

Sección IV: Régimen de las Inversiones Extranjeras

Comentarios al Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras

José Gregorio Torrealba R.
Abogado

Resumen: *El artículo resume los aspectos más relevantes de la Ley de Inversiones Extranjeras.*

Palabras claves: *Inversión extranjera.*

Abstract: *The article analyses the relevant topics of the Foreign Investment Law.*

Keyword: *Foreign Investment.*

I. INTRODUCCIÓN

El reciente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras¹ (LIE) derogó, entre otras normas, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones (LPPI) que era la legislación que regulaba las inversiones tanto nacionales como extranjeras en Venezuela y en el caso de las últimas, actuaba como norma supletoria en caso de no existir un acuerdo internacional que regulara su tratamiento. Entre ambas normas hay grandes y significativas diferencias, partiendo del punto que ambas se insertan en el Derecho Internacional de Inversiones en el que se desarrolla el sistema para la protección de inversiones extranjeras, pero sus efectos, derivados de las mencionadas diferencias, son muy distintos.

El sistema para la protección de inversiones extranjeras en Venezuela tiene dos niveles: (i) Los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones (TBI) que constituyen ley especial entre las partes del TBI, de cuyas previsiones pueden aprovecharse los nacionales de los países que los suscriben, y (ii) La LIE, aplicable a todos los inversionistas (nacionales y extranjeros) como régimen ordinario, por lo que en caso de existir un TBI que proteja a un inversionista en particular, sus disposiciones serán aplicables solo en caso de vacíos legales del tratado.

Una de las grandes diferencias que deben destacarse entre la LIE y la LPPI es relativa a su estructura, pues la LPPI, con las salvedades derivadas de su naturaleza de ley nacional, tenía una estructura muy similar a la de los TBI, lo que hacía posible complementar la interpretación de estos últimos y en caso de no existir un TBI aplicable a un caso particular, permitía brindar los estándares de protección comunes de este tipo de tratado.

¹ Publicado en la *Gaceta Oficial* N° 6.152 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014

Venezuela mantiene 27 TBIs vigentes², tomando en cuenta que el TBI con el Reino de los Países Bajos fue denunciado por Venezuela en el año 2008, y por lo tanto, ya no protege inversiones realizadas en Venezuela por nacionales de esa jurisdicción, posteriores a esa fecha, pero mantiene su vigencia por 15 años para las inversiones realizadas con anterioridad, por lo que el tratado se encuentra vigente para esas inversiones hasta 2023.

II. BREVE DESCRIPCIÓN DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

Los TBIs son una de las fuentes del Derecho Internacional de Inversiones. Su origen se remonta al primer TBI que fue suscrito en 1959 entre Alemania y Pakistán y actualmente existe una red de aproximadamente 2.860 TBIs³. Estos tratados generalmente cuentan con una estructura bastante similar y muchos países tienen ya modelos que utilizan como base para comenzar sus negociaciones. No obstante, hay actualmente una importante tendencia a negociar aspectos de protección de inversiones extranjeras en otros tratados como los de libre comercio⁴.

La estructura general de los TBIs se indica a continuación:

1. *Definiciones de Inversión e Inversionista*

En términos generales todos los TBIs suscritos por Venezuela establecen como concepto de “inversión” todo tipo de activo, señalando un listado enunciativo de la clase de activos que especialmente van a considerarse como inversión, entre otros: propiedad de bienes muebles e inmuebles, acciones y participación en sociedades, derechos o prestaciones con valor económico, derechos de propiedad intelectual, etc.

Asimismo, a menudo (aunque en varios casos no se hace referencia a inversionista sino a “nacionales” *vgr.* Alemania, Francia y Reino Unido) se dispone también la definición de “inversor” o “inversionista”, generalmente entendido éste como persona natural que de conformidad con la legislación de los países involucrados es considerado ciudadano de su respectivo país; así como también las personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación de alguno de los países firmantes del TBI, y que tengan su sede en su territorio.

2. *Estándares de Protección*

Los TBI contienen generalmente los siguientes estándares de protección a la inversión: Trato Justo y Equitativo, Total Protección y Seguridad, Protección contra Tratos Arbitrarios o Discriminatorios, Trato Nacional, Trato de la Nación Más Favorecida, garantías sobre expropiaciones y, finalmente, el Derecho a Transferencias o Repatriación de Capitales. Todos estos estándares son de un amplio contenido, de hecho, pueden ser clasificados como conceptos jurídicos indeterminados, cuya interpretación se fundamentará en el análisis casuístico.

² Los TBIs de Venezuela que actualmente se encuentran vigentes fueron suscritos con: Alemania, Argentina, Barbados, Bielorrusia, Canadá, Chile, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, Ecuador, España, Francia, Indonesia, Irán, Lituania, Paraguay, Perú, Portugal, Reino de los Países Bajos, Reino Unido, República Checa, Rusia, Suecia, Suiza, Unión Belgo-Luxemburguesa, Uruguay y Vietnam.

³ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (2013): IIA Issues (2013). N° 4. Disponible en <http://unctad.org/SearchCenter/Pages/Results.aspx?sq=1&k=IIA%202013> (visitada por última vez el 28 de enero de 2015)

⁴ Dolzer, Rudolf et al (2012): *Principles of International Investment Law*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, p.

