



UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADEMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE INVERSIONES EXTRANJERAS
POSTGRADO EN DERECHO MERCANTIL

TRABAJO ESPECIAL DE GRADO

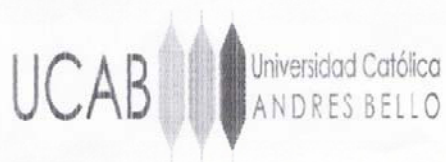
**LAS INVERSIONES EXTRANJERAS Y SU SEGURIDAD
JURÍDICA**

Presentado por
Salazar Boada Rosa Margarita

Para optar al Título de
Especialista en Derecho Mercantil

Asesor
Verónica Márquez Martínez

Puerto Ordaz, Septiembre de 2014



UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADEMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE INVERSIONES EXTRANJERAS
POSTGRADO EN DERECHO MERCANTIL

APROBACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana **Rosa Margarita Salazar Boada**, titular de la Cédula de Identidad V-12.643.055 para optar al Título de Especialista en Derecho Mercantil, cuyo título definitivo es **Las Inversiones Extranjeras y su Seguridad Jurídica**; y manifiesto que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas a los diez y ocho (18) días del mes de febrero de 2014

Verónica Márquez Martínez

C.I. V-7.262.719

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a Dios principalmente, por todas sus bendiciones

A mi papá Martin Salazar quien está en el cielo con Dios, siempre te recordamos papá

A mi mamá Rosa Boada de Salazar por estar conmigo apoyándome en todo y por todo su amor. Te amo mamá

A mi hermano Abimael Salazar, Médico Cardiólogo, espero también que te sientas muy feliz por mi logro. Gracias por estar siempre apoyándome

A mi hermano Argenis Salazar, quien me inspiró para realizar el Postgrado de Derecho Mercantil

A mi bella UCAB Guayana, por brindarme esta oportunidad

A mi profesora asesora Verónica Márquez Martínez por todas sus enseñanzas, valioso apoyo y horas dedicadas a las correcciones de este trabajo. Gracias profe.



UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADEMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE INVERSIONES EXTRANJERAS
POSTGRADO EN DERECHO MERCANTIL

LAS INVERSIONES EXTRANJERAS Y SU SEGURIDAD JURÍDICA

Autor: Rosa Margarita Salazar Boada
Asesor: Verónica Márquez Martínez
Fecha: Septiembre del 2014

RESUMEN

El presente Trabajo Especial de Grado tiene como objetivo general analizar las inversiones extranjeras y su seguridad jurídica, las cuales han representado por décadas un tema de estudio para la creación de modelos o principios estandarizados orientados hacia su promoción y protección. Sin duda alguna todas las vías o alternativas diplomáticas y legislativas que surjan para enfrentar los problemas y resguardar las inversiones extranjeras requieren de su evaluación exhaustiva, ya que las decisiones emanadas influyen en el crecimiento y desarrollo de las mismas. Los objetivos específicos planteados son determinar las bases jurídicas que dan protección y seguridad, analizar los antecedentes que han marcado la evolución de las inversiones extranjeras, analizar los conceptos relativos a la inversión extranjera, interpretar en qué consiste el régimen de admisión y establecimiento y pasos a seguir luego que una inversión es admitida, interpretar el régimen de tratamiento de la inversión extranjera, sus principios o formas estandarizadas que brindan estabilidad jurídica, Analizar el arbitraje como medio para la solución de los conflictos de las inversiones extranjeras y los centros de arbitraje. La metodología utilizada para la investigación del Trabajo Especial de Grado es de tipo documental a un nivel descriptivo, empleándose técnica cualitativa de análisis de contenido.

Palabras clave: Inversiones, estandarizadas, tratamiento, seguridad, establecimiento.

Índice General

	PP.
Carta de Aprobación del Asesor.....	i
Agradecimientos.....	ii
Resumen.....	iii
Introducción.....	1
 Capítulo I. Bases Jurídicas de las Inversiones Extranjeras en Venezuela y las Expropiaciones.....	4
Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 2000. Título IV. Del Poder Público. Sección Quinta. De las Relaciones Internacionales.....	4
Del Sistema Socioeconómico y de la Función del Estado en la Economía.....	5
Del Sistema Cambiario y Libertad Económica.....	7
Tratados Bilaterales de Inversión (BIT).....	8
Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones N° 356 (1999, Octubre 3). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.390, Octubre 22, 1999.....	10
Decreto N° 2.095 de fecha 13 de Febrero de 1992.....	11
Reglamento del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones N° 1.867 de fecha 11 Julio de 2.002.....	11
Código de Comercio de Venezuela y el Principio de Autonomía de Voluntad...	12
Ley de Mercado de Valores y Ley de Caja de valores.....	14
Régimen para Inversiones Extranjeras en Actividades de Telecomunicaciones..	14
Del Arbitraje Comercial.....	16
Tributación en materia de Inversiones Extranjeras.....	17
Seguridad Jurídica en materia de Expropiación en Venezuela.....	20

Índice General

PP.

Capítulo II. Antecedentes que han marcado la evolución histórica de las Inversiones Extranjeras en Venezuela.....	27
Historia de las Inversiones Extranjeras en Venezuela durante el Siglo XIX.....	28
Las Inversiones Extranjeras en Venezuela en el primer período del Siglo XX...	30
Las Inversiones Extranjeras en Venezuela en el segundo período del Siglo XX..	34
Las Inversiones Extranjeras en Venezuela en la Época Actual.....	42
 Capítulo III. Conceptos Relativos a la Inversión Extranjera y régimen aplicable.....	50
Inversor Extranjero.....	51
Inversión Extranjera.....	58
El Aporte desde el ámbito aplicable a las Inversiones Extranjeras.....	65
La Reinversión como Aporte.....	68
Clases de Inversiones Extranjeras en Venezuela.....	70
Inversiones Directas.....	71
Inversiones de Cartera.....	74
Inversión Internacional.....	77
Otras Definiciones en el entorno de las Inversiones Extranjeras.....	78
Inversionista Nacional.....	78
Empresa Nacional.....	79
Empresa Mixta.....	79
Ente Paraestatal o Empresa del Estado.....	79
Empresa Extranjera.....	80
País Receptor.....	80

Índice General

PP.

