

# *La resolución de conflictos surgidos con ocasión de las actividades extractivas y el Decreto con rango valor y fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras: culminación del movimiento pendular en la actividad minera*

Mauricio Rafael Pernía-Reyes  
*Profesor de la Universidad Católica del Táchira*

**Resumen:** *La nueva Ley de Inversiones Extranjeras establece que éstas quedarán sometidas a la jurisdicción de los tribunales de la República, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. No obstante, esa Constitución de modo general, y la costumbre y el Derecho Internacional Público de manera particular, utilizan para la resolución de conflictos en las inversiones extranjeras el arbitraje, instrumento que en Venezuela, a partir de noviembre de 2014 no integra el elenco de medios para la resolución de controversias en materia de inversiones, las cuales por su uso intensivo, son requeridas especialmente para el desarrollo de actividades mineras. Se sostiene que en las concesiones y contratos vigentes en los que esté establecido el arbitraje como medio de resolución de controversias, los inversionistas pueden acudir a la jurisdicción arbitral internacional, así como también si ello está previsto en un convenio bilateral de protección de inversiones al que puedan acogerse.*

**Palabras clave:** *Inversión, Arbitraje, Minería, Resolución de Controversias, Ley habilitante.*

**Abstract:** *The new Foreign Investment Law provides that they shall be subject to the jurisdiction of the courts of the Republic, in accordance with the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela. However, the Constitution in general, and custom and public international law in particular, used to resolve conflicts in foreign investment arbitration instrument in Venezuela, from November 2014 not joined the cast of means for resolving investment disputes, which by their intensive use, are especially required for the development of mining activities. It is argued that existing concessions and contracts where arbitration is established as a means of dispute resolution, investors may turn to international arbitration jurisdiction, as well as if provided on a bilateral investment protection agreement that they qualify.*

**Keywords:** *Investment, Arbitration, Mining, Dispute, Enabling Act.*

## I. INTRODUCCIÓN

El Ejecutivo Nacional, haciendo uso de Ley que Autoriza al Presidente de la República a dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se le delegan por parte de la Asamblea Nacional<sup>1</sup> (Ley Habilitante), dicta el Decreto con Rango Valor y Fuerza

---

<sup>1</sup> *Gaceta Oficial* N° 6.112 Extraordinario de 19 de noviembre de 2013

de Ley de Inversiones Extranjeras<sup>2</sup> (Decreto-Ley de Inversiones) el cual en su disposición derogatoria cuarta, expresamente deja sin efecto el Decreto N° 356, con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones<sup>3</sup> (LPPI).

La LPPI es la primera ley que reguló las inversiones extranjeras en Venezuela junto a las Decisiones N° 291 y N° 292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que establecían el Régimen común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías<sup>4</sup> (decisiones que mantenían vigencia aun cuando Venezuela comunica su retiro en 2006 de la Comunidad Andina de Naciones, materializándose su salida definitiva en 2011, manteniendo el debate sobre la vigencia o no del ordenamiento legal andino) siendo éstas y algunas otras disposiciones que se tratarán más adelante, las que configuraban hasta el 18 de noviembre de 2014 el marco normativo general dirigido a la promoción y protección de inversiones en Venezuela, incluyendo además los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) que ha suscrito la República.

Este marco regulatorio general, sin embargo, fue objeto de diversas impugnaciones y solicitudes de interpretación por ciudadanos y la Procuraduría General de la República, en concordancia con el contenido del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>5</sup> (CRBV), en lo relacionado con la promoción de los medios alternativos de solución de conflictos, especialmente el arbitraje, y el procedimiento para su utilización en la protección de las inversiones extranjeras.

Lo anterior puede lucir contradictorio y por ello se titula este trabajo como culminación del movimiento pendular en razón de los cambios que ha llevado al Derecho de la Protección de Inversiones en Venezuela a recorrer varios estadios regulatorios. En efecto, estos se inician en la década de los 90 con la suscripción de TBI, le sigue la adhesión al Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), pasando por la conformación de tratados económicos como el Tratado de Libre Comercio entre México, Colombia y Venezuela (G-3), alcanzando la concreción de una regulación marco con la LPPI, para luego celebrar y ratificar nuevos TBI (con Italia, Francia, Irán, Belarús, Rusia y Vietnam). Sin embargo, el punto de inflexión se evidencia con la no renovación del Tratado Bilateral de Inversión con el Reino de los Países Bajos<sup>6</sup>, así como la denuncia Convenio CIADI, deteniéndose el péndulo en la supresión del arbitraje como medio de resolución de controversias respecto de las inversiones extranjeras en la legislación marco en el reciente Decreto-Ley de Inversiones.