3. *Solución de Controversias*

Una de las características más relevantes de los TBIs es que permiten a los particulares, inversionistas extranjeros, acceder directamente al arbitraje internacional debido al consentimiento expresado en estos tratados por parte de los Estados que los suscriben para que toda disputa relacionada con la violación de las disposiciones del tratado, puedan ser conocidas por un tribunal arbitral internacional. Las modalidades pueden ser varias y los mecanismos arbitrales también: (i) puede estar condicionado a agotar períodos de negociación o de “enfriamiento”, (ii) puede también depender del agotamiento de los recursos internos o ser opcional, y (iii) puede haber consentimiento para acudir a otros medios alternativos de solución de controversias como la conciliación o la mediación.

También prevé la posibilidad del arbitraje entre los Estados parte del tratado para resolver controversias que puedan surgir de la interpretación de las normas del tratado o de su incumplimiento.

II. LA NUEVA LEY DE INVERSIONES EXTRANJERAS

La nueva LIE tiene una estructura y una finalidad muy distinta a los instrumentos que tradicionalmente, a nivel mundial, se utilizan para promover y proteger las inversiones extranjeras, bien hablemos de legislación nacional o de tratados internacionales. Abajo comentaremos, limitados por el espacio editorial, algunos de los aspectos que consideramos de mayor relevancia de esta novísima legislación.

1. *Comentarios a las Disposiciones Generales de la LIE*

El objeto de la LIE no es promover ni proteger la inversión extranjera, sino regularla⁵ mediante principios, políticas y procedimientos enmarcados en la Constitución, las leyes y el Plan de la Patria⁶, que particularmente prevé el flujo de inversiones entre países de la América Latina y la denuncia de los TBI que actualmente se mantienen vigentes para Venezuela⁷, lo que seguramente ocurrirá en el ámbito temporal de vigencia del mencionado plan (2013-2019). Puede verse entonces el surgimiento en el mediano plazo de un marco regulatorio de la inversión extranjera netamente autárquico frente al Derecho Internacional de Inversiones,

⁵ LEY DE INVERSIONES EXTRANJERAS. Artículo 1: El presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, tiene por objeto establecer los principios, políticas y procedimientos que regulan al inversionista y las inversiones extranjeras productivas de bienes y servicios en cualquiera de sus categorías, a los fines de alcanzar el desarrollo armónico y sustentable de la Nación, promoviendo un aporte productivo y diverso de origen extranjero que contribuya a desarrollar las potencialidades productivas existentes en el país, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y el Plan de la Patria, a los fines de consolidar un marco que promueva, favorezca y otorgue previsible a la inversión.

⁶ Publicado en *Gaceta Oficial* N° 6.118 del 4 de diciembre de 2013

⁷ Plan de la Patria: 1.3.6.4. Fortalecer el ALBA como instrumento para alcanzar un desarrollo justo, solidario y sustentable; el trato especial y diferenciado que tenga en cuenta el nivel de desarrollo de los diversos países y la dimensión de sus economías; la complementariedad económica y la cooperación entre los países participantes, y el fomento de las inversiones de capitales latinoamericanos en la propia América Latina y el Caribe. 4.4.1.1. Denunciar los tratados multilaterales, así como también los tratados y acuerdos bilaterales que limiten la soberanía nacional frente a los intereses de las potencias neocoloniales, tales como los tratados de promoción y protección de inversiones. Este último debe ser interpretado conjuntamente con lo establecido en el artículo 15, numeral 21 de la LIE, cuando atribuye competencias al presidente del Centro Nacional para el Comercio Exterior para “Emitir opinión sobre la suscripción o denuncia de convenios y tratados internacionales en el ámbito de la inversión extranjera”.

que podrá tener plena aplicación a partir del momento en que todos los TBIs sean denunciados, una vez vencidos los plazos previstos en las correspondientes cláusulas de supervivencia que prevén la aplicabilidad de sus normas hasta varios años después de su terminación. Esta política ha sido puesta en marcha en Ecuador, aunque la fundamentación para la denuncia de los TBIs en ese país es de rango Constitucional y para nosotros resulta evidente la influencia que ha tenido en la redacción de la LIE.

El ámbito de aplicación subjetivo de la LIE⁸ incorpora como sujetos de su aplicación a personas jurídicas y naturales, que incluyen personas jurídicas nacionales que reciban inversión extranjera y personas naturales que pueden ser inclusive nacionales que se encuentren domiciliadas en el extranjero.

Probablemente el punto más importante de la LIE se encuentra en lo relativo a la jurisdicción⁹. El artículo 5 establece una Cláusula Calvo absoluta con relación a las disputas que puedan surgir con inversionistas extranjeros¹⁰, dejando a salvo sólo mecanismos de solución de conflictos creados en el marco de la integración latinoamericana y del Caribe, es decir, se pretende mediante esta disposición, impedir que los inversionistas extranjeros acudan al arbitraje internacional para resolver las controversias que puedan presentarse con el Estado venezolano. En nuestra opinión, esta norma resulta violatoria de lo dispuesto en el artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹¹ que claramente impone una obligación al legislador para promover el uso del arbitraje y demás medios alternativos de solución de controversias. Pero, adicionalmente, de pretender invocar el mencionado artículo 5 de la LIE, sólo podría surtir efectos sobre aquellos inversionistas que no se encuen-