Capítulo IV. Régimen de Admisión y Establecimiento y pasos a seguir luego de una Inversión es Admitida.....	81
Formas de Control y Restricciones.....	82
Derecho de Admisión.....	87
Derecho de Establecimiento.....	90
Registro de la Inversión Extranjera en Venezuela.....	92
Derecho de la Libre Transferencia.....	95
 Capítulo V. Principios Generales de Tratamiento que brindan estabilidad y Seguridad Jurídica, las Medidas de Inversión e Incentivos.....	98
Principio del Trato nacional.....	100
Principio de la Nación Más favorecida.....	104
Principio del Trato Justo y Equitativo.....	114
Principio de Protección y Seguridad Plena.....	117
Principio de Transparencia.....	119
Medidas de Inversión Relacionadas con el Comercio (MIC).....	120
Los Incentivos a la Inversión Extranjera.....	126
Incentivos financieros.....	127
Incentivos fiscales.....	128

Otros incentivos.....	129
Los Contratos de Estabilidad Jurídica.....	131
 Capítulo VI. El Arbitraje como medio de la solución de conflictos de las Inversiones Extranjeras.....	 136
Del Arbitraje y Acuerdo Arbitral.....	137
Características del Arbitraje Comercial Internacional.....	141
Centros de Arbitraje Internacional y el CIADI.....	142
Las Inversiones Extranjeras en Venezuela cómo país receptor y su seguridad jurídica.....	149
 Conclusiones.....	 153
Referencias Bibliográficas.....	162

Introducción

Desde el momento en que un inversor, ya sea una nación o una persona natural o jurídica tiene la disposición de llevar a un país extranjero, en el cual no tiene la ciudadanía, un aporte directo que puede ser financiero o de bienes, se considera dicho aporte como una inversión extranjera. Es importante entonces tanto en el área legal como social y empresarial conocer cómo tiene que transitar este inversor para que su inversión sea admitida y establecida con todos los requisitos legales exigidos por la nación extranjera donde quiere sembrarla y cuándo debe considerarse admitida y legal su inversión, para así lograr el alcance que quiere en su producción y obtener los beneficios económicos esperados.

Existen normas internacionales que han sido creadas de forma estandarizada, cómo principios generales que brindan protección y seguridad jurídica a las inversiones extranjeras, sin embargo, cada nación dentro de sus reglamentos legales posee autonomía para el trato que deberá ofrecer a las inversiones extranjeras. Venezuela cuenta con leyes especiales que ofrecen estabilidad jurídica a la inversión extranjera; el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones y el Decreto Reglamentario 2095 el cual acoge lo referido a las inversiones extranjeras y los contratos sobre marcas, patentes, licencias y regalías, regula los tipos de inversión, los sectores de la economía reservados a empresas nacionales y también recoge el tema de las reinversiones.

Todo inversor debe conocer sus derechos dentro del país donde establece su inversión, así mismo los tratamientos o principios generales que esa nación debe otorgarle para la protección de sus aportes, inclusive debe conocer si existe algún tratado bilateral de inversión entre su nación y el país extranjero que ampare y de resguardo a su inversión y para que haya una mejor relación con los organismos

competentes. Es por ello que en éste trabajo de grado se desarrollarán temas de interés en el área de las inversiones extranjeras, que se espera sirva de aporte tanto a inversores extranjeros como a estudiosos del área.

Se analizarán las inversiones extranjeras y su seguridad jurídica en Venezuela, tema que se desglosará en capítulos para su interpretación global. Se desarrollarán las bases jurídicas de las inversiones extranjeras en Venezuela y los antecedentes que han marcado su evolución histórica como preámbulo a ésta investigación, para luego entrar en el campo de estudio donde se razonará sobre conceptualizaciones y régimen aplicable a las inversiones; interpretando las etapas por las que pasa una inversión luego que es admitida en el país. Así mismo se abarcará el estudio del tratamiento de la inversión extranjera y sus formas estandarizadas de estabilidad jurídica, los tratados bilaterales de inversión y los centros de arbitraje para la solución de conflictos. Son éstos los objetivos que se esperan lograr y los cuales representan la estructura del trabajo especial de grado.

Entre las fortalezas que se han observado para la realización del trabajo está que el área seleccionada es de gran interés socio-económico y representa un tema vigente en el Derecho Mercantil; entre las debilidades o limitaciones es que es un área en el que la bibliografía nacional es un poco escasa, habiendo pocos autores venezolanos y que hayan escrito libros sobre el tema, aportando sus conocimientos a nuevos estudiantes; no obstante, es un tema actual al que se hace referencia en revistas y publicaciones de manera más cotidiana. Es un tema muy interesante que invita a su estudio y a sumergirse en las profundidades de las inversiones internacionales, por la misma influencia del comercio mundial, los cambios de divisas, las unificaciones de la moneda a nivel mundial como lo son el Dólar o el Euro, las nuevas tecnologías que aumentan cada día y el deseo de inversionistas de llevar nuevas producciones y conocimiento a otros países, ésto hace que cada vez se establezca como un tema de estudio actual y contemporáneo. Conocer el proceso por el que pasa una inversión extranjera al llegar a Venezuela, su admisión, su registro para que pueda ser aceptada

legalmente, trámites a seguir para realizar este proceso, cómo se pueden usar los incentivos para adquirir inversiones, su seguridad jurídica y el arbitraje y centros para la solución de conflictos; son sin duda legos que al unirlos hacen un tema en común con todas las piezas relacionadas entre sí, marcando un propósito en el comercio y en las inversiones internacionales. Son estos los puntos que se irán desarrollando en este trabajo de grado, al que se invita a leer para así analizar la manera en que se ejecutan las inversiones extranjeras en Venezuela.