Como política pública, la suscripción de TBI o la promulgación de un marco jurídico favorable a los medios alternativos de resolución de conflictos, como el arbitraje internacional, tiene un propósito específico: atraer inversiones.

---

<sup>2</sup> *Gaceta Oficial* N° 6.152 Extraordinario de 18 de noviembre de 2014

<sup>3</sup> *Gaceta Oficial* N° 5.390 Extraordinario de 22 de octubre de 1999

<sup>4</sup> *Gaceta Oficial* N° 34.930 de 25 de marzo de 1992.

<sup>5</sup> *Gaceta Oficial* N° 36.860, de 30 de diciembre de 1999; reimpressa por error material en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.453 Extraordinario, del 24 de marzo de 2000 y enmendada según *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.908, del 19 de febrero de 2009

<sup>6</sup> En efecto, el 30 de abril de 2008 el Gobierno de Venezuela envió una nota de terminación de este tratado a Holanda, de manera que el término de duración venció el 1° de noviembre de 2008.

En efecto, se trata de garantizar a los inversionistas foráneos un régimen legal previsible y estable para que éstos decidan informadamente dirigir sus recursos e invertirlos con tasas de retorno razonables, conozcan anticipadamente los mecanismos de protección de sus inversiones y de la propiedad privada en general. Los Estados receptores de la inversión a su vez suman agentes que coadyuvan en la dinamización de diversos sectores de la economía, favorecen las exportaciones, utilizan o promueven el uso productos y servicios nacionales, facilitan la creación de empleo, transferencia tecnológica, aprovechamiento racional de recursos naturales y estimulan la formación de personal calificado. Ese es el objetivo de estas regulaciones.

Por ello, no debe dejarse de lado que el constituyente venezolano de 1999 estableció en sus artículos 253 y 258 de la CRBV que los medios de resolución de conflictos, especialmente el arbitraje, forman parte del sistema de justicia y, que con ellos, se protege igualmente el derecho de tutela jurisdiccional efectiva que se consagra en el artículo 26 constitucional. Ha sido la acción de gobierno del Ejecutivo Nacional con la anuencia y estímulo de la Asamblea Nacional, los órganos del Poder Público que en los últimos lustros han distorsionado la materialización de la decisión constituyente<sup>7</sup>, hasta decantarse en la supresión de tal mecanismo de solución de controversias en un nuevo marco legal aun cuando, al decir del Presidente de la República, tiene como propósito, atraer inversiones extranjeras<sup>8</sup>.

En razón de ello, esta comunicación se centrará en la definición de inversión, su relación con el arbitraje y con la actividad minera venezolana.

Finalmente, con el propósito de una mejor expresión de las ideas, el presente estudio se dividirá en los siguientes puntos, a saber: El concepto de inversión extranjera y el arbitraje como mecanismo de protección según la legislación venezolana (II); minería y la resolución de controversias por inversiones (III), y; consideraciones finales (IV).

#### I. EL CONCEPTO DE INVERSIÓN EXTRANJERA Y EL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN SEGÚN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

Señala la doctrina científica que la inversión extranjera o internacional, en sentido amplio “(...) incluye toda transferencia de un país a otro de recursos financieros a largo plazo,

---

<sup>7</sup> Paradójicamente el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, mediante sentencia N° 1.541 de fecha 17 de octubre de 2008, señaló que Venezuela, al celebrar y ratificar diversos TBI en los que el arbitraje formaba parte de los mecanismos de solución de controversias, incluyendo el Convenio CIADI, nuestro país integraba al grupo de Estados promotores y favorables al arbitraje, política que habitualmente se denomina “foro amigable” para el arbitraje. Esta decisión puede verse en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.htm>.

