

Sección IV: Régimen de la Minería del Oro

La regulación de la reserva del Estado de las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y su impacto sobre los medios de resolución de controversias

Víctor Rafael Hernández-Mendible

*Profesor en la Universidad Católica Andrés Bello
y en la Universidad Monteávila (Venezuela)*

Resumen: *La nueva regulación de la actividad minera del oro ha implicado su estatización, la extinción anticipada de los títulos jurídicos habilitantes, la obligación de migrar de los operadores de sociedades privadas a sociedades mixtas, mediante la cesión forzosa al Estado de un porcentaje mayoritario de sus acciones y la pretendida modificación unilateral de los medios de resolución de controversias.*

Palabras claves: *Estatización – empresas mixtas – resolución de controversias – arbitraje.*

Abstract: *The new regulation of gold mining has led to its nationalization, the early extinguishment of enabling legal title; the obligation of operators to migrate from private companies to joint ventures by the State forced the transfer of a majority of their actions and the alleged unilateral change of the means of dispute resolution.*

Keywords: *Nationalization – joint ventures – dispute resolution – arbitration.*

I. INTRODUCCIÓN

Las elecciones parlamentarias del día 26 de septiembre de 2010, en las que los votantes manifestaron su voluntad de cambiar la composición de las fuerzas políticas que integrarían la Asamblea Nacional, para representarlos en el período constitucional legislativo 2011-2015, generó dos hechos constitucionalmente ilegítimos por ser contrarios a la existencia de una sociedad realmente democrática y constituir un manifiesto fraude al Estado de Derecho establecido en la Constitución de la República.

Del primer hecho se ha dado cuenta en anterior oportunidad y consistió en que el Poder Legislativo en funciones, en una burda manipulación jurídica procedió a reimprimir por “supuestos errores materiales” la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el día 1° de octubre de 2010, modificando los lapsos para la designación de los nuevos magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, antes de que se instalase la nueva Asamblea Nacional y así proceder de manera inmediata al nombramiento de tales jueces¹.

¹ Hernández-Mendible, Víctor R. Sobre la nueva reimpresión por “supuestos errores” materiales de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, octubre de 2010, *Revista de Derecho Público* N° 124,

El segundo hecho realizado en fraude a la Constitución, fue que durante el período de sesiones ordinarias de septiembre a diciembre de 2010, la Asamblea Nacional convocó a sesiones extraordinarias para la época de vacaciones legislativas, correspondiente al período de transición para la instalación de la nueva Asamblea Nacional resultante de las elecciones del pasado septiembre y procedió a aprobar en fraude a la Constitución de la República, un conjunto de leyes que son absolutamente nulas por violar la norma suprema y entre ellas cabe destacar que motivado en la espuria razón de las constantes lluvias que estaban cayendo en el país y en la necesidad de afrontar la emergencia producida por las mismas, expidió la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con rango, valor y fuerza de Ley, en las materias que se delegan², durante un período de 18 meses –por 6 meses más del tiempo solicitado por propio Ejecutivo Nacional–, dejando hipotecada la función legislativa de la Asamblea Nacional, en especial en lo concerniente a las leyes que requerían mayoría calificada, durante ese tiempo.

En supuesta ejecución de la inconstitucional Ley habilitante se han dictado un importante número de decretos con rango, valor y fuerza de ley, que por razones de espacio no serán objeto de este análisis, pues éste se circunscribirá a realizar algunos comentarios al Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a éstas (Decreto-Ley de Estatización)³⁻⁴.

Este texto normativo viene a modificar el régimen de la actividad aurífera minera contenida en la Ley de Minas⁵, dictada de manera concomitante al debate llevado a cabo en el proceso constituyente, que condujo a la expedición de la Constitución de 1999⁶ y al posterior Reglamento de la Ley de Minas⁷, que habían regulado el régimen de propiedad de las mismas, de su administración, así como de los títulos habilitantes que se podían otorgar a los particulares, para la exploración, la explotación y la comercialización de los minerales en general.

El Decreto-Ley de Estatización de la actividad aurífera minera, contribuye a la política de estatización de las actividades económicas que viene realizando el Estado y que cuenta con antecedentes en las actividades económicas petroleras⁸, eléctricas⁹, siderúrgicas¹⁰ y del cemento¹¹.

Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010, pp. 110-111; Silva Aranguren, Antonio. Tras el rastro del engaño en la web de la Asamblea Nacional, *Revista de Derecho Público N° 124*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010, pp. 112-113.

2 *Gaceta Oficial* N° 6.009 Extraordinario, de 17 de diciembre de 2010.

3 *Gaceta Oficial* N° 39.759, de 16 de septiembre de 2011.