⁸ LEY DE INVERSIONES EXTRANJERAS. Artículo 4: Son sujetos de la aplicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras, los siguientes: 1. Empresas extranjeras y sus filiales, subsidiarias o vinculadas, regidas o no por Convenios y Tratados Internacionales; así como otras formas de organización extranjeras con fines económicos y productivos que realicen inversiones en el territorio nacional. 2. Empresas Gran Nacionales, cuyos objetivos y funcionamiento están sujetos a un plan estratégico de dos o más Estados, que garanticen el protagonismo del poder popular ejecutando inversiones de interés mutuo a través de empresas públicas, mixtas, formas cooperativas y proyectos de administración conjunta, fortaleciendo la solidaridad entre los pueblos y potenciando su desarrollo productivo. 3. Empresas nacionales privadas, públicas y mixtas, y sus filiales, subsidiarias o vinculadas, regidas o no por Convenios y Tratados Internacionales y las demás organizaciones con fines económicos y productivos receptoras de Inversión Extranjera, previstas en el ordenamiento jurídico de la República. 4. Personas naturales, nacionales o extranjeras, domiciliadas en el extranjero, que realicen inversiones extranjeras en el territorio nacional. 5. Personas naturales extranjeras residentes en el país que realicen inversiones extranjeras.

⁹ *Idem*. Artículo 5: Las inversiones extranjeras quedarán sometidas a la jurisdicción de los tribunales de la República, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes. La República Bolivariana de Venezuela podrá participar y hacer uso de otros mecanismos de solución de controversias construidos en el marco de la integración de América Latina y El Caribe.

¹⁰ Señala el autor Daniel Guerra Iñiguez para ilustrar el contenido de la cláusula o doctrina Calvo, que "...Las Repúblicas americanas reconocen esa responsabilidad [contractual y extracontractual conforme al Derecho Internacional]; lo que sucede es que dicha responsabilidad debe ventilarse a través de sus propios tribunales o leyes..., recurriéndose únicamente a la vía diplomática cuando haya manifiesta denegación de justicia o violación evidente del Derecho Internacional" (Guerra I., Daniel (1991): Derecho Internacional Público. 8va. Edición. Caracas: Daniel Guerra Iñiguez, p. 431)

¹¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Artículo 258. La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley. La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.

tran protegidos por un TBI, y con relación a estos no era necesario establecer una prohibición semejante, pues el principio fundamental del arbitraje, como de cualquier otro mecanismo alternativo para la solución de controversias, es el consentimiento de las partes de someterse al mismo.

Con relación a los inversionistas protegidos por un TBI, la historia es muy distinta. La totalidad de los TBI suscritos y vigentes en Venezuela contiene ofertas de arbitraje¹² en las que el consentimiento del Estado ya ha sido expresado y basta con la aceptación del inversionista para perfeccionar el acuerdo de arbitraje requerido para la validez del arbitraje. En su condición de ley especial entre los Estados parte de cada TBI, lo dispuesto en el artículo 5 de la LIE no puede ser considerado como un retiro unilateral del consentimiento previamente expresado en los tratados, por lo que los inversionistas protegidos, podrán hacer uso del mencionado mecanismo.

La parte final del artículo *in commento* establece la posibilidad de que la República se someta a otros mecanismos de solución de controversias que puedan crearse en el marco de la integración de América Latina y El Caribe. Actualmente, Ecuador encabeza una comisión de la Unión de Naciones del Sur (UNASUR) para la creación de un centro de arbitraje regional para conocer disputas en materia de inversiones¹³. El éxito de este tipo de iniciativas, que en principio consideramos positiva para el Derecho Internacional de Inversiones, dependerá de la confianza que genere este mecanismo para que los demás Estados del mundo acepten incluirlo en los TBIs que negocien con países latinoamericanos. El instrumento mediante el cual se constituya este centro de arbitraje debe garantizar, por sobre todas las cosas, la independencia e imparcialidad de los tribunales arbitrales, pues si se pretende crear un mecanismo evidentemente parcializado, poco o nada podrá aportar para resolver este tipo de controversias¹⁴ y probablemente pueda ejercer una influencia negativa en cuanto al flujo de inversiones extranjeras hacia la región.

2. La Definición de Inversión Extranjera

El artículo 6 de la LIE establece una serie de definiciones importantes a los fines de su interpretación y aplicación¹⁵. A los efectos de su integración con los instrumentos que com-

¹² Sobre las ofertas de arbitraje, ver Torrealba R., José Gregorio: *Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras en Venezuela*. FUNEDA, Caracas: 2008, p. 56 y ss. - 120 y ss.

¹³ Ver nota de prensa de la Cancillería ecuatoriana: "Avanza proceso de constitución para centro de arbitraje de UNASUR" disponible en <http://www.cancilleria.gob.ec/avanza-proceso-de-constitucion-para-centro-de-arbitraje-de-unasur/> (visitado por última vez el 30 de enero de 2015)

¹⁴ La principal crítica de los países que han denunciado la Convención CIADI lo han hecho bajo el argumento de la parcialidad de los tribunales arbitrales formados bajo las reglas de esta Convención. La falsedad de este argumento ha sido demostrada estadísticamente tal y como lo hemos comentado anteriormente (Ver Torrealba R., José Gregorio: *Comentarios sobre Algunos Problemas Actuales del Arbitraje con Estados u Otros Entes Públicos* en la obra colectiva *El Contencioso Administrativo y los Procedimientos Constitucionales*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas: 2011, p. 655 y ss). Por el contrario, la falta de independencia e imparcialidad del Tribunal Supremo de Justicia, en particular de su Sala Político-Administrativa, ha sido también demostrada estadísticamente (Ver. Canova, Antonio *et al*, *El TSJ al servicio de la Revolución*. Editorial Galipán). Caracas 2014.