<sup>8</sup> En efecto, el Presidente de la República, el día 18 de noviembre de 2014, al momento de dictar y promulgar el Decreto-Ley de Inversiones en el marco de la Ley Habilitante, señaló: (...) “estoy haciendo una reforma de la Ley de Inversiones Extranjeras. ¿Para qué? para establecer los mecanismos que nos permita (sic) atraer las inversiones extranjeras dentro del nuevo marco del Plan de la Patria, las necesidades reales del país. Establecer facilidades, combinadas con las zonas económicas de inversión, facilidades de inversión nacionales e internacionales, públicas y privadas, para el desarrollo de los sectores priorizados, en cada una de las zonas económicas que van a activarse, de manera muy especial. Así que a la Ley de Inversiones Extranjeras le hemos hecho una adecuación necesaria, para que las inversiones verdaderamente vengan, puedan fluir, hay importantes sectores que quieren invertir y, bueno, bienvenido (sic) las inversiones que traigan desarrollo al país, en el marco del Plan de la Patria como está planteada.” Alocución del Presidente de la República transmitida por Venezolana de Televisión. Cfr. <https://www.youtube.com/watch?v=fGq4sYR5e3Y> [Consultada en enero 20, de 2015].

independientemente de que se haga la transferencia con ocasión de un préstamo o con ocasión de la compra de participaciones en el capital social de un (*sic*) empresa.”<sup>9</sup>

Sin embargo, la cuestión terminológica no termina ahí. Como lo señala la doctrina, “(...) el concepto del término ‘inversión’ se halla entre los aspectos más discutidos en esta área. No son pocas las definiciones de ‘inversión’.”<sup>10</sup>

En todo caso, y siendo que la mayoría de los TBI tienen una definición amplia de inversión y que el mismo Convenio CIADI optó por no definirlo, creemos que a los fines de este trabajo, resulta conveniente tratar la nueva definición que hace el Decreto-Ley de Inversiones para luego relacionarlo con el arbitraje.

Así las cosas, el Decreto-Ley de Inversiones, en su artículo 6, numeral 3, entiende por Inversión Extranjera: “(...) a la inversión productiva efectuada a través de 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.”

Luego, el mismo artículo en sus literales a, b, c, y d, se definen los tipos de aportes, tales como inversión financiera en divisas y/o cualquier otro medio de compensación en el marco de la integración latinoamericana y caribeña; los bienes de capital tangibles, entre ellos plantas industriales, maquinarias, equipos industriales, materia primas o recursos intermedios; los bienes intangibles, representados por marcas comerciales, de producto, patentes, modelos de utilidad, diseño o derechos de propiedad industrial. Para esto último, deberá realizarse una cesión entre empresas que no formen parte de un grupo vinculadas entre sí. Finalmente también forman parte del concepto, las reinversiones de las utilidades, o parte de estas, no distribuidas producto de las inversiones extranjeras.

Contrasta así la perspectiva con la que el Ejecutivo Nacional en la actualidad trata a las inversiones extranjeras con la que se puede advertir en las definiciones de la LPPI.

En efecto, al momento de la entrada en vigencia de la LPPI (1999), Venezuela integraba aun la Comunidad Andina de Naciones, el G-3, y se hallaba en un entorno de bajos precios del barril de petróleo<sup>11</sup>, atraer las inversiones extranjeras, resultaba un asunto clave, igual que para el resto de los países Latinoamericanos<sup>12</sup>. En razón de ello se produce el marco legal que ofrecía el mínimo de condiciones favorables a los inversionistas, pues los TBI subsiguientes a su promulgación, podían contener condiciones más ventajosas<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> Rodner, J., *La inversión internacional en Países en Desarrollo*, Editorial Arte, Caracas, 1993, p. 55, Citado por Torrealba, J., “Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras en Venezuela: Los contratos de estabilidad Jurídica (con referencia a las inversiones extranjeras para la explotación de hidrocarburos)” en *Revista de Derecho Administrativo* N° 20 enero-diciembre 2005, pp. 245-269, p. 247.

<sup>10</sup> Tejera, V., *El Arbitraje de Inversiones en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 83-89.

<sup>11</sup> Mommer, B., *La cuestión petrolera*, Ediplus, Caracas, 2008, pp. 302 y ss.

<sup>12</sup> Blackaby, N. “El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina”, *Revista Internacional de Arbitraje*, número 1 junio-diciembre 2004, pp. 17-63.