La estructura del trabajo de grado consta de VI capítulos y está representada de la siguiente manera, esperando ser óptima para su análisis y desarrollo: El capítulo I consta de la base jurídica de las inversiones extranjeras en Venezuela. El capítulo II un análisis de los antecedentes que han marcado la evolución histórica de las inversiones extranjeras en Venezuela. El capítulo III se desarrolla en la conceptualización de las inversiones extranjeras y su régimen aplicable. En el capítulo IV se interpreta la admisión y establecimiento y los pasos a seguir luego de que una inversión es admitida. En el capítulo V se interpreta el régimen de los principios generales de tratamiento de la inversión extranjera y los principios que le brindan estabilidad jurídica, así como las medidas de inversión relacionadas con comercio y los incentivos. En el capítulo VI se analiza el arbitraje como medio de solución de conflictos de las inversiones extranjeras y los centros de arbitraje.

La metodología aplicada en la elaboración del trabajo de grado está representada por un tipo de investigación documental por encontrarse en él la técnica de investigación analítica y conceptual y con apoyo en referencias bibliográficas, escritos como libros, revistas, folletos y otros documentos o medios que pueden ser electrónicos o audiovisuales; con el objeto de recoger la información en ellos contenida por medio de la observación, lectura e indagación, para organizarla y plantearla en el trabajo. El nivel que se utilizará o ha marcado la investigación es descriptivo, ya que se analizan objetivos o problemas de estudio bajo las técnicas cualitativas en el análisis de contenido.

Capítulo I

Bases Jurídicas de las Inversiones Extranjeras en Venezuela

Diferentes leyes en el ordenamiento jurídico venezolano contemplan en su contenido algún tipo de régimen que de forma específica va dirigido a la protección de las inversiones extranjeras; es justificable que sea así puesto que las inversiones extranjeras han alcanzado un gran número de sectores que brindan grandes posibilidades comerciales a los distintos inversores interesados. Siendo tan variadas las oportunidades para invertir, ya sea en áreas del comercio, en la adquisición acciones o valores en sociedades, en nuevas tecnología y telecomunicaciones, entre otras, esto explica que dentro de los ordenamientos internos de éstas se ha cubierto la regulación para su tratamiento. En este capítulo se enunciarán las bases jurídicas orientadas hacia los regímenes de las inversiones extranjeras en Venezuela, comenzando con las regulaciones de nuestra Carta Magna, seguidas por otras leyes especiales y tratados bilaterales que brindan seguridad jurídica en torno a ellas.

Constitución de La República Bolivariana de Venezuela 2000. Título IV. Del Poder Público. Sección Quinta. De las relaciones Internacionales

El artículo 153 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala el derecho de integración latinoamericana y caribeña, promoviéndola y favoreciéndola en aras de avanzar hacia el desarrollo de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. El mismo artículo establece la potestad del Estado para suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común; y continúa diciendo que: “la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración”. Se sostiene en este artículo que dentro de

esta política de integración con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará las relaciones con Iberoamérica, procurando así una política común con América Latina.

Se manifiesta que las normas que se adopten en el marco de integración serán consideradas como parte del ordenamiento legal vigente y de directa aplicación en la legislación interna. Por su parte, el artículo 154 de nuestra Carta Magna señala: que “los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República”. Con esto se contempla la base legal para los tratados internacionales que de acuerdo a la constitución al ser aprobados por la República garantizan mejores relaciones internacionales con otros Estados Latinoamericanos.

Si bien en el artículo 153 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se manifiesta el deseo de integración para las relaciones internacionales, sólo se abarca en dichas relaciones a los países integrantes del Caribe y de Latinoamérica, lo cual puede considerarse como una limitación para las relaciones internacionales. Se debe tener el deseo y la voluntad de integración de manera global, permitiendo las bases constitucionales para las relaciones comerciales con países de Norte América, y demás continentes como Europa y Asia, tal como se manifiesta con los de Latinoamérica.

Del Sistema Socioeconómico y de la Función del Estado en la Economía

El artículo 299 de la Constitución Bolivariana de Venezuela se refiere al régimen socioeconómico al señalar lo siguiente:

El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del

ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta.

Por su parte el artículo 300 de la Constitución continúa desarrollando el régimen socioeconómico del país refiriendo que: “La ley nacional establecerá las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan”. Se debe destacar el artículo 301 de nuestra Carta Magna en el cual se observa la base constitucional para el tratamiento a la inversión extranjera: “El Estado se reserva el uso de la política comercial para defender las actividades económicas de las empresas nacionales públicas y privadas. No se podrá otorgar a personas, empresas u Organismos extranjeros regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales. La inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional”.

Y para cerrar las bases constitucionales en el sistema socioeconómico, referidas al tema de las inversiones extranjeras, es también necesario hacer mención al Derecho del Estado de reservarse las actividades señaladas en el artículo 302 “El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional,

la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo”.

Del Sistema Cambiario y libertad Económica

Entre el contenido de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y la Ley del Banco Central de Venezuela se encuentran las bases jurídicas para la protección y libertad económica, control de cambios, contratos en monedas extranjeras, y lo relacionado a la libertad de competencia. Estos principios se fundamentan en el principio de libertad económica que señala el Artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

Así como se ha descrito en el artículo 112 de la constitución sobre la libertad económica, en el país también hay libertad para las contrataciones en monedas extranjeras. Las bases para el derecho a la contratación en moneda extranjera la

podemos encontrar en la Ley del Banco Central de Venezuela de fecha 18 de Octubre de 2.002, Gaceta Oficial N° 5.606 Extraordinario, la cual en su artículo 115 señala lo siguiente: “Los pagos estipulados en moneda extranjera se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en lugar de la fecha de pago”.

De igual forma el artículo 116 de la misma Ley establece: “La contabilidad de las oficinas públicas o privadas y en los libros cuyo empleo es obligatorio, de acuerdo con el Código de Comercio, los valores se expresaran en bolívares”. No obstante, pueden asentarse operaciones de intercambio internacional contratadas en moneda extranjera, cuya mención puede hacerse, aunque llevando la contabilidad el respectivo contravalor en bolívares. Igualmente, pueden llevarse libros auxiliares para la misma clase de operación. Con indicaciones y asientos en moneda extranjera. En consecuencia, las obligaciones y los pagos en moneda extranjera son permitidos en Venezuela por reconocerlo la Ley del Banco Central de Venezuela; los pagos en monedas extranjeras están enmarcados en el principio de libertad económica, estipulado en el artículo 112 de la Constitución Venezolana ya referido.