4 Brewer-Carías, Allan R. “Comentarios sobre la Ley orgánica de nacionalización de la minería del oro y de la comercialización del oro”, *Revista de Derecho Público N° 127*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 65-77.

5 *Gaceta Oficial* N° 5.382, de 28 de septiembre de 1999.

6 *Gaceta Oficial* N° 5.453, de 24 de marzo de 2000, enmendada según *Gaceta Oficial* N° 5.908, de 19 de febrero de 2009.

7 *Gaceta Oficial* N° 37.155, de 9 de marzo de 2001.

8 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, *Gaceta Oficial* N° 38.632, de 26 de febrero de 2007; 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 Conve-

En razón de ello, el presente análisis se hará teniendo como referencia dos circunstancias concretas: Por una parte, que el Decreto-Ley persigue la expansión de la política de estatización de todos los sectores vinculados con las actividades primarias de la economía del país; y por la otra, la supresión progresiva de cualquier medio de resolución de controversias entre los inversionistas y el Estado, distintos a los tribunales de la República.

En aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas, el presente trabajo se dividirá en los siguientes aspectos a saber: Los derechos del Estado sobre la actividad minera (II); la reforma del régimen de exploración y explotación de la actividad minera del oro (III); los modos de resolución de las controversias entre los inversionistas afectados por la estatización y el Estado (IV); y las consideraciones finales (V).

II. LOS DERECHOS DEL ESTADO SOBRE LA ACTIVIDAD MINERA

Conforme a la evolución histórica constitucional, en la actualidad los yacimientos mineros son considerados propiedad de la República y como tales bienes del dominio público, inalienables e imprescriptibles¹²—así lo reitera la legislación sectorial¹³—, de donde se deriva que tanto su regulación y administración como su aprovechamiento es una competencia del Poder Nacional¹⁴, quien en atención a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, puede otorgar concesiones por tiempo determinado para su explotación, siempre que se establezcan contraprestaciones adecuadas al interés público¹⁵ y que se tenga presente la obligación de conservar el equilibrio ecológico y de restablecer el ambiente a su estado natural, si éste resultare alterado¹⁶.

En atención a ello, la Ley de Minas de 1999 dispuso que las actividades de exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos minerales sólo podrían realizarse bajo las siguientes modalidades¹⁷:

- a) Directamente por el Ejecutivo Nacional;
- b) Concesiones de exploración y subsiguiente explotación;

nios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas, *Gaceta Oficial* N° 38.785 de 8 de octubre de 2007; Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos, *Gaceta Oficial* N° 39.173, de 7 de mayo de 2009.

9 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico, *Gaceta Oficial* N° 38.736, de 31 de julio de 2007, reformada según *Gaceta Oficial* N° 39.493 de 23 de agosto de 2010.

10 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas que Desarrollan Actividades en el Sector Siderúrgico en la Región de Guayana, *Gaceta Oficial* N° 38.928, de 12 de mayo de 2008.

11 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas Productoras de Cemento, en los términos que en él se indica, *Gaceta Oficial* N° 5.886, de 18 de junio de 2008.

12 Artículo 12 de la Constitución.

13 Artículos 2 de la Ley de Minas y 3 del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a éstas.

14 Artículo 156.16 de la Constitución.

15 Artículo 113 de la Constitución.

16 Artículo 127 de la Constitución.

17 Artículo 7 de la Ley de Minas.

- c) Autorizaciones de explotación para el ejercicio de la pequeña minería;
- d) Mancomunidades mineras; y,
- e) Minería artesanal.

Como se puede apreciar, el Estado como propietario de todos los yacimientos mineros y como su administrador estableció dos posibles modalidades de gestión de la actividad minera: Una directa, realizada por el Ejecutivo Nacional; y otra desarrollada por los particulares previo otorgamiento de título jurídico habilitante de concesión para la minería en gran escala, autorización para la pequeña minería, así como de la aprobación a los pequeños mineros para la constitución de mancomunidades o de desarrollo de la minería artesanal.

En este orden de ideas, la Ley y el reglamento consideran actividades conexas o auxiliares de la actividad minera, el almacenamiento, la tenencia, el beneficio, el transporte, la circulación y el comercio de los minerales, que estarán sometidas a la vigilancia, inspección y reglamentación por parte del Ejecutivo Nacional. Además se establece que cuando así con venga al interés público, éste podía reservarse mediante decreto, cualquiera de dichas actividades con respecto a determinados minerales¹⁸.

Cuando las actividades conexas o auxiliares de la actividad minera sean prestadas a terceros como actividad lucrativa, éstas revisten el carácter de servicio público¹⁹ y estarán sujetas al pago de las tarifas que establezca el Ministerio de Industrias Básicas y Minería²⁰.

