiento legalmente establecido* a estos efectos, de manera no discriminatoria y mediante una *indemnización pronta, justa y adecuada*; que la indemnización será equivalente al *justo precio* que la inversión expropiada tenga inmediatamente antes del momento en que la expropiación sea anunciada por los mecanismos legales o hecha del conocimiento público, lo que suceda antes; que la indemnización, que incluirá el pago de intereses hasta el día efectivo del pago, calculados sobre la base de criterios comerciales usuales, se abonará sin demora; y, que las indemnizaciones a que haya lugar con motivo de expropiaciones de inversiones internacionales serán abonadas en *moneda convertible* y serán libremente transferibles al exterior (artículos 6º y 11).

40 *Gaceta Oficial* N° 5.390, del 22 de octubre de 1999.