Tratados Bilaterales de Inversión (BIT)

Para Betancourt y Rodríguez (2010) el tratado bilateral ante todo es “un acuerdo de voluntades entre las partes, entre Estados y entre éstos y organizaciones internacionales” (p. 19), así mismo se puede inferir de estos autores que el tratado puede ser concluido no solamente por Estados, sino entre otros sujetos de derecho internacional. Continúan señalando Betancourt y Rodríguez (2010) “el tratado es un acuerdo que se concluye con el fin de producir efectos jurídicos, es decir; crea compromisos jurídicos que son vinculantes para las partes” (p. 20). A su vez señalan que “el tratado está regido por el derecho internacional, aunque no en forma exclusiva. El Derecho Interno es aplicable en la fase de elaboración, cuando se

establecen los plenos poderes para negociar y suscribir un texto y en lo relativo a la ratificación y entrada en vigor” (p. 21).

Para Tempone (2003) los tratados contienen un conjunto de “normas destinadas a los Estados pero cuyo beneficiarios directos son los inversores de uno u otro Estado parte, existiendo en ese sentido una especie de reciprocidad negativa en las relaciones interestatales” (p. 31), se infiere de este autor que con base a dicha reciprocidad es necesario determinar a qué categoría de tratado responde un acuerdo de protección de inversiones ya que puede plantear dificultades entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional. Continúa agregando Tempone (2003) que desde el punto de vista de la aplicabilidad se pueden distinguir dos categorías de tratados en el Derecho Internacional: “a) tratados dirigidos exclusivamente a los Estados y b) tratados dirigidos a los Estados y a los particulares” (p. 31), para la primera categoría los Estados deben cumplir con las normas sin que estas trasciendan el plano interestatal; para la segunda categoría los tratados pueden adquirir formas diversas.

Muci (2007) afirma que aproximadamente para la fecha en que se publicó su investigación “existen o han sido suscritos más de dos mil (2.000) Tratados Bilaterales de Inversión para promoción y protección recíproca de inversiones (BITs). De esos tratados, más de trescientos ochenta (380) han sido suscritos por países de la América Latina” (p. 111). En Venezuela los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT) constituyen un marco jurídico para la promoción y protección de las inversiones extranjeras, los convenios contienen toda la normativa estandarizada que ayuda a garantizar la estabilidad y seguridad de las inversiones y los organismos internacionales a dónde acudir en caso de requerirlo. Venezuela ha suscritos tratados bilaterales de inversión con otros países; durante la década de los años 90 fueron suscritos la mayoría de ellos y hasta el año 2008 continuaron elaborándose otros, con el objeto de promoción y protección recíprocas de inversiones extranjeras.

Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección De Inversiones Nro. 356 (1999, Octubre 3). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.390 Extraordinario, Octubre 22, 1999.

La mayoría de los derechos y garantías que los tratados reconocen pueden encontrarse en el Decreto con Rango y Fuerza de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, la cual deja ver su objeto en su artículo N° 1, señalando lo siguiente: “Este Decreto Ley tiene por objeto proveer a las inversiones y a los inversionistas, tanto nacional como extranjeros de un marco jurídico estable y previsible, en el cual aquellas y éstos puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad, mediante la regulación de la actuación del Estado frente a tales inversiones e inversionistas, con miras a lograr el incremento, la diversificación y la complementación armónica de las inversiones en favor de los objetivos del desarrollo nacional”. De igual forma señala el artículo 2 del mismo:

Este Decreto Ley, se aplicará a las inversiones ya existentes en el país al momento de su entrada en vigencia, como a las inversiones que se realicen con posterioridad a ésta, así como a los inversionistas en unas u otras inversiones; pero sus disposiciones no se aplicarán a ninguna controversia, reclamo o diferendo que se originen en hechos o actos ocurridos antes de su entrada en vigor. En cuanto proceda, se aplicará a la actuación del Estado ante las inversiones venezolanas en el exterior.

El Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones regula a las inversiones extranjeras en Venezuela, definiendo en su contenido lo relacionado a la inversión, inversor y sus tipos, tratamiento, incentivos y solución de controversias.

Decreto N° 2.095 de fecha 13 de Febrero de 1992, Gaceta Oficial N° 34.930 del 25 de Marzo de 1992

El Decreto N° 2095 de fecha 13 de Febrero de 1992 regula el régimen de tratamiento a los capitales extranjeros en Venezuela, así como en los demás países miembros del Acuerdo Subregional Andino. El Decreto acoge lo establecido en las Decisiones 291 y 292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (CAN), referidas a las inversiones extranjeras y a los contratos sobre marcas, patentes, licencias y regalías, regulando los tipos de inversiones, el organismo nacional competente, los sectores de la economía reservados a empresas nacionales y a las reinversiones. Aunque Venezuela desde el año 2.006 dejó de pertenecer a la Comunidad Andina (CAN) se sigue considerando el Decreto 2.095 como instrumento jurídico empleado en las definiciones y bases legales para las inversiones extranjeras.

Reglamento del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección De Inversiones N° 1.867 de fecha 11 de Julio de 2.002, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.489, de fecha 22 de julio de 2.002

El Reglamento N° 1.867 está regulado en el marco referencial del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones Nro. 356, conglomerada en su contenido artículos de análisis de las normas de dicho decreto N° 356, se describe en sus primeros artículos las ordenanzas jurídicas establecidas para considerar e identificar una inversión nacional y una inversión extranjera en cuanto a su propiedad o control, destacando el porcentaje que debe observarse para caracterizar cuando una inversión es propiedad o es controlada por extranjeros o por nacionales, siendo requisito necesario para sus respectiva calificación. Así mismo se destaca lo aplicable a los mecanismos legales y requisitos para llevar a cabo los contratos de estabilidad jurídica y las condiciones para su celebración. El Decreto N° 1.867 es una referencia legal para las inversiones extranjeras.