Esto plantea que el Estado respecto a los recursos minerales puede asumir distintas decisiones:

En primer lugar, el Ejecutivo Nacional podría optar por no explorar, ni explotar tales recursos ni directa, ni indirectamente, es decir, no realiza actividad minera alguna a través de las distintas expresiones de organización que posee y se abstiene de otorgar nuevos títulos jurídicos habilitantes para el desarrollo de la actividad minera, por no encontrarse en los planes de la política económica.

En segundo término, el Ejecutivo Nacional podría optar por realizar las actividades primarias de la siguiente manera:

1. La exploración y explotación directa, que permite la posibilidad que el Ejecutivo Nacional mediante Decreto –esto fue modificado posteriormente por el artículo 302 de la Constitución– se reserve, siempre que considere que ello conviene al interés público, determinadas sustancias minerales y áreas que las contengan, para explorarlas o explotarlas directamente por órgano del Ministerio de Industrias Básicas y Minería o mediante entes de la exclusiva propiedad de la República²¹.

18 Artículo 86 de la Ley de Minas.

19 Sobre la concepción actual del servicio público en Venezuela, véase Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General. Servicios Públicos*, Ediciones Paredes, Caracas, 2010; AA.VV., (Dir. Víctor R. Hernández-Mendible), *Los Servicios Públicos Domiciliarios*, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila, Caracas, 2012.

20 Artículo 87 de la Ley de Minas.

21 Artículo 23 de la Ley de Minas.

2. La exploración y explotación indirecta, en virtud de la cual el Ejecutivo Nacional en desarrollo de la política económica, procede a otorgar los títulos jurídicos habilitantes para la realización de las actividades de exploración y explotación por los particulares.

Una vez otorgados a los particulares los derechos de exploración y explotación de los recursos minerales, estos tienen validez y vigencia plena, debiendo solo extinguirse conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico.

En caso que el Ejecutivo Nacional resuelva introducir un cambio en la política económica en el sector minero, en los títulos jurídicos habilitantes que se encuentren vigentes, así como en los derechos y obligaciones que se derivan de ellos o pretenda no continuar la exploración y explotación indirecta, deberá actuar conforme a los principios de seguridad jurídica, racionalidad, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad para negociar con los titulares de dichos derechos la extinción anticipada de aquellos títulos jurídicos habilitantes y establecer las respectivas indemnizaciones, siempre con sujeción al ordenamiento jurídico.

No obstante, el Ejecutivo Nacional ha elegido la vía más extrema para poner fin a los derechos de exploración y explotación otorgados en la actividad minera aurífera, al establecer una reserva a través del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las actividades conexas y auxiliares a éstas; ha dispuesto unilateralmente la extinción anticipada de los títulos jurídicos habilitantes existentes, la obligación de migrar a empresas mixtas, es decir, la constitución de sociedades público-privadas, con mayoría accionarial estatal, por parte de quienes pretendieren seguir realizando la actividad minera aurífera²².

Sin duda que ello atiende a un cambio en la política económica para el desarrollo de la actividad minera del oro, que conduce a indagar qué existe detrás de esta decisión.

III. LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LA ACTIVIDAD MINERA DEL ORO

Lo primero que cabe destacar es que al Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares (Decreto-Ley de Estatización) a éstas se le otorga rango “orgánico” con la pretendida finalidad de cumplir con la Constitución, que siendo posterior a la Ley de Minas, exige que la reserva se realice mediante Ley Orgánica.

En anteriores oportunidades he expresado la convicción respecto a que el Ejecutivo Nacional no tiene constitucionalmente atribuida la potestad para dictar un decreto con rango, valor y fuerza de ley que tenga carácter “orgánico”, sin embargo ello no ha sido aceptado por el Tribunal Supremo de Justicia²³.

Es por ello que no bastando un simple Decreto del Presidente de la República, dictado en consejo de ministros o suscrito por el ministro del ramo, como lo reguló la Ley de Minas, para que quedará reservado el mineral del oro, así como las actividades de exploración, ex-

22 El antecedente a este texto normativo, ha sido comentado por Allan R. Brewer-Carías, Una “estatización” petrolera en 2006-2007 mediante la terminación unilateral y anticipada de los contratos operativos y de asociación respecto de las actividades primarias de hidrocarburos, *Nacionalización, Libertad de empresa y Asociaciones Mixtas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 125-190.

23 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 1971, de 16 de enero de 2001.

plotación, las conexas y las auxiliares para su aprovechamiento exclusivo por el Estado, correspondía al Poder Legislativo nacional como se hizo en materia del sector hidrocarburos, expedir una ley orgánica que estableciese la reserva.