¹⁵ LEY DE INVERSIONES EXTRANJERAS: **Artículo 6°**. A los efectos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se entiende por: **1. Inversión:** Todos aquellos recursos obtenidos lícitamente y destinados por un inversionista nacional o extranjero a la producción, de bienes y servicios que incorporen materias primas o productos intermedios con énfasis en aquellos de origen o fabricación nacional, en las proporciones y condiciones establecidas en el presente Decreto

con Rango, Valor y Fuerza de Ley, que contribuyan a la creación de empleos, promoción de la pequeña y mediana industria, encadenamientos productivos endógenos, así como al desarrollo de innovación productiva. **2. Inversión Nacional:** La inversión realizada por el Estado venezolano, las personas naturales o jurídicas nacionales y las realizadas por los ciudadanos extranjeros que obtengan la Credencial de Inversionista Nacional. **3. Inversión Extranjera:** Es la inversión productiva efectuada a través de los aportes realizados por los inversionistas extranjeros conformados por recursos tangibles e intangibles, destinados a formar parte del patrimonio de los sujetos receptores de Inversión Extranjera en el territorio nacional. Estos aportes pueden ser: a) Inversión financiera en divisas y/o cualquier otro medio de cambio o compensación instituido en el marco de la integración latinoamericana y caribeña. b) Bienes de capital físicos o tangibles como plantas industriales, maquinarias nuevas o reacondicionadas, equipos industriales nuevos o reacondicionados, materias primas y productos intermedios que formen parte del proceso productivo del sujeto receptor de la inversión. Cuando se trate de bienes reacondicionados deberá mantenerse la misma relación entre el valor de la inversión y la vida útil que aplicaría al caso de bienes nuevos; dicha relación será establecida por peritos que al efecto designará el Centro Nacional de Comercio Exterior. c) Bienes inmateriales o intangibles constituidos por marcas comerciales, marcas de producto, patentes de invención, modelos de utilidad, diseños o dibujos industriales y derechos de autor, así como todos los derechos de propiedad industrial e intelectual consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las Leyes que regulan esta materia. Incluido también la asistencia técnica y conocimientos técnicos que se refieran a procesos, procedimientos o métodos de fabricación de productos, debidamente soportados mediante el suministro físico de documentos técnicos, manuales e instrucciones. Los aportes intangibles mencionados, serán considerados como inversión extranjera cuando la cesión se realice entre empresas que no se encuentren directa o indirectamente vinculadas entre sí, previo registro del contrato de cesión ante el órgano nacional competente en materia de propiedad intelectual, siempre que la cesión de derechos involucre la transferencia efectiva al sujeto receptor de la inversión de la propiedad de los bienes inmateriales o intangibles cedidos. d) Las reinversiones de acuerdo con lo estipulado en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. **4. Reinversión:** Se considera reinversión a los aportes provenientes de la totalidad o parte de las utilidades o dividendos no distribuidos que se originen con motivo de una inversión extranjera, registrada ante el Centro Nacional de Comercio Exterior y destinados al capital social o patrimonio del sujeto receptor de la inversión en el cual se haya generado dichos aportes. **5. Inversionista Extranjero:** La persona natural o jurídica extranjera que realice una inversión registrada ante el Centro Nacional de Comercio Exterior. No califica como tal aquella persona natural o jurídica venezolana que directamente o por interpuestas personas figure como accionista de empresas extranjeras. **6. Inversionista Nacional:** Se considera inversionista nacional al Estado, a las personas naturales o jurídicas nacionales y al titular de la Credencial de Inversionista Nacional otorgada por el Centro Nacional de Comercio Exterior. **7. Empresa Nacional Receptora de Inversión Extranjera:** Las sociedades mercantiles, cooperativas, empresas de propiedad social y otras formas de organización económica productiva definidas por la legislación nacional, cuyo capital social pertenezca mayoritariamente a inversionistas nacionales, en cincuenta y uno por ciento (51%) o más, y sea calificada como tal por el Centro Nacional de Comercio Exterior. **8. Empresa Extranjera:** Las sociedades mercantiles, así como otras formas de organización extranjeras con fines económicos y productivos, cuyo capital social pertenezca en cincuenta y uno por ciento (51%) o más a inversionistas extranjeros, y sea calificada como tal por el Centro Nacional de Comercio Exterior. **9. Empresa Filial, Subsidiarla o Vinculada:** Las empresas que por cualquier causa sean controladas en su capital o en su gestión por otra que se denomina casa matriz, y la que de manera directa o indirecta sea controlada separadamente, en su capital o en su gestión, por otra que a estos efectos es la casa matriz, aunque entre sí no tengan ninguna vinculación aparente, considerándose que existe tal relación de subsidiaridad entre dos empresas, cuando la casa matriz posea más del cincuenta por ciento (50%) del total del capital social de la empresa filial. El Centro Nacional de Comercio Exterior, como órgano nacional competente en materia de inversiones, será la instancia que decidirá mediante acto motivado, si existe o no vinculación o relación entre dos o más entidades y si de ésta se deriva el control sobre su capital y/o gestión. **10. Empresas Gran Nacionales:** Las sociedades mercantiles cuyos objetivos y funcionamiento están sujetos a un plan estratégico de dos o más Estados, que garanticen el protagonismo del poder popular ejecutando inversiones de interés mutuo a través de empresas públicas, mixtas, formas cooperativas y proyectos de administración conjunta, fortaleciendo la solidaridad entre los pueblos y potenciando