Código de Comercio Venezolano y el Principio de Autonomía de Voluntad

El régimen jurídico para el tratamiento de las sociedades extranjeras contenidas en el Código de Comercio se encuentra desarrollado en sus artículos 354 a 358, que distingue entre las personas jurídicas nacionales y extranjeras; para ésto el Código hace entender en su artículo 354 que no es suficiente el sólo el hecho de que una sociedad sea constituida en el extranjero para que sea reputada como extranjera, ya que es necesario la inclusión de otros factores que exige la Ley; es decir, si una sociedad se constituye en el extranjero pero tiene su objeto principal en Venezuela, es considerada por el ordenamiento jurídico una sociedad nacional. Se entiende la diferencia cuando se trata de una empresa cuyo principal objeto se encuentra en Venezuela o cuando se trata de una sucursal, habiendo en ambos casos una diferencia real entre nacionales y extranjeras.

El artículo 354 señala textualmente que: “Las sociedades constituidas en País extranjero, que tengan en la República el objeto principal de su explotación, comercio o industria, se reputarán sociedades nacionales. Las sociedades que constituidas también en país extranjero sólo tuvieren en la República sucursales, o explotaciones que no constituyan su objeto principal, conservarán su nacionalidad, pero se les considerará domiciliadas en Venezuela”. De acuerdo a éste artículo puede afirmarse que no basta con que la celebración de un contrato de una sociedad sea en el territorio de la República o en un país extranjero, pues es necesario el cumplimiento de la Ley del país donde la misma tenga su objeto principal, es esa la premisa para la comprensión la nacionalidad de la sociedad. Cabe destacar que se debe cumplir con la inscripción de la sociedad en Venezuela en el registro de comercio.

El código de comercio venezolano continúa haciendo las distinciones en los artículos siguientes 355 al 358 sobre los requerimientos legales que deben tener las sociedades extranjeras en Venezuela, mencionando entre ellos, la obligatoriedad de designar un representante legal de las sociedades extranjeras, los negocios cuando no

tienen sucursales ni explotación en el país, la responsabilidad personal de los representantes de las sociedades extranjeras y la irrenunciabilidad de jurisdicción. La sociedad extranjera deberá como lo determina el Código cumplir con el requerimiento de su inscripción en el Registro de Comercio del lugar donde se encuentra la explotación principal de la sociedad. Éste es un requisito que de no cumplirse puede ocasionar los graves efectos señalados el artículo 357 del Código de Comercio Venezolano sobre la responsabilidad personal de representantes de sociedades extranjeras.

Es importante hacer mención del artículo 116 del código de comercio Venezolano el cual establece la aplicación de la ley venezolana para los contratos mercantiles celebrados en el extranjero: “Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos mercantiles celebrados en país extranjero y cumplidos en Venezuela, serán regidos por la ley venezolana, a menos que las partes hubieran acordado otra cosa”. Éste artículo deja ver el principio de Autonomía de voluntad en los contratos mercantiles internacionales. En relación al principio de Autonomía de Voluntad Dos Santos (2000) dice que: “Cada Estado define dentro de su legislación interna sus criterios atributivos en atención a sus políticas e intereses jurídicos” (p. 154), Continúa diciendo Dos Santos (2000) que “existe un reconocimiento general a la amplia libertad de que gozan las partes en un contrato internacional en la selección del derecho aplicable al mismo” (p. 73).

Se puede inferir al respecto que las partes contratantes pueden escoger por autonomía de voluntad la ley aplicable, la libertad de elección del derecho aplicable, da a entender Dos Santos (2000) “permite a las partes el someter los diversos aspectos del contrato a diferentes ordenamientos jurídicos” (p. 78), se puede inferir que en Venezuela acogerse al principio de autonomía de voluntad es válido, todo es criterio de las escogencia de las partes. No obstante se deja claro que la Ley venezolana tiene alcance para los contratos celebrados en exterior y cumplidos en Venezuela.

Ley de Mercado de Valores, Gaceta Oficial N° 39.489 del 17 de Agosto de 2010 y la Ley de Caja de Valores, Gaceta Oficial N° 36.020 de fecha 13 de Agosto de 1996

La ley de Mercado de Valores, en su artículo 1 define su objeto de regulación, estableciendo lo siguiente: “La presente Ley regula el mercado de valores, integrado por las partes naturales y jurídicas que participan de forma directa o indirecta en los procesos de emisión, custodia, inversión, intermediación de títulos de valores así como sus actividades conexas o relacionadas y establece sus principios de organización y funcionamiento”. Por su parte el artículo 1 de la Ley de Caja de Valores, Gaceta Oficial N° 36.020, señala que su contenido “regula los servicios prestados por aquellas sociedades anónimas que tiene por objeto exclusivo la prestación de servicios de depósito, custodia, transferencia, compensación y liquidación de valores objeto de oferta pública”.

El mismo artículo continúa expresando en su Parágrafo Único que “la Comisión Nacional de Valores, mediante normas de carácter general podrá permitir a las Cajas de Valores la realización de otras actividades compatibles con su naturaleza, incluyendo las funciones asignadas por la Ley de Mercado de Capitales a los agentes de traspaso, así como las funciones de compensación y liquidación de fondos de operaciones bursátiles”. Es importante señalar que estas leyes sirven para regular la inversión extranjera directa así también como la indirecta, ya que es la inversión que se realiza a través de la adquisición de acciones por parte de inversionistas extranjeros en la bolsa de valores. También se regula la adquisición de otros papeles comerciales, bonos o títulos de valores por parte del inversor extranjero.

Régimen para Inversiones Extranjeras en Actividades de Telecomunicaciones

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicada en Gaceta Oficial N° 36.920 de fecha 28 de Marzo de 2000, establece en su artículo N° 9 lo siguiente:

Las habilitaciones administrativas para la prestación de servicios de telecomunicaciones, así como las concesiones para el uso y explotación del dominio público radioeléctrico, sólo serán otorgadas a personas domiciliadas en el país, salvo lo que establezcan los acuerdos o tratados internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela.