Además cabe señalar que el referido Decreto-Ley de Estatización que establece la reserva, no guarda ninguna relación con los motivos que pretendieron justificar el otorgamiento de la habilitación legislativa al Ejecutivo Nacional en diciembre de 2010, pues para la época de su expedición ya habían cesado las lluvias y además porque dicha reserva en nada contribuía a paliar la crisis de las viviendas y las inundaciones generadas por aquellas lluvias.

El Decreto-Ley de Estatización produce entre sus efectos inmediatos la derogación de todas las disposiciones que colidan con él y establece que tales normas son de orden público, por lo que se aplican con preferencia a cualquier otra del mismo rango, mientras la Ley de Minas y su reglamento, se aplicarán supletoriamente a lo que no se encuentre expresamente contemplado en este Decreto-Ley de Estatización²⁴.

Dado que no existe un texto previo que sirva de exposición de motivos, para entender las razones que llevaron a su expedición, la misma habría que buscarla en el contexto político-jurídico que precede a este Decreto-Ley de Estatización.

Al respecto cabe recordar las declaraciones efectuadas por el Presidente de la República el día 17 de agosto de 2011²⁵, es decir, seis días antes de la expedición del Decreto Ley N° 8.413, de 23 de agosto de 2011 (Decreto-Ley de Estatización), en las cuales exponía su intención de “nacionalizar” el oro para convertirlo en reservas internacionales y en esa misma oportunidad expresó su intención de traer al país las reservas internacionales en oro, que se encontraban en el exterior.

Es pertinente contextualizar que a raíz de los acontecimientos que se originaron en Libia con motivo de la primavera árabe, el Presidente de la República había hecho esta amenaza de trasladar las reservas internacionales en oro –ante el temor de experimentar las mismas consecuencias del dictador libio–, pues producto de las revueltas en dicho país exigiendo democracia, el dictador Muamar Al-Khadaffi resolvió reprimir violentamente a la población, lo que llevó a que fuese acusado ante la Corte Penal Internacional por haber incurrido en violación sistemática y masiva de los derechos humanos de los habitantes de su país y además

24 Artículos 36 y 37 del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a éstas.

25 El periódico www.eluniversal.com en la sección de economía, del día 18 de agosto de 2011, recoge las declaraciones del día anterior del Presidente de la República, quien reiteró su amenaza efectuada un año atrás, de retirar las concesiones para la explotación minera de oro en el país, oportunidad en la que había acusado a las empresas mineras de dañar el ambiente y violar los derechos de los trabajadores. En esta ocasión expresó que nacionalizaría la exploración y explotación de oro, que estaban desarrollando tanto empresas públicas como privadas bajo el régimen de concesiones. Así afirmó que “vamos a nacionalizar el oro y vamos a convertirlo entre otras cosas en reservas internacionales” y agregó que “pronto voy a aprobar una ley habilitante... para comenzar a tomar la zona del oro”, con la finalidad de combatir las “mafias” y el “contrabando”, así finalmente sostuvo que “La ley del oro reserva al estado las actividades de exploración y explotación del oro y regula las empresas mixtas”.

En esa misma publicación y fecha, también se recogen las declaraciones del Presidente de la República en el que manifestó que había ordenado trasladar al Banco Central de Venezuela 211,35 toneladas de oro que el país tiene depositadas en entidades financieras del exterior y representan la mayor parte de las reservas internacionales, para buscar la protección de los activos de la República ante la crisis que atraviesan Estados Unidos y Europa, donde está colocado el oro a ser transferido.

generó la reacción de los países occidentales de congelar las cuentas y bienes del dictador en los territorios europeos –26 de febrero de 2011, por la ONU y 28 de febrero de 2011, por la Unión Europea–, para que no siguiese comprando armas para utilizarlas contra la población civil.

Es por ello que al estudiar el artículo 1 del Decreto-Ley de Estatización, se aprecia que más que contener el objeto del mismo, parece una combinación de objeto con exposición de motivos, donde se expresa una intención que no es cierta, pues se dice que el texto normativo tiene “...el propósito de revertir los graves efectos del modelo minero capitalista, caracterizado por la degradación del ambiente, el irrespeto de la ordenación territorial, el atentado a la dignidad y la salud de las mineras y mineros y pobladoras y pobladores de las comunidades aledañas a las áreas mineras, a través de la auténtica vinculación de la actividad de explotación del oro con la ejecución de políticas públicas que se traduzcan en el vivir bien del pueblo, la protección ambiental y el desarrollo nacional”.