ponen el sistema de protección de inversiones extranjeras, cuando las definiciones establecidas en la LIE sean más favorables que las establecidas en el correspondiente TBI, estas disposiciones serán aplicables con preferencia si el TBI en virtud del estándar de no discriminación, usualmente incluido en estos tratados. A estos efectos, las definiciones de Inversión e Inversión Extranjera resultan a nuestro juicio las más relevantes, no así la definición de Inversionista Extranjero que no sería posible ampliar por vía de la aplicación de una definición más favorable de la LIE, pues en principio, para poder aprovechar los estándares de protección, el inversionista debe subsumirse en la definición establecida en el TBI.

Las definiciones de Inversión e Inversión Extranjera establecidas en la LIE son comprensivas de todo tipo de activos, lo que es importante a los efectos de determinar lo que pudiera estar o no incluido en el ámbito de aplicación de la ley. Debemos llamar la atención sobre el numeral c del artículo 6, en el que se condiciona la calificación de inversión extranjera a activos intangibles a la cesión de su titularidad a una empresa que no esté vinculada al propietario, al registro del contrato de cesión ante el órgano competente en materia de Propiedad Intelectual y siempre que se realice la transferencia efectiva al sujeto receptor de la inversión. Como consecuencia de esa redacción, una marca registrada en Venezuela no podría ser considerada como inversión para un inversionista extranjero.

Aplicar estas restricciones a un inversionista extranjero protegido por un TBI, pudiera constituirse en una violación al tratado, que generalmente consideran los derechos de propiedad intelectual como una inversión, sin condicionamientos similares a los establecidos en la definición de la LIE. Excluye además otros derechos derivados de la propiedad intelectual, como son las regalías en el caso de licencias, pues si no es considerada una inversión extranjera, no habría derecho a transferir las mencionadas regalías al exterior.

3. *El Sistema de Inversiones Extranjeras*

El Sistema de Inversiones Extranjeras es un conjunto de organismos que ejercen competencias en la materia, designados por los artículos 7, 8, 9 y 10 de la LIE¹⁶ y está compuesto

su desarrollo productivo. **11. Transferencia Tecnológica:** El suministro desde el exterior, de un conjunto de conocimientos técnicos expresados o no en derechos de propiedad industrial, necesarios para la transformación productiva, la prestación de servicios y la comercialización de bienes, calificados como tales por el Centro Nacional de Comercio Exterior mediante contrato debidamente aprobado y registrado ante el mencionado órgano, conforme a los procedimientos, requisitos, vigencias y condiciones que se establezcan en el Reglamento del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. **12. Fiscalización:** Las personas naturales y jurídicas sujetas a las disposiciones contenidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley receptoras de inversión extranjera y de contratos de transferencia tecnológica son sujetos de fiscalización por parte del Centro Nacional de Comercio Exterior.

¹⁶ *Ídem.* **Artículo 7°.** El ministerio del poder popular con competencia en materia de comercio será el órgano rector en el establecimiento de las políticas para el cumplimiento del objeto del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. **Artículo 8°.** El Centro Nacional de Comercio Exterior conforme a lo establecido en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.116 Extraordinario, de fecha viernes 29 de noviembre de 2013, mediante su estructura organizativa será el encargado de instrumentar los criterios, formas, requisitos, normativos y procedimientos en materia de inversiones extranjeras. **Artículo 9°.** El órgano administrativo sancionatorio, será el ministerio del poder popular con competencias en materia de finanzas. **Artículo 10.** Los órganos y entes nacionales competentes en las materias de petróleo y minas, banca, valores y seguro son concurrentes con el Centro Nacional de Comercio Exterior respecto al análisis, estudio y emisión del Registro de la Inversión Extranjera y sus respectivas actualizaciones y responsables de la emisión de la Constancia de Calificación de Empresas, el Registro de Contratos de Transferencia Tecnológica y las fiscalizaciones respectivas,

por (i) un órgano rector constituido por el ministerio con competencia en materia de comercio, (ii) el Centro Nacional de Comercio Exterior (CENCOEX) como órgano implementador (iii) un órgano sancionador, que es el ministerio con competencia en materia de finanzas, y (iv) los órganos y entes con competencias concurrentes, constituidos por aquellos que tienen competencias en materia de petróleo y minas, banca, valores y seguros, que concurren con CENCOEX en cuanto al registro de la inversión extranjera, constancia de calificación de empresa, registro de contratos de transferencia tecnológica y fiscalizaciones.