<sup>13</sup> Así lo señalaba el encabezado del Artículo 5: “Los tratados o acuerdos que celebre Venezuela podrán contener disposiciones que ofrezcan una protección más amplia a las inversiones que la prevista en esta Decreto-Ley, así como mecanismos de promoción de inversiones distintos a los aquí consagrados. La vigencia y aplicación de los tratados, convenios y acuerdos de promoción y

El contraste señalado puede verse en las incorporaciones de nuevas categorías no presentes en la legislación venezolana para el momento de promulgación de la LPPI. Así, el Decreto-Ley de Inversiones entiende por inversión a los recursos obtenidos lícitamente y que los inversionistas (nacionales o extranjeros) destinen a la producción de bienes o servicios que incorporen elementos nacionales, que contribuyan a la “creación de empleos, promoción de la pequeña y mediana industria, encadenamientos productivos endógenos<sup>14</sup>, así como al desarrollo de la innovación productiva”<sup>15</sup>.

Debe resaltarse que el Decreto-Ley de Inversiones no señala expresamente a las actividades sobre bienes del dominio público (que permitirían producir materia prima en el país o actividades de interés general como sería el propósito de las inversiones), tales como la industria minera, petrolera o energética así como a los contratos de concesión para la prestación o explotación de servicios públicos. Llama la atención esta ausencia pues es en estos sectores en los que Venezuela tiene elementos objetivos de competitividad para captar inversiones por cuanto las actividades de exploración, explotación de recursos naturales así como de explotación de servicios públicos u obras de infraestructura, requieren de altos volúmenes de capital inicial<sup>16</sup>, los cuales no pueden ser cubiertos con el presupuesto público del ejercicio económico 2015<sup>17</sup>.

Por otra parte, respecto de las modalidades para conocer y resolver las disputas que se puedan presentar con ocasión de inversiones extranjeras, no debe olvidarse el natural espacio regulatorio de los Estados, lo que da lugar a las políticas públicas internas sobre el tejido empresarial doméstico y al inversionista foráneo. En este sentido, cuando el constituyente venezolano de 1999 incluye a los medios alternos de resolución de conflictos, como pudimos anotar *supra*, se entiende que la mediación, conciliación y principalmente el arbitraje, formarán parte de los TBI así como de la legislación que constituya el régimen aplicable a las inversiones, tanto las nacionales como las extranjeras. No obstante, como también pudimos anotar en la introducción de este estudio, el retroceso pendular en las acciones de gobierno, las contradicciones entre órganos públicos del Poder Nacional<sup>18</sup> aun frente a una legislación

---

protección de inversiones ratificados por Venezuela no serán afectadas por lo previsto en este Decreto-Ley.”

<sup>14</sup> La doctrina ha señalado que: “El desarrollo endógeno persigue satisfacer las necesidades y demandas de la población local a través de la participación activa de la comunidad local en los procesos de desarrollo.” Vázquez, A. *Desarrollo, redes e innovación lecciones sobre desarrollo endógeno*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1999, p. 29.

<sup>15</sup> Artículo 6 numeral 1° del Decreto-Ley de Inversiones.

<sup>16</sup> Puede verse: Ritter, A., “La aglomeración en torno a la minería en Canadá: estructura, evolución y funcionamiento”, AA.VV. (Comp. Rudolf Buitelaar), en *Aglomeraciones mineras y Desarrollo local en América Latina CEPAL*, Bogotá, 2001, pp. 17-46. Y también Otero, A., “Elementos claves para la financiación de proyectos de infraestructura”, AA.VV. (Coord. A. Romero), en *Régimen legal de las concesiones públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 163-172.

<sup>17</sup> Al respecto véase: <http://prodavinci.com/2015/01/22/actualidad/60-economistas-se-pronuncian-sobre-la-crisis-economica-en-venezuela-monitorprodavinci/> [Consultada en enero 25, de 2015]

<sup>18</sup> Como se indicó, al tiempo que el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, mediante sentencia N° 1.541 de fecha 17 de octubre de 2008 señalaba que Venezuela se incluía entre los Estados favorables al arbitraje de inversiones, y que así lo evidenciaban los TBI y la LPPI, también añadió que los árbitros tendían a favorecer los intereses de las corporaciones transnacionales; por su parte, la Asamblea Nacional, en Acuerdo del 12 de febrero de 2008, publicado en *Gaceta Oficial* N° 38.869 del 13 de febrero del mismo año, titulado “*Acuerdo sobre la campaña de la Transnacional Exxon Mobil contra Petróleos de Venezuela, S. A.*”, exhortaba al Ejecutivo Nacional a “*retirarse del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*”. Sobre la imparcialidad de los árbitros y otros puntos relacionados puede verse: Torrealba J., “Comentarios sobre algunos problemas actuales del arbitraje con Estados u otros entes

marco y TBI favorables al arbitraje, no representa el escenario estable y previsible que atrae a las inversiones extranjeras pues progresivamente el arbitraje fue desconocido y finalmente se suprime en la legislación sectorial.