Más allá de evidenciar una lamentable técnica legislativa, al analizar esta redacción la doctrina científica ha sido contundente al advertir la falsedad implícita en la misma, al sostener que no es posible imputarle al “modelo minero capitalista” tan perjudiciales consecuencias “pues si ha habido en Venezuela un sector de la economía altamente intervenido por el Estado, esa ha sido precisamente la minería del oro. Esos efectos, si existen, sólo son atribuibles al propio Estado por falta de cumplimiento de las previsiones de la ley. Basta recordar las previsiones del artículo 5 de la Ley de Minas, donde se dispone ‘que las actividades mineras reguladas por dicha Ley, se deben llevar a cabo científica y racionalmente, procurando siempre la óptima recuperación o extracción del recurso minero, con arreglo al principio del desarrollo sostenible, la conservación del ambiente y la ordenación del territorio’, imponiéndose a los titulares de derechos mineros, además de la observancia de la Ley, las siguientes obligaciones que el Estado estaba en la obligación de exigir...”²⁶.

Es por ello que se considera que el trasfondo del Decreto-Ley de Estatización de la actividad aurífera, no era eliminar el contrabando del mineral, proteger el ambiente o mejorar la calidad de vida de las personas que realizan o se encuentran relacionadas con la actividad, lo que realmente se pretendió y se hizo fue justificar políticamente la “nacionalización” de las reservas internacionales, mediante la transferencia de tales reservas al país, para supuestamente ejercer la soberanía sobre las mismas y eliminar el temor no expresado jurídicamente del riesgo de embargos internacionales futuros.

Evidentemente, la nueva regulación al no respetar los derechos adquiridos que había otorgado el Estado con anterioridad a su expedición, ha venido a afectar a los operadores económicos que tenían títulos jurídicos habilitantes para realizar tanto las actividades primarias de exploración y explotación, así como las actividades conexas respecto a la actividad aurífera, lo que ha supuesto una afectación de las inversiones e incluso la dificultad tanto de su recuperación, como de la legítima ganancia razonable por el negocio jurídico desarrollado conforme a la ley vigente al momento de su realización.

Esto plantea la necesidad de analizar sucintamente lo relacionado con los medios de solución de controversias entre el Estado y los afectados por el Decreto-Ley de Estatización del mineral del oro.

26 Brewer-Carías, Allan R. Comentarios sobre la Ley orgánica de nacionalización de la minería del oro y de la comercialización del oro, *Revista de Derecho Público* N° 127, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 67.

IV. LOS MODOS DE RESOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS ENTRE LOS INVERSIONISTAS AFECTADOS POR LA ESTATIZACIÓN Y EL ESTADO

El Estado se encuentra en el legítimo derecho de utilizar o no sus bienes y recursos naturales y de otorgar o extinguir los derechos para su explotación por los particulares, siempre que ello no implique sacrificios injustos, desproporcionados e irracionales para quienes de buena fe y confiados en las normas jurídicas existentes, emprendieron una actividad empresarial bajo la vigilancia, supervisión, control y regulación del propio Estado.

Es así que como el legislador al establecer el régimen general de las minas, dispuso en el artículo 33 de la Ley de Minas, que “En todo título minero se considera implícita la condición de que las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la concesión y que no puedan ser resueltas amigablemente por ambas partes, incluido el Arbitraje, serán decididas por los Tribunales competentes de la República de Venezuela, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”.

Esta disposición contempla tres modalidades para la resolución de los conflictos entre inversionistas titulares de derechos mineros y el Estado.

El primero, la resolución amigable, mediante la libre y voluntaria negociación²⁷, conciliación o mediación²⁸ de la diferencia surgida entre ambos, que puede llevar a la interpretación concurrente, la modificación pactada o incluso a la terminación de mutuo acuerdo de la relación jurídica.

La segunda, sería la posibilidad de acudir al arbitraje, como medio alternativo de resolución de controversias, conforme a la previsión del artículo 258 de la Constitución. En tal sentido, el legislador en distintas leyes ha reconocido como mecanismo para resolver conflictos entre partes el arbitraje²⁹, tanto el contemplado a nivel internacional como nacional, que además puede ser institucional o independiente.

La tercera, consiste en acudir a los tribunales competentes, que no son otros que aquellos que integran el orden jurisdiccional contencioso administrativo o el orden jurisdiccional constitucional, según lo dispuesto en los artículos 259 y 336 de la Constitución respectivamente, así como de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa³⁰ y de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia³¹.

27 Mathews Rodríguez, Duilio D. La negociación como medio alterno de resolución de conflictos, *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*, (Dir. Allan R. Brewer-Carías y Víctor R. Hernández-Mendible), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 669-694.

28 Respecto a la conciliación y mediación en el marco de un proceso administrativo ya instaurado, puede consultarse Ramón Alfredo Aguilar C., La conciliación en el proceso contencioso administrativo, *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*, (Dir. Allan R. Brewer-Carías y Víctor R. Hernández-Mendible), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 695-723.