La participación de la inversión extranjera en el ámbito de las telecomunicaciones sólo podrá limitarse en los servicios de radiodifusión sonora y televisión abierta, de conformidad con lo que al efecto prevean las normas legales y reglamentarias correspondientes.

Este artículo permite inferir que la inversión extranjera no está cerrada en materia de telecomunicaciones, por el contrario la Ley establece que puede ser concedida a inversores extranjeros que tengan en el país un establecimiento permanente o sucursal y que estén domiciliados en el mismo, así como también señala que los Estados que tuviesen suscritos convenios o tratados gozan de amplia libertad para solicitar los permisos administrativos correspondientes para realizar inversiones en el área de telecomunicaciones. Araujo (2005) señala que del artículo 9 de Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOTEL) se interpreta explícitamente que “en materia de telecomunicaciones la inversión extranjera no está limitada, siendo que para la obtención de los títulos administrativos necesarios para la prestación del servicio de telecomunicaciones, sólo será necesario tener domicilio en el país” (p. 819).

El artículo 354 del Código de Comercio manifiesta que las empresas constituidas en el extranjero y que sólo tengan sucursales o explotaciones en Venezuela, conservan su nacionalidad pero son consideradas domiciliadas en

Venezuela; a esto Araujo (2005) permite inferir que “bastaría con que el inversionista extranjero demuestre que tiene en Venezuela una sucursal, o que explota alguna actividad comercial en el país, para que se encuentre apto para la solicitud de algún título administrativo para prestar servicios de telecomunicaciones” (p. 819). De igual forma existe una excepción prevista por el referido Artículo N° 9 de LOTEL, ya que sólo se limita a que la participación de los inversores extranjeros sea en los servicios de la radiodifusión sonora y televisión abierta; no obstante, ya con esto se considera un gran avance para las inversiones en las áreas permitidas.

Esta excepción se puede concatenar con lo dispuesto en el Decreto 2.095 en su artículo n° 26 en el que establece que dentro de los sectores reservados a empresas nacionales se encuentran los sectores de “la televisión y la radiodifusión; los periódicos en idiomas castellano” (literal a), por lo que se interpreta que dentro del área de las telecomunicaciones el domicilio o la tenencia de una sucursal no acredita al inversionista extranjero para la inversión en determinados sectores, ya que el poseer estos requisitos no son suficientes para la obtención de los títulos administrativos para invertir en algunos sectores dentro del área de las telecomunicaciones, como es el caso de lo referido en el artículo 26 literal “a” del Decreto 2.095, que reserva la televisión y la radiodifusión únicamente para las empresas nacionales.

Del Arbitraje Comercial

El arbitraje es un medio alternativo de resolución de conflictos en el cual las partes consienten someter a un tribunal arbitral sus controversias, según Araque (2011) cuando se habla de arbitraje de inversión “las partes que han suscrito un convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, pueden someterse a arbitraje cuando las inversiones no hayan tenido la

protección que el Estado receptor de la inversión se haya obligado a darles” (p. 22), a su vez; el arbitraje comercial requiere de manera previa el consentimiento de las partes.

En Venezuela el fundamento jurídico del arbitraje se observa primeramente que está incluido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en sus artículos 253 y 258; señalando el último aparte del artículo 258 que: “La Ley promoverá el arbitraje, la conciliación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”. El arbitraje en todo su procedimiento está fundamentado jurídicamente en Venezuela en la Ley De Arbitraje Comercial publicada en Gaceta Oficial N° 36.430, en fecha 07 de Abril de 1998, en la cual se dispone en su artículo 1° que “se aplicará al arbitraje comercial, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente”. De igual manera los acuerdos o tratados bilaterales de inversión suscritos por Venezuela contemplan la posibilidad de acudir al arbitraje de inversión.

Tributación en materia de Inversiones Extranjeras

En Venezuela, la imposición tributaria está regida principalmente por lo dispuesto en la Ley de Impuestos Sobre la Renta, publicada en Gaceta Oficial N° 38.628 de fecha 16 de Febrero del año 2007 y por el Reglamento publicado en Gaceta Oficial N° 5.662 Extraordinario de fecha 24 de Septiembre de 2003. Así como también por el Código Orgánico Tributario, Gaceta Oficial N° 37.305 de fecha 17 de Octubre del año 2001; y por la Ley del Impuesto Al Valor Agregado (IVA) publicada en Gaceta Oficial N° 38.632 del 26 de Febrero del año 2007. Una de las disposiciones fundamentales de la Ley de Impuestos Sobre la Renta (LISLR) la podemos encontrar en su artículo N° 1 él establece que: “los enriquecimientos anuales, netos y disponibles obtenidos en dinero o en especie, causarán impuestos sobre la renta”. La pregunta es si las empresas o inversiones extranjeras gravan de acuerdo a esta disposición.

En este sentido la territorialidad de la renta es de mucha importancia, Candal (2009) refiere a esto que “nuestro sistema impositivo ha señalado de manera amplia las pautas que definen el concepto de renta territorial a los fines de su gravabilidad” (p. 41). Por su parte Rodríguez (2010) establece que “la Ley del Impuesto sobre la Renta de Venezuela se basa, principalmente en el principio de territorialidad” (p. 13), el principio territorial lo encontramos en el artículo N° 6 de la Ley de Impuestos Sobre la Renta, el cual califica expresamente de fuente territorial las siguientes actividades económicas realizadas en nuestro país:

- a) La explotación del suelo o del subsuelo
- b) Formación, traslado, cambio o cesión del uso goce de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales
- c) Servicios prestados por personas domiciliadas, residentes o transeúntes en nuestro territorio
- d) Asistencia técnica o servicios tecnológicos utilizados en el país.

De igual forma el mismo artículo establece que las regalías, los derechos por el uso de marcas o prestaciones derivadas de la explotación industrial; los enriquecimientos obtenidos por medio de establecimientos permanentes o base fija situados en el territorio de Venezuela. Las contraprestaciones por toda clase de servicios o créditos; los enriquecimientos derivados de la producción y distribución de películas y similares para el cine y la televisión; los enriquecimientos provenientes de envíos de mercancías al exterior. Así como los enriquecimientos de empresas de seguros y reaseguros sin establecimiento en el país, los enriquecimientos derivados de bienes inmuebles situados en Venezuela, los rendimientos de valores mobiliarios emitidos por sociedades nacionales y extranjeras con establecimientos permanentes y los rendimientos derivados de estos valores son considerados de fuente territorial.