En el análisis de esto, la doctrina científica venezolana ha señalado con ocasión de la promulgación de la Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos<sup>19-20</sup>, y del Decreto Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro así como las conexas y auxiliares a éstas<sup>21-22</sup>, que con esta normativa se configuraba una clara modificación a las reglas en materia de disputas pues toda controversia será ahora conocida por los tribunales venezolanos (especialmente en la minería del oro), salvo en los supuestos de las concesiones o contratos mineros cuya terminación anticipada hubieren previsto que las disputas se solucionarían ante organismos internacionales de arbitraje<sup>23</sup>. La doctrina culmina señalando que se configura un ilícito de Derecho Internacional en el caso de las expropiaciones sobre las acciones de las empresas prestadoras de servicios así como de los bienes destinados a las actividades primarias en materia petrolera.<sup>24</sup>

En el momento presente, el Decreto-Ley de Inversiones establece el siguiente modo de solución de las controversias en su artículo 5, reza: “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 constituidos en el marco de la integración de América Latina y El Caribe.”

Con lo anterior, Venezuela, luego de denunciar el Convenio CIADI, suprime el mecanismo del arbitraje de las inversiones extranjeras, supresión que en materia del mineral de oro, ya había hecho desde 2012, quedando sometidas de modo exclusivo a la jurisdicción de

---

públicos”, AA.VV. (Dir. A. Brewer-Carías y V. Hernández-Mendible), en *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 695-723.

<sup>19</sup> *Gaceta Oficial* N° 39.173 de 7 de mayo de 2009

<sup>20</sup> Muci Borjas, J., “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)”, *Revista de Derecho Público* N° 118 abril-junio 2009, pp. 113-127.

<sup>21</sup> *Gaceta Oficial* N° 39.759 de 16 de septiembre de 2011

<sup>22</sup> Véase Brewer-Carías, A., Comentarios sobre la Ley Orgánica de Nacionalización de la minería del oro y de la comercialización del oro, *Tratado de Derecho Administrativo Derecho Público en Iberoamérica*, Vol. V, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 605-618. También Hernández-Mendible, V., “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”, *Revista de Derecho Público* N° 130 abril-junio 2012, pp. 295-306. Así como, Pernía-Reyes, M., “La minería en Venezuela y el nuevo régimen jurídico del aprovechamiento del oro”, *Revista Tachirensis de Derecho* N° 23 enero-diciembre 2012, pp. 103, 129.

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, la minera Rusoro solicitó el arbitraje ante el Mecanismo complementario CIADI, por cuanto no pudo llegar a un acuerdo amistoso con ocasión de la nacionalización de sus activos, luego de la entrada en vigencia del Decreto Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro así como las conexas y auxiliares a éstas. Puede verse en <http://www.miningweekly.com/article/rusoro-secures-funding-for-venezuela-nationalisation-arbitration-2012-06-18>[Consultada en enero 25, de 2015]. Para más detalles sobre el Mecanismo Complementario CIADI, Tejera, *Arbitraje...ob. cit.*, pp. 149-152.

<sup>24</sup> Muci, *La ley venezolana... ob. cit.* p. 113

los tribunales de la República, con la excepción de participar en el futuro, en otros mecanismos de solución de diferencias, con ocasión de la eventual creación de algún organismo multilateral Latinoamericano y Caribeño que sirva a la solución de conflictos por inversiones<sup>25</sup>.

Es así como consideramos que el movimiento pendular señalado en este breve análisis han alcanzado el otro extremo de las posibilidades del establecimiento del arbitraje para la solución de conflictos derivados de inversiones al pasar de una ley marco como la LPPI que lo permitía –aun las dificultades de interpretación de su artículo 22– hasta la supresión de esa figura en el nuevo Decreto-Ley de Inversiones agregando en su Disposición Transitoria Tercera que todo acuerdo marco de inversión o acuerdo comercial internacional sobre inversiones que suscriba o renegocie la República, se fundamentará en las nuevas disposiciones, de manera que desaparece hacia el futuro con esta ley, el arbitraje de inversiones para Venezuela.