Como órgano implementador, el artículo 11 es el que otorga a CENCOEX las competencias correspondientes en materia de inversiones extranjeras. Sobre esas competencias, destacan la relacionada con aprobar o negar la remisión de capitales (numeral 10) y la de aprobar o negar "...la solicitud de autorización de transferencia al extranjero de propiedad sobre bienes de capital tangible e intangible" (numeral 11), este último en un claro intento por evitar que se obtenga para esos bienes la protección ofrecida por los TBI. Pero la más preocupante de todas es la establecida en el numeral 14, que violenta el principio de la legalidad al dejar abierta la posibilidad para los ministerios competentes en materia de finanzas o comercio, de atribuirle competencias al CENCOEX¹⁷.

4. *En cuanto al tratamiento a la Inversión Extranjera y los Deberes y Derechos de los Inversionistas*

Pese a que la LIE prevé disposiciones sobre el desarrollo de la inversión extranjera o los sectores reservados, que en realidad no se han designado expresamente sino bajo la ambigua denominación de "sectores estratégicos conforme al interés nacional", estimamos que el

de conformidad con los lineamientos establecidos en las leyes especiales que les rigen, en concordancia con los criterios y normativas establecidos por el Centro Nacional de Comercio Exterior y el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

En el ejercicio de esta competencia, estos órganos y entes deberán informar mensualmente al Centro Nacional de Comercio Exterior, el resultado de las actividades desempeñadas. El ministerio del poder popular con competencia en materia de petróleo y minería, otorgará el Registro de Inversión Extranjera, cuando las inversiones estén destinadas a los sectores de hidrocarburos, petroquímico, carbonífero y minero y el Registro de Contratos de Transferencia Tecnológica en cuanto se refieran a la exploración y explotación de yacimientos, la extracción y refinación de sus minerales y la manufactura de productos terminados, con ocasión a las actividades mencionadas dentro del territorio de la República Bolivariana de Venezuela.

¹⁷ *Idem*. Artículo 11. Son competencias adicionales a las establecidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.116 Extraordinario, de fecha viernes 29 de noviembre de 2013, del Centro Nacional de Comercio Exterior... 10. Aprobar o negar la remisión de capitales por concepto de pagos relacionados con las inversiones de capital inicial, sumas adicionales para la ampliación y desarrollo de la inversión, beneficios, utilidades, intereses y dividendos, previa opinión vinculante del ministro o ministra del poder popular con competencia en materia de comercio. 11. Aprobar o negar la solicitud de autorización de transferencia al extranjero de la propiedad sobre bienes de capital tangible e intangible, que se realice mediante operaciones financieras, previa opinión vinculante del ministro o ministra del poder popular con competencia en materia de comercio. ... 14. Las demás competencias que le sean atribuidas por el ordenamiento jurídico o por el ministerio del Poder Popular con competencia en materia de comercio o el ministerio del poder popular con competencia en materia de finanzas.

Atribuir competencias es muy distinto al mecanismo de delegación de competencias intersubjetiva o interorgánica previstas en los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica de Administración Pública. La atribución de competencias solo puede ocurrir mediante ley conforme al artículo 137 de la Constitución: "La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen".

énfasis de la normativa sobre el tratamiento de la inversión y los derechos y deberes de los inversionistas extranjeros, está puesto sobre el aspecto relacionado con la repatriación de capitales o transferencia de divisas provenientes de la inversión.

El registro de la inversión es constitutivo de los derechos del inversionista extranjero¹⁸, sin embargo, el derecho de transferencia se ve limitado por 5 años contados a partir del registro de la inversión¹⁹ y la inversión sometida a una serie de condiciones, inclusive de admisión cuando se pretenda establecer en territorios de pobladores originarios, que constituyen una importante carga para los inversionistas extranjeros, algunas de ellas, como las relacionadas a la reinversión, destinadas a hacer más difícil para los inversionistas el reconocimiento de su inversión y la transferencia de divisas o repatriación de capitales. Igualmente, se establece un nuevo requisito en materia de fusiones o adquisiciones de sociedades mercantiles, al exigir, so pena de nulidad, la notificación de la operación al CENCOEX²⁰.

¹⁸ *Ídem.* **Artículo 28.** Los derechos consagrados a los inversionistas extranjeros en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y demás normativas aplicables, surtirán sus efectos, a partir del momento en que se otorgue el Registro de Inversión Extranjera.

¹⁹ *Ídem.* **Artículo 29.** La inversión extranjera deberá permanecer en el territorio de la República por un lapso mínimo de cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que haya sido otorgado el Registro. Cumplido este período, los inversionistas podrán, previo pago de los tributos y otros pasivos a los que haya lugar, realizar remesas al extranjero por concepto del capital originalmente invertido, registrado y actualizado.