Rodríguez (2010) hace mención con base en los artículos 9 y 52 de la Ley de Impuestos Sobre la Renta y refiriéndose a la tarifa prevista para las personas jurídicas por nuestro sistema impositivo que “las compañías anónimas y los contribuyentes que realicen actividades distintas a minas e hidrocarburos, pagarán impuestos por todos sus enriquecimientos netos, con base a la tarifa N° 2. Las sociedades extranjeras les será aplicado el mismo régimen previsto para las compañías anónimas” (p. 254), con relación a las utilidades obtenidas por sociedades extranjeras con establecimiento permanente en Venezuela, la Ley de Impuestos Sobre la Renta dispone en su artículo N° 71 que las empresas extranjeras deberán pagar en su carácter de responsables, por cuenta de sus socios, un impuesto del treinta y cuatro por ciento (34 %) sobre su enriquecimiento neto.

Por otra parte, y siguiendo en el tratamiento tributario para las inversiones extranjeras; se hace mención sobre los convenios o tratados para evitar la doble tributación. Se infiere de Valeri (2009) que la doble imposición “se presenta cuando una misma fuente es gravada con dos o más impuestos, ya los establezca una misma entidad, o bien porque concurren en esa fuente dos o más entidades” (p. 155), de este contexto se interpreta que cuando un inversor extranjero se encuentra ejerciendo una actividad económica en Venezuela puede estar sujeto al pago de impuestos por la misma actividad tanto en el país de origen como en el país receptor de la inversión o actividad. No obstante, esta doble imposición tributaria, se puede evitar mediante acuerdos o tratados internacionales entre Estados que teniendo lazos comerciales dispongan la eliminación de la doble tributación.

Venezuela ha realizado convenios para evitar la doble tributación con otros países, entre ellos se menciona al que ha sido por años su cliente comercial más importante, Estados Unidos de Norte América, así mismo también tiene convenios tributarios con Canadá, Francia, España, Reino Unido, Brasil,

Noruega, Dinamarca, Suiza, Trinidad y Tobago, Barbados, China, Corea, Irán, Italia, Bélgica, entre otros. Candal (2009) define los tratados para evitar la doble tributación señalando que son “acuerdos internacionales entre dos Estados, mediante los cuales se produce una renuncia a un ámbito de su soberanía fiscal, con el fin de garantizar a los contribuyentes la eliminación de la doble imposición internacional”. (p. 184), sin duda los tratados o convenios para evitar la doble tributación son una ventana abierta que promueven considerables beneficios y estabilidad comercial entre las naciones.

Seguridad Jurídica en materia de expropiación en Venezuela

La base constitucional de la expropiación en Venezuela se manifiesta en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sin embargo se hace de una manera no extensa y como último aparte del referido artículo cuya protección jurídica está enfocada principalmente al respeto de la propiedad privada. El artículo 115 de la Constitución Venezolana señala lo siguiente: “Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la Ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes”.

De acuerdo al artículo 115 de nuestra Carta Magna, debe respetarse la propiedad privada por sobre todas las cosas, se garantiza como un derecho constitucional en el cual interviene el respeto a los bienes privados. No obstante, cuando se habla de expropiación, la constitución es clara al señalar que debe mediar la existencia de una causa de utilidad pública o de interés social, debe existir una sentencia firme o declaración judicial que establezca la causa lícita para la expropiación y debe

realizarse una justa indemnización o pago equivalente por la expropiación de dicha propiedad. Es importante resaltar que si no existe una causa legal y justa en la cual se señala el motivo de utilidad pública sobre el bien, no puede haber expropiación; es requisito indispensable la “utilidad pública” para que pueda expropiarse una propiedad.

El cumplimiento cabal del artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es importante porque en la actualidad venezolana el tema de expropiaciones ha influido negativamente en el desarrollo de las inversiones extranjeras, muchos inversionistas pueden desistir de invertir en el país debido al pensamiento de inestabilidad sobre sus inversiones. En este entorno de las inversiones extranjeras, el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones N° 356, desarrolla el fundamento jurídico de protección a la propiedad, contenido en el señalado artículo 115 de la Constitución Nacional, cuando expresa en su artículo 11, lo siguiente:

No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones, sino en los casos de excepción previstos por la Constitución; y en cuanto a las inversiones e inversionistas internacionales, por el derecho internacional. Sólo se realizarán expropiaciones de inversiones, o se aplicarán a éstas medidas de efecto equivalente a una expropiación, por causa de utilidad o de interés social, siguiendo el procedimiento legalmente establecido a estos efectos, de manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta, justa y adecuada.

La indemnización será equivalente al justo precio que la inversión expropiada tenga inmediatamente antes del momento en que incluirá el pago de interés hasta el día efectivo del pago, calculados sobre la base de criterios comerciales usuales, se abonará sin demora.

Parágrafo Único: Las indemnizaciones a que haya lugar con motivos de expropiaciones de inversiones internacionales serán abonadas en moneda convertible y serán transferibles al exterior (Art. 11).

El artículo 11 del Decreto n° 356 de Promoción y Protección de Inversiones desarrolla lo dispuesto en el artículo 115 de nuestra Constitución, al confirmar que sólo se procederá a la expropiación de una propiedad extranjera en caso de utilidad pública y sobre el pago justo y equivalente al precio de la propiedad. Sólo el caso permitido será si se tratare de un asunto completamente comprobado que es de interés social y público, justificando la acción con la remuneración justa y equivalente a su valor real.