29 Torrealba R. José Gregorio, Comentarios sobre algunos problemas actuales del arbitraje con Estados u otros entes públicos, *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*, (Dir. Allan R. Brewer-Carías y Víctor R. Hernández-Mendible), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 653-668.

30 *Gaceta Oficial* N° 39.451, de 22 de junio de 2010.

31 *Gaceta Oficial* N° 39.522, de 1 de octubre de 2010.

El Decreto-Ley de Estatización del oro modifica parcialmente las reglas en materia de resolución de controversias al disponer, que aquellas que se deriven de todos los hechos y actividades realizados en ejecución de dicho texto normativo se rigen por las leyes de la República³² y quedarán de manera exclusiva y excluyente sometidas a la jurisdicción de sus tribunales, conforme a las previsiones de la Constitución³³.

Al analizar esta redacción, la doctrina científica advierte que si bien el Estado deja claro que no renuncia a la jurisdicción venezolana, esto no supone de manera alguna “la anulación en virtud de la Ley Orgánica de las cláusulas que hubieran podido haber sido insertas en la concesiones o contratos mineros cuya terminación anticipada y unilateral se ha resuelto por la Ley Orgánica, por ejemplo, relativas a la sumisión de las controversias que deriven de la ejecución, cumplimiento e incumplimiento de las mismas a alguna jurisdicción arbitral, incluso fuera de Venezuela, como lo autoriza el artículo 151 de la Constitución” y seguidamente concluye que tampoco implica que “los inversionistas extranjeros que tengan posibilidad de acceso a alguna jurisdicción arbitral internacional, no pueden acudir a la misma en virtud de las previsiones de la Ley de protección y promoción de inversiones de 1999 o de algún Convenio Bilateral de protección de Inversiones que pueda protegerlos”³⁴.

Conforme a ello, dada la imposibilidad de otorgarle efectivos retroactivos al Decreto-Ley de Estatización del oro, éste debe regir hacia el futuro, en virtud de lo cual, las relaciones jurídicas nacidas con anterioridad a la misma se encuentran sometidas a las normas y cláusulas vigentes al momento de su celebración, pues la reforma legal aunque declara de orden público las disposiciones que la comprenden, por mandato constitucional rige hacia el futuro, pero jamás puede tener efecto retroactivo. Ello lleva a distinguir dos escenarios:

El primero, se encuentra vinculado con las relaciones jurídicas establecidas entre el Estado y los inversionistas bajo la regulación minera anterior al Decreto-Ley de Estatización del oro, las cuales deben regirse por las leyes vigentes al momento en que surgieron los respectivos negocios jurídicos.

El segundo, está vinculado con las relaciones jurídicas que nacieron a partir del momento en que los inversionistas resolvieron someterse a la nueva regulación; migrar a las empresas mixtas, cediendo al Estado el 55% de su capital social conforme les impone el Decreto-Ley de Estatización del oro; así como cumplir con el régimen jurídico aplicable a estas sociedades.

En el primer escenario, la resolución de los conflictos surgidos por la terminación forzosa y anticipada de la relación jurídica existente entre el Estado y los particulares inversionistas debe regirse por el artículo 33 de la Ley de Minas y lo dispuesto expresa o implícitamente en el título jurídico habilitante.

32 Esto reitera el Principio general del Derecho conocido como territorialidad de la ley, que tiene reconocimiento expreso en el artículo 8 del Código Civil, según el cual “la autoridad de la ley se extiende a todas las personas nacionales o extranjeras que se encuentren en la República”.

33 Artículo 34 del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a éstas.

34 Brewer-Carías, Allan R. Comentarios sobre la Ley orgánica de nacionalización de la minería del oro y de la comercialización del oro, *Revista de Derecho Público* N° 127, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 77.

Es así que si se trata de un inversionista internacional, se puede acudir al arbitraje de la siguiente manera:

Una modalidad para hacerlo es conforme a lo que dispongan los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones, en caso que existan, que podrían remitir al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI); al Convenio constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o a los arbitrajes especiales conforme a las Reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI).

La otra modalidad es aplicando lo dispuesto en la Ley para la promoción y protección de las inversiones y la Ley de arbitraje comercial, en tanto no existan los tratados bilaterales antes mencionados.

En caso de tratarse de un inversionista nacional, dado que por mandato expreso de la Ley de Minas, se considera implícita la cláusula de arbitraje como medio de resolución de controversias, resultaría aplicable el arbitraje nacional, conforme a las leyes antes mencionadas o la vía jurisdiccional ante los órganos competentes.