²⁰ *Ídem.* **Artículo 31.** Toda inversión extranjera deberá cumplir con las siguientes condiciones: 1. Contribuir con la producción de bienes y servicios nacionales a los fines de cubrir la demanda interna, así como el incremento de las exportaciones no tradicionales. 2. Contribuir con el desarrollo económico nacional y las capacidades de investigación e innovación del país, además de promover la incorporación de bienes y servicios de origen nacional, a tales efectos, tomará en cuenta los plazos estimados en los planes nacionales relativos a la cadena de producción, distribución y comercialización de productos para el consumo nacional. 3. Participar en las políticas dictadas por el Ejecutivo Nacional destinadas al desarrollo de proveedores locales que garanticen los encadenamientos necesarios, con el fin de que las empresas nacionales incorporen las tecnologías, conocimientos, talento humano y capacidades de innovación, adecuados para proveer la calidad y demás especificaciones requeridas por la Empresa Receptora de la inversión extranjera. 4. Establecer relaciones bajo la tutela del organismo rector, con las universidades, institutos de investigación y demás entes con capacidades de investigación, desarrollo e innovación del país. 5. Implementar programas de responsabilidad social acordes con los estándares internacionales típicos de la rama de actividad económica de la Empresa Receptora de la Inversión Extranjera, en los que se desarrolle alguna o algunas de las potencialidades económicas existentes en la comunidad o entidad federal donde ésta se encuentre localizada. 6. Contar con el aval del ministerio del poder popular con competencia en materia de pueblos indígenas, a efectos de autorizar la inversión extranjera, cuando se prevé su establecimiento en territorios de pobladores originarios. 7. Canalizar los recursos monetarios provenientes de la inversión extranjera que se realice en el territorio venezolano, a través del sistema financiero nacional. 8. Garantizar el cumplimiento de los contratos de crédito externo o interno suscritos con personas naturales o jurídicas de derecho privado o público, venezolanas o extranjeras. Sólo se autorizará la capitalización de acreencias como inversión extranjera, cuando el inversionista pueda comprobar que los recursos financieros tomados en préstamo fueron destinados al aumento real del capital fijo o activos tangibles de la Empresa Receptora de la Inversión Extranjera. 9. Notificar ante el Centro Nacional de Comercio Exterior la realización de cualquier tipo de inversión en empresas nacionales o extranjeras, que se encuentren en el territorio nacional, que se realice con posterioridad al registro de la inversión extranjera inicial, a través de la compra o cesión de acciones u otros títulos de propiedad, acreencias, fusiones, adquisiciones o cualquier otra vía que no implique una inversión real de capital, sino meramente financiera. Cualquier operación de esta naturaleza que se materialice sin la notificación aquí establecida, se considerará nula. 10. Estar sujetos a la legislación nacional vigente en materia mercantil, laboral, tributaria, aduanera, ambiental y todos aquellos ámbitos que surjan con ocasión de la inversión ex-

Operaciones que ordinariamente se resuelven conforme a disposiciones del Código de Comercio o los propios documentos Constitutivos o Estatutos de las sociedades mercantiles, deben ahora cumplir con requisitos adicionales a los efectos de los inversionistas extranjeros, como es el caso de la reducción de capital de una empresa receptora de inversión extranjera, que deberá ser notificada al CENCOEX, a los efectos de que este organismo proceda a la actualización de la calificación de empresa y del registro de la inversión extranjera.

La LIE ha establecido estándares más altos para que el inversionista tenga derecho a la transferencia de divisas, tales como el requisito de valor establecido en el artículo 24, que exige que la inversión sea equivalente a un millón de dólares de los Estados Unidos de América²¹, calculados a la tasa de cambio oficial, siempre que sea comprobada mediante los comprobantes emitidos por el CENCOEX²² para que pueda ser registrada o su registro pueda ser actualizado, pues se tomarán en cuenta el capital efectivamente pagado y las pérdidas del respectivo ejercicio si las hubiere.

La remisión de utilidades y dividendos también se ve limitada al establecerse un límite de 80% y siempre que se demuestre el cumplimiento del objeto de la inversión y sólo podrá acumularse el diferencial con los dividendos del año inmediatamente siguiente²³. Por otra parte, se reconoce el derecho de repatriar total o parcialmente, los ingresos provenientes de la venta de sus acciones o inversión y de la reducción de capital de la empresa receptora de la inversión, previo pago de tributos y el cumplimiento del tiempo mínimo de permanencia del inversión²⁴, mientras que en el caso de la liquidación de la empresa receptora de inversión,

trajera. 11. Responder a los objetivos de la política económica nacional. 12. Suministrar cualquier información requerida por el Centro Nacional de Comercio Exterior en el ejercicio de sus funciones. 13. Cumplir con el resto de los deberes consagrados en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, su Reglamento y otras normas contenidas en el ordenamiento jurídico nacional.

²¹ *Ídem. Artículo 24.* A los fines de obtener el registro de una inversión extranjera, los aportes deberán estar constituidos a la tasa de cambio oficial vigente, por un monto mínimo de un millón de dólares de los Estados Unidos de América (USD 1.000.000,00) o su equivalente en divisa. El Centro Nacional de Comercio Exterior podrá establecer un monto mínimo para la constitución de la inversión extranjera que no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) de la cantidad descrita en el presente artículo, atendiendo al interés sectorial, de promoción de la pequeña y mediana industria, y otras formas organizativas de carácter económico productivo.

²² *Ídem. Artículo 25.* En la determinación del valor real de la inversión extranjera, a los efectos de su registro ante el Centro Nacional de Comercio Exterior, se computarán las partidas que constituyen el capital social efectivamente pagado en el transcurso del respectivo ejercicio económico de los inversionistas extranjeros. De dicho monto, se deducirán las pérdidas si las hubiere.

²³ *Ídem. Artículo 33.* Los inversionistas extranjeros tendrán derecho a remitir al exterior anualmente y a partir del cierre del primer ejercicio económico, hasta el ochenta por ciento (80%) de las utilidades o dividendos comprobados que provengan de su inversión extranjera, registrada y actualizada en divisas libremente convertibles, previo cumplimiento del objeto de la inversión; en caso de remisión parcial, la diferencia podrá ser acumulada con las utilidades que obtengan, únicamente en el siguiente ejercicio anual a los fines de su remisión al extranjero; de acuerdo a lo previsto en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y su Reglamento.