Este nuevo escenario muestra la carencia de un enfoque práctico de las políticas públicas en materia de inversiones. En efecto una política pública ajustada a la CRBV y a la legislación en la materia, le hubiese permitido al Gobierno venezolano no apartarse de la previsión del constituyente de 1999 pues un correcto enfoque del arbitraje de inversiones desde el Estado le hubiese permitido reconocer que el arbitraje de inversiones es un procedimiento de derecho internacional público y, por tanto, de interés público, y que existe además un “(...) interés legítimo de la sociedad por las decisiones arbitrales.”<sup>26</sup>

Con lo anterior se presenta el siguiente escenario, a dos tiempos: el primero hace distinguir que los TBI vigentes en Venezuela, siguen conservando las modalidades de solución de controversias en ellos contenidos puesto que la plataforma de protección creada con anterioridad a este Decreto-Ley de Inversiones, se mantiene y, por lo tanto, deben regirse por las leyes que para el momento de la suscripción de los negocios jurídicos estaban vigentes. El segundo significa que la República, si decide renegociar sus TBI, no tendrá más que presentar como propuesta que la solución de diferencias la conocerán sus tribunales nacionales<sup>27</sup>, o un eventual organismo de carácter subregional.

## II. MINERÍA Y LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS POR INVERSIONES

La actividad minera permite colocar en los mercados mundiales un conjunto de bienes indispensables para la economía global, atrayendo las inversiones a los lugares donde se hallen los yacimientos económicamente aprovechables, y en los cuales la legislación doméstica del país receptor provea de reglas claras para la movilización de recursos diversos para su explotación así como en la posible intervención en el encadenamiento productivo que puede resultar de las actividades mineras que requiera el yacimiento.

---

<sup>25</sup> Este cambio legislativo coincide con las actividades promovidas por la “II Conferencia Ministerial de Estados Afectados por Intereses Transnacionales” cuyos miembros emitieron una declaración en torno a la creación del Observatorio del Sur sobre Inversiones y Transnacionales. Véase: <http://www.vtv.gob.ve/articulos/2014/09/10/paises-afectados-por-intereses-transnacionales-crearan-observatorio-del-sur-sobre-inversiones-y-transnacionales-1245.html> [Consultada en enero 25, de 2015].

<sup>26</sup> González, L. “El arbitraje de inversión desde la perspectiva del Estado” *Revista Internacional de Arbitraje* N° 12 enero-junio 2010, pp. 173-188.

<sup>27</sup> Respecto del desempeño de la justicia en Venezuela: Chavero Gazdik, R., *La justicia revolucionaria*, Editorial Aequitas, Caracas, 2011. Y más recientemente Canova González, A. y otros, *El TSJ al servicio de la Revolución*, Editorial Galipán, Caracas, 2014.

La minería pues se fundamenta precisamente en la realización de labores cuya *economía* permita obtener una renta de las inversiones realizadas<sup>28</sup>. Esto ha representado para el Estado venezolano un salto trascendental pues la abundancia de recursos naturales, particularmente de yacimientos mineros y de hidrocarburos permitió pasar de obtener ingresos principalmente por las actividades aduaneras en casi la totalidad del siglo XIX y comienzos del siglo XX<sup>29</sup>, a convertirse en una economía rentista o de capitalismo rentístico<sup>30</sup> erigiéndose el Estado en el gran agente económico nacional<sup>31</sup>.

No obstante, si bien es posible que los Estados propietarios de importantes recursos naturales puedan tener ventajas respecto de otros menos favorecidos, ello no es garantía de una economía estable, de manera que Venezuela, junto a un gran número de países ricos en recursos naturales “(...) han rendido por debajo de su potencial, como consecuencia de una mala gestión de sus recursos (...)”<sup>32</sup>.

De allí que Venezuela entre los años 1991 y 1993 y luego entre 1999 y 2002 promovió reformas destinadas a crear condiciones favorables a la libre empresa y a la libertad económica, coincidiendo este último período con la promulgación de la LPPI, para maniobrar en un mercado petrolero de precios bajos. Incluso, se promulgó una nueva Ley de Minas también en 1999, que incluía el arbitraje para las controversias respecto de concesiones mineras. No obstante, cuando los precios del barril de petróleo (y del carbón mineral) mostraron tendencias de recuperación, especialmente a partir de 2005, se reasumen diversas técnicas de intervención en la economía<sup>33</sup>, retornando al modelo estatista antes señalado.