En el segundo escenario, la resolución de los conflictos surgidos con los inversionistas internacionales o nacionales que hayan migrado al nuevo régimen de regulación de la actividad aurífera conforme a las disposiciones del Decreto-Ley de Estatización del oro, en principio, quedarán sometidos de manera exclusiva y excluyente a la jurisdicción de los tribunales según las previsiones contenidas en la Constitución, siempre que no exista ningún tratado bilateral de protección de inversiones, que existiendo los inversionistas renuncien expresamente a su protección o que haya sido objeto de denuncia por el Estado venezolano y en consecuencia no resulte aplicable.

V. CONSIDERACIONES FINALES

No se pueden terminar estos comentarios sin referirse a la especial situación generada durante el presente año con motivo de los conflictos que se encuentran sometidos a arbitraje en el CIADI.

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI) celebrado en Washington, el día 18 de marzo de 1965 y que entró en vigor el día 14 de octubre de 1966, fue suscrito por la República de Venezuela el día 18 de agosto de 1993 y ratificado por el Congreso mediante la Ley aprobatoria publicada el día 3 de abril de 1995³⁵ y posteriormente denunciado ante el Banco Mundial de manera formal por el Gobierno de Venezuela, según comunicado que se hizo del conocimiento público por el Ministerio de Relaciones Exteriores, el día 24 de enero de 2012³⁶ y que se concretó definitivamente el día 25 de julio de 2012.

No obstante, producto de la estatización de la actividad aurífera minera con anterioridad a dicha denuncia –el día 16 de septiembre de 2011–, la sociedad mercantil ruso-canadiense Rusoro que se vio afectada por tal estatización, consideró inaceptable la reforma regulatoria y

35 *Gaceta Oficial* N° 35.685, de 3 de abril de 1995.

36 El texto expresaba textualmente que “El Gobierno Bolivariano ha actuado con el fin de proteger el derecho del pueblo venezolano a decidir las orientaciones estratégicas de la vida económica y social de la nación, sustrayéndolo de una jurisdicción internacional que ha fallado 232 veces a favor de los intereses transnacionales, en las 234 causas que ha conocido a lo largo de su historia”.

al no lograr ponerse de acuerdo con el Estado para obtener una indemnización por los activos de los que fue privada por el gobierno de Venezuela, ha solicitado en julio de 2012, el arbitraje internacional ante el CIADI.

El Presidente de la empresa Rusoro, Andre Agapov, en comunicado de prensa explicó que “las medidas del Gobierno venezolano se han traducido en una pérdida significativa”, y que “durante varios meses hemos tratado de encontrar una solución amistosa a la controversia con el gobierno venezolano, pero al final, a la luz de la aparente falta de voluntad del Gobierno para buscar una solución amistosa, el arbitraje se convirtió en el único recurso de la empresa”³⁷.

Esta solicitud de arbitraje se suma a las formuladas por las mineras canadienses Crystalex, Gold Reserve y Vanessa Ventures, que pretenden las indemnizaciones derivadas de los perjuicios experimentados por las estatizaciones de los proyectos que venían ejecutando y los bienes que poseían en el sector minero aurífero.

La razón que ha tenido el gobierno para denunciar el Convenio CIADI en nombre del Estado es muy sencilla, su incapacidad de controlar a los árbitros como lo hace con los jueces nacionales, quienes por ejemplo, para encubrir la falta de actuación procesal oportuna en determinadas causas intentadas por el propio Estado, terminan efectuando interpretaciones y aplicaciones de normas legales en contra de su espíritu, propósito y razón, con la única y arbitraria intención de expedir decisiones que de cualquier manera favorezcan al Estado³⁸, más allá de la razón y el Derecho, en lugar de resolver con independencia, imparcialidad y objetividad conforme lo exige la Constitución.

37 El periódico www.eluniversal.com en la sección de economía, del día 19 de julio de 2012.

38 Como muestra de esto baste citar que el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Política Administrativa en sentencia 1573, de 23 de noviembre de 2011, al resolver una incidencia de perención por haberse paralizado el proceso por más de un año, según lo dispone el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, expresó lo siguiente:

“Como se precisó anteriormente, esta Sala advirtió que la causa se encuentra paralizada desde el día 18 de marzo de 2010, fecha en la cual el Alguacil dejó constancia de haberse trasladado al domicilio de los codemandados Rafael Martín Guédez y Eduardo Emiliano Escobar Castellano, con el propósito de practicar sus citaciones personales, e informó que le fue imposible efectuarlas por no poder localizarlos en sus respectivas direcciones; siendo la última actuación de la parte demandante efectuada el **17 de junio de 2009**, oportunidad en la cual su apoderado judicial consignó el Oficio N° ONRE/M/1860 del 5 de junio del mismo año, suscrito por el Director General de la Oficina Nacional de Registro Electoral, donde constan los domicilios de los ciudadanos Rafael Martín Guédez, José Ginoves La Rosa, Gustavo Lleras Llamozas y Eduardo Emiliano Escobar Castellano.