²⁴ **Artículo 35.** Los inversionistas extranjeros tendrán derecho a remesar al país de origen, total o parcialmente, los ingresos monetarios que obtengan producto de la venta dentro del territorio nacional de sus acciones o inversión, así como los montos provenientes de la reducción de capital, previo pago de los tributos correspondientes, cumplimiento del tiempo mínimo de permanencia de la inversión establecido en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y los deberes establecidos por la normativa laboral, comercial, ambiental y de seguridad integral de la Nación. En el caso de liquidación de la empresa, se podrá remesar al extranjero hasta el ochenta y cinco por

sólo podrá repatriar al extranjero hasta el 85% del monto total de la inversión. Sólo podrá transferirse la totalidad de la inversión registrada si la liquidación de la empresa se produce a consecuencia de su venta directa a inversionista nacional y a su vez se compruebe el funcionamiento pleno de las operaciones productivas. Es importante resaltar que el legislador da a la liquidación de la empresa un tratamiento que no corresponde a tal situación sino a la venta de acciones o bienes de capital.

Los TBIs generalmente consagran el derecho de transferencia o repatriación de capitales conforme a la legislación interna. Sin embargo, debemos hacer énfasis en que en dicho derecho no puede ser violentado en su núcleo esencial, pues impedir a un inversionista extranjero la repatriación de capitales o dividendos, configuraría en sí mismo la violación del tratado aun cuando éste haga referencia a la legislación interna, pues se trata de un derecho inherente al inversionista extranjero.

5. *Sobre el Régimen de Registro y Calificación*

Los aspectos adjetivos del registro de inversión extranjera y la calificación de empresa no sufrieron mayores modificaciones en cuanto al régimen anterior, pues habrá que esperar el reglamento correspondiente. El registro de la inversión extranjera es un instrumento mediante el cual se acredita la condición de inversionista extranjero y garantiza los beneficios que corresponden conforme a la ley²⁵.

La calificación de empresa continúa siendo el instrumento mediante el cual se acredita la condición de empresa receptora de esa inversión como nacional, extranjera o gran nacional conforme a las definiciones establecidas en el artículo 6 de la LIE.

6. *De las Fiscalizaciones, las Medidas Preventivas y las Sanciones*

El CENCOEX, podrá fiscalizar el cumplimiento de la LIE y demás disposiciones aplicables a la inversión extranjera, para lo cual podrá obtener o proveer información a otros organismos de la Administración Pública, designar fiscales y ejercer otras atribuciones que se le asignen mediante el correspondiente Reglamento, nuevamente en violación al principio de legalidad. En el marco de los procedimientos igualmente está facultado el CENCOEX para dictar medidas preventivas que serán desarrolladas por el reglamento de la ley.

Finalmente, es competencia del ministerio con competencia en materia de finanzas el imponer las sanciones por violación a las disposiciones de la LIE, con multas entre 1.000 y 100.000 unidades tributarias.

CONCLUSIONES

Tal y como mencionábamos *supra*, la LIE debe ser interpretada no solo en su condición de legislación nacional, sino en el contexto del Derecho Internacional de Inversiones y particularmente de los TBIs vigentes para Venezuela. Es un instrumento que se aparta de lo que

ciento (85%) sobre el monto total de la inversión extranjera, salvo lo dispuesto en el artículo 37 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

²⁵ *Idem. Artículo 39.* El Registro de la Inversión Extranjera es el instrumento mediante el cual se acredita a una persona jurídica, la condición de inversionista extranjero. Dicho instrumento, garantiza los beneficios de ley que correspondan y sus funciones serán desarrolladas en el reglamento que se dictará con ocasión al desarrollo de las normativas en materia de inversión, procedimientos de registro y condiciones de aplicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

debería ser un régimen supletorio para promover la inversión extranjera y a nuestro juicio, está centrada en el derecho de repatriación o transferencia de capitales extranjeros, que ha sido regulado de manera excesiva, imponiendo condiciones que seguramente serán tomadas muy en cuenta por los inversionistas extranjeros al momento de evaluar si resulta conveniente o no efectuar una inversión en Venezuela.

Otro punto clave es el de la jurisdicción, que la ley reserva a los tribunales nacionales o a mecanismos alternos de solución de conflictos en el marco de la integración latinoamericana y caribeña. Tener acceso al arbitraje internacional, como mecanismo imparcial e independiente, es un factor importante, pero definitivamente no es crucial para que un inversionista extranjero tome la decisión de invertir o no en un determinado país. Tal carencia debe ser subsanada con un Poder Judicial que tenga la capacidad de decidir controversias de manera imparcial de manera que pueda ofrecerse seguridad jurídica a los inversionistas.

Finalmente, se repite en la LIE una práctica inconstitucional como la de delegar en instrumentos sub-legales la atribución de competencias a órganos de la Administración Pública, violando el principio de legalidad, tantas veces mencionado en este trabajo y deteriorando aún más el ya precario estado de derecho en Venezuela.

Ya en Venezuela se ha verificado una constante caída de la inversión extranjera. Lamentamos no tener pronósticos de cambio de esta situación mientras la LIE se encuentre vigente.