Este retorno impacta negativamente en materia minera pues la extinción anticipada de los contratos o concesiones o la política de no renovación de concesiones mineras desde 2005<sup>34</sup>, la promulgación de la Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro así como las conexas y auxiliares a éstas, con cuya entrada en vigencia se dio inicio a diversas disputas legales que han llevado a Venezuela a Tribunales Arbitrales

<sup>28</sup> Particularmente el “*gasto real en nuevos bienes dirigidos a su utilización en los procesos productivos*”. Manzano, O., y otros, *Macroeconomía y petróleo*, Pearson Educación de México S. A. Estado de México, 2008. p. 400. La nueva definición en el Decreto-Ley de Inversiones incluye los bienes recuperados o reparados.

<sup>29</sup> Así lo expone Baptista Asdrúbal al citar parte de distintos jefes de hacienda de Venezuela, en los siguientes términos: “*Óigase al Secretario de Hacienda de la República, Santos Michelena, decir lo siguiente en su memoria de 1832: ‘Siendo las rentas (léase ingresos A.B.) de las aduanas las únicas que propiamente hablando posee la nación para cubrir sus enormes gastos...’ (Michelena, 1982:33). Por su parte, el Ministro Román Cárdenas en su Memoria de 1914 expresará un idéntico parecer: ‘como es sabido, el 75 por ciento de la renta nacional (léase ingreso público, A. B.) lo constituye la renta aduanera...’ (Cárdenas, 1982:419).*” Baptista, A., *Itinerario por la Economía Política*, Ediciones IESA y la Academia Nacional de Ciencias Económicas, Caracas, 2008, p. 333.

<sup>30</sup> Baptista, A., *Itinerario... ob. cit.*, p. 335. Para más profundidad: Baptista, A., *Teoría económica del capitalismo rentístico*, Banco Central de Venezuela, Caracas, 2010.

<sup>31</sup> Así, Hernández, J. señala: “El Estado se convirtió en el principal actor económico, insuflado por el petróleo, que marcó para siempre nuestra económica (sic), convirtiéndola en una economía rentística.” En, Hernández, J., “La regulación económica de actividades de interés general y la vuelta a los modelos estatistas.” *AA.VV.* (Coord. Asociación Peruana de Derecho Administrativo) En *Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo: Modernizando el Estado para un país mejor*, Lima, 2010, p. 301

<sup>32</sup> Sachs, J., *Economía para un planeta abarrotado*, Random House Mondadori, Barcelona, 2008, p. 289.

<sup>33</sup> Hernández, J., *La regulación... ob. cit.*, pp. 301-303.

<sup>34</sup> Soules, G., Latifundio minero, *Revista Veneconomía*, [http://www.veneconomia.com/site/files/articulos/artEsp3218\\_8187982.pdf](http://www.veneconomia.com/site/files/articulos/artEsp3218_8187982.pdf) [Consultado en Febrero 13 de 2015].



extranjeros por empresas nacionalizadas (casos de las mineras canadienses Crystallex, Gold Reserve y Vanessa Ventures), así como la compra de las acciones en los *joint ventures* que venían mostrando buen desempeño en la minería del carbón energético<sup>35</sup>, sumado a una permanente transformación de la Administración Minera Nacional<sup>36</sup> que hace inviable el diseño, formulación implementación y seguimiento de políticas públicas en el sector, constituyen factores que, junto a al nuevo Decreto-Ley de Inversiones, configuran una política de restricción de inversiones y no en su promoción.

Las inversiones extranjeras requieren de un tratamiento concreto, estable y competitivo. Si bien existe y es necesario un espacio natural de los Estados para legislar y regular el modo en el cual se tratan a las inversiones extranjeras, en materia de industrias extractivas como la minera particularmente en Suramérica, se requiere de elementos competitivos que haga direccionar las inversiones a las economías con grandes recursos naturales. La integración al mundo globalizado, se promueve a través de la apertura a la inversión extranjera y de la participación creciente en los mercados internacionales, aprovechando sus ventajas específicas, particularmente el entorno regulatorio.