De manera que, desde la última de las fechas mencionadas (17 de junio de 2009) hasta el momento en que se dicta la presente decisión, transcurrió un lapso superior a un (1) año, sin que la parte accionante hubiese realizado algún acto tendente a impulsar el proceso, razón por la cual procedería la declaratoria de perención de la instancia en atención a lo establecido en el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Sin embargo, cabe destacar que en el presente caso el Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (hoy Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios) demandó a los ciudadanos Rafael Martín Guédez, José Ginoves La Rosa, Enrique Olivares, Eduardo Emiliano Escobar Castellano y Gustavo Lleras Llamozas, en su condición de Presidente, Vicepresidente Ejecutivo de Administración, Vicepresidente Ejecutivo de Operaciones, Vicepresidente Ejecutivo de Crédito y Vicepresidente Ejecutivo de Inversiones y Finanzas, respectivamente, del Banco Comercial Amazonas, C.A., institución financiera sometida a régimen de intervención administrativa, con el propósito de obtener el pago de las

Ahora bien, dada la ausencia de credibilidad y confianza que transmiten los órganos jurisdiccionales nacionales por decisiones como la referenciada a título de ejemplo, lo que debería hacer el gobierno es garantizar la real y efectiva independencia del Poder Judicial y la autonomía de los jueces para que resuelvan conforme a Derecho los conflictos que se les sometan a su conocimiento y en lugar de dedicarse a estar evadiendo los arbitrajes, debería dedicarse a cumplir la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y los contratos en los términos pactados, lo que por sí solo evitaría los conflictos; pero en caso de producirse éstos, entonces lejos de pretender atribuirle la causa de la condena a los árbitros, –estos no actúan parcializados³⁹, no son sobornables, ni se sometan a órdenes de ninguna persona, sino que actúan conforme a las reglas y protocolos del arbitraje–, debería prepararse mejor para participar en la selección de los árbitros y designar realmente buenos abogados que representen y defiendan con diligencia los derechos e intereses del Estado.

Ello así, si el gobierno pretende sustraerse de los futuros arbitrajes internacionales, se va a ver obligado a denunciar todos los tratados válidamente suscritos y ratificados por la República que contemplen como medio de resolución de controversias el arbitraje internacional, lo que en todo caso no impedirá que los conflictos que surjan sigan sometidos a arbitraje durante algún tiempo, mientras existan inversionistas internacionales que hayan realizado sus negocios jurídicos con anterioridad a tales denuncias y sus inversiones estén protegidas por tales tratados.

Lo anterior lleva a concluir que la denuncia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI) y el definitivo retiro de Venezuela, no excluye la jurisdicción de los tribunales arbitrales, ni impide la aplicación de los tratados bilaterales de promoción y protección de las inversiones, así como tampoco el Convenio de las Naciones Unidas para el reconocimiento y cumplimiento de sentencias arbitrales extranjeras, conocida como Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958 y pretender su desconocimiento o desacato no diluye la responsabilidad internacional de la República.

sumas que le fueron otorgadas en calidad de “*Auxilios Financieros*”, más los intereses convencionales y moratorios correspondientes.

Así pues, la pretensión deducida por el órgano accionante se contrae a obtener un resarcimiento por parte de los miembros de la Junta Directiva de Banco Comercial Amazonas, C.A., en virtud de los auxilios financieros que la República le otorgara con motivo de la crisis financiera del año 1994; lo que pone de manifiesto que en el presente juicio no sólo está involucrado el interés de las partes, sino también el orden público y, por ende, esta Sala considera que no debe declararse la perención de la instancia (Cfr. Sentencia N° 00728 del 27 de mayo de 2009). Así se declara”.

39 El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en la sentencia 1541, de 17 de octubre de 2008, ha expresado respecto a la condición de los jueces arbitrales que “...no escapa tampoco al análisis de esta Sala, que el desplazamiento de la jurisdicción de los tribunales estatales hacia los arbitrales, en muchas ocasiones se produce debido a que la resolución de conflictos la realizarán árbitros que en considerables casos se encuentran vinculados y tienden a favorecer los intereses de corporaciones transnacionales, convirtiéndose en un instrumento adicional de dominación y control de las economías nacionales, por lo que resulta poco realista esgrimir simplemente un argumento de imparcialidad de la justicia arbitral en detrimento de la justicia impartida por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, para justificar la improcedencia de la jurisdicción de los contratos de interés general”.