De allí que la supresión de los elementos tradicionales como el arbitraje en materia de inversiones extranjeras para la solución de controversias en Venezuela sella el conjunto de decisiones políticas y de legislaciones que promueve la iniciativa pública en lugar de la privada.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

La Ley de Minas de 1999 permitía alcanzar una industria minera madura y eficiente. Ello junto a la LPPI, también de 1999, permitían que las inversiones extranjeras pudieran acceder a medios alternos de resolución de controversias, como es costumbre internacional, a través del arbitraje, en plena consistencia con lo consagrado por el constituyente en ese mismo año.

Los hechos 15 años después son otros, se ha completado el movimiento pendular alcanzando un extremo opuesto a la competitividad reduciendo sensiblemente las oportunidades para que Venezuela ingrese a los mercados globales, coincidiendo con la necesidad de captar el flujo de inversiones y tecnología dada la actual incapacidad interna, pública o privada, para acometer las labores mineras que sean proporcionales a nuestras reservas probadas. Como se anotó *supra*, la actividad minera en sus distintas etapas requiere de importantes volúmenes de capital con el cual realizar las inversiones para la exploración, estudios de prospección geológica, explotación, transporte, almacenamiento, infraestructura, industrialización y comercialización interna o externa de los minerales extraídos.

---

<sup>35</sup> Como lo representó la asociación de la estatal Carbones del Zulia, S. A. con el grupo Anglo American Coal-Peabody Coal Venezuela Limited, en la operación de las minas del carbón del Estado Zulia, mediante la empresa mixta Carbones del Guasare, S. A., de la cual, el Ejecutivo Nacional ordenó la transferencia de las acciones de las empresas privadas a la estatal Carbones del Zulia, S. A. orden que se materializó mediante un “Acuerdo de Consentimiento”, culminándose tal proceso el 22 de marzo de 2011 mediante Decreto de adscripción de la nueva empresa del Estado a la Vicepresidencia Ejecutiva de la República según *Gaceta Oficial* N° 39.646 del 31 de marzo de 2011.

<sup>36</sup> Brewer-Carías, A., ¿Reforma administrativa en Venezuela? O la transformación no siempre planificada de la Administración pública, para la implementación de Un estado socialista al margen de la constitución, Mediante la multiplicación, dispersión y Centralización de sus órganos y entes, Ponencia elaborada para el Cuarto Congreso Iberoamericano y Quinto Mexicano de Derecho Administrativo, Xalapa, México, octubre 2012. En: [http://allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/L,%20I,%201057.%20Reforma%20administrativa%20%20trasformaci%C3%B3n%20no%20planificada%20de%20la%20Administraci%C3%B3n%20P%C3%ABlica.%20Venezuela%202001\).pdf](http://allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/L,%20I,%201057.%20Reforma%20administrativa%20%20trasformaci%C3%B3n%20no%20planificada%20de%20la%20Administraci%C3%B3n%20P%C3%ABlica.%20Venezuela%202001).pdf) [Consultado en Febrero 13 de 2015].

No obstante la legislación en materia minera vigente mantiene el riesgo respecto del hallazgo, estudio, verificación de la condición, la calidad, las características físico-químicas, el desarrollo de infraestructura, y mercado del mineral, al concesionario-inversionista. Por lo cual se sostiene que todo inversionista de la industria minera en Venezuela que se halle dentro de los extremos de TBI válidamente suscritos y ratificados por el Estado venezolano que tengan previstos el uso del arbitraje como medio de resolución de conflictos, pueden hacer uso del mismo, si tales inversiones extranjeras constituyeron negocios jurídicos anteriores a las denuncias señaladas en este trabajo o se encuentren amparados por TBI.

Finalmente, este errático tratamiento a la inversión extranjera que ha recorrido los estadios aquí señalados tiene un doble efecto negativo para la República. El primero de ello es que mientras estén vigentes los TBI que contengan el arbitraje como medio de resolución de controversias, es posible aun el acceso a los tribunales arbitrales internacionales, así como la aplicación del Convenio de las Naciones Unidas para el reconocimiento y cumplimiento de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York de 1958), por lo que Venezuela sigue teniendo responsabilidad internacional; y el segundo, las necesarias inversiones extranjeras que puedan mejorar las finanzas producto de la actual caída de los precios de petróleo, optarán por mercados con sectores mineros eficientes y maduros, incapacitando al Estado venezolano para la captación de inversiones extranjeras así como la drástica reducción de impuestos mineros.