Por otra parte Canova, Herrera y Anzola (2009) manifiestan que “en los últimos cinco años, el Estado Venezolano, ha adquirido coactivamente alrededor de medio millar de inmuebles, empresas o industrias que pertenecían al sector privado” (p. 111). Se infiere de esto que el Estado ha asumido la propiedad de un creciente número de bienes que anteriormente se consideraban del sector privado, no hay que olvidar la relevancia del enunciado del artículo 115 de nuestra Carta Magna y el mencionado artículo n° 11 del Decreto 356, que deja claro que para que una propiedad pase a formar parte del dominio público, deben antes calificarse los motivos de utilidad pública e interés social, para así confirmar un clima de estabilidad en entorno de las propiedades extranjeras y de la expropiación.

MacLean (1982) afirma que “un problema de consideración que enfrentan las inversiones extranjeras es el riesgo de las expropiaciones” (p. 98), también se puede inferir del autor Mac Lean (1982) que el área de expropiaciones es donde ocurren uno de los conflictos mayores entre los países exportadores de capital y los países importadores de capital. Continúa explicando MacLean (1982) que las diferencias se plantea “entre las diversas interpretaciones de los llamados principios generales de derecho internacional, porque estos principios fueron fijados por los países

exportadores de capital, cuyos intereses muchas veces no coinciden con los planteamientos esenciales de los países receptores de capital” (p. 98), estas diferencias se enmarcan en principios generales como por ejemplo la condición del extranjero respecto a su propiedad en el país receptor.

En relación a la condición del extranjero respecto a su propiedad MacLean (1982) agrega que este principio para “los países importadores de capital, es el de la igualdad de los nacionales con los extranjeros” (p. 98), de esto se infiere, que los extranjeros gozan de los mismos derechos que los nacionales, y por ende no pueden disfrutar de ventajas que no gozan los nacionales. Por otra parte, da entender el mismo autor que el punto de vista de los países exportadores de capital es “el de que los inversionistas extranjeros deben tener los mismos derechos que sus nacionales tienen en los respectivos países” (p. 98), de acuerdo a su afirmación se puede inferir que para los países exportadores un inversionista de un país determinado debe tener los mismos derechos internacionales que él tiene en su país; es decir, de acuerdo al derecho internacional impera es el derecho de su país de origen y no el del país receptor.

Para explicar mejor el principio general de la condición del extranjero desde el punto de vista de los países exportadores de capital MacLean (1982) hace mención del siguiente ejemplo “según el criterio de los países exportadores de capital, un inversionista norteamericano en el Perú debe tener los mismos derechos internacionales que los estadinenses tienen en los Estados Unidos” (p. 98), es como si inversionista extranjero en Venezuela, de acuerdo a dicha concepción, tenga los derechos de su país para el tratamiento de su inversión y no el de nuestro país. Continúa señalando en el mismo autor en relación a la expropiación que “uno de los principios fundamentales de expropiación en el derecho internacional es el de que la indemnización que se pague debe ser pronta, adecuada y efectiva” (p. 99), de acuerdo esto se observa que en el derecho internacional el derecho a expropiar está condicionado al pago de compensación pronta, adecuada y efectiva.

De manera que hay una semejanza en cuanto a lo que se plantea en el derecho internacional con lo dispuesto en el artículo 115 de nuestra constitución cuando

establece que debe haber pago oportuno de justa indemnización, sólo que se agrega en ámbito nacional la causa de utilidad pública; sin embargo es como señaló MacLean (1982) que las diferencias internacionales de los dos puntos de vista señalados son distintas desde los enfoques de los países importadores a los exportadores de capital, siendo de acuerdo a los enfoques internacionales el principio de los de la condición de los extranjeros respecto a su propiedad ejercido por los países importadores de capital, el más parecido a lo que debería ser el tratamiento de los mismos en nuestro país, enmarcados en la igualdad de los nacionales con los extranjeros.

En algunos de los Acuerdos Bilaterales de Inversión celebrados por Venezuela se pueden observar cláusulas que albergan en su contenido un mecanismo de protección y seguridad ofrecidas a las inversiones extranjeras en el área de expropiación, un ejemplo de ello se enuncia en la Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Gaceta Oficial N° 37.896 del 11 de Marzo de 2004, donde En su artículo 5 contempla lo concerniente de la protección de las inversiones en área de expropiación e indemnización, señalando expresamente lo siguiente:

- 1) Las partes contratantes no adoptarán medidas de expropiación o de nacionalización ni cualquier otra medida cuyo efecto sea despojar, directa o indirectamente, a los nacionales y sociedades de la otra parte contratante de las inversiones que les pertenezcan, en su territorio y en su zona marítima, a menos que sea por causa de utilidad pública y siempre que esas medidas no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso especial.

Todas las medidas de expropiación que pudieran tomarse deben dar lugar al pago de una pronta y adecuada

indemnización cuyo monto, igual al valor real de las inversiones en cuestión, debe ser tasado con relación a la situación económica normal que prevalecía antes de que se hiciera pública toda amenaza de medidas de expropiación.

Esa indemnización, su monto y sus modalidades de pago serán fijados a más tardar a la fecha de la expropiación. Dicha indemnización será efectivamente realizable, pagadas sin retraso alguno y libremente transferible. Devengará, hasta la fecha del pago, intereses calculados a la adecuada tasa de interés del mercado.

- 2) Los nacionales o sociedades de una de las partes contratantes cuyas inversiones hayan pérdidas como consecuencia de guerra o de cualquier otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional o revueltas acaecidos en el territorio o en la zona marítima de la otra parte contratante, se beneficiarán, de parte de ésta última, de un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios nacionales o sociedades o a nacionales o sociedades de un tercer Estado, cualquiera sea más favorable.

La seguridad jurídica sobre expropiación e indemnización que se observa en el artículo reseñado del Acuerdo entre la República Francesa y la República de Venezuela para la Promoción y Protección recíproca de Inversiones, da entender que en Venezuela las expropiaciones no son en sí un problema para las inversiones sino más bien está en la obligación de que en caso que surgiera se pudiera solventar con el pago justo sobre la causa de utilidad pública acaecida sobre ella. Es necesario brindar toda la garantía de seguridad en este entorno, para que las inversiones vayan en

aumento y no disminuyan en país. Debe existir una garantía de que las Inversiones extranjeras no serán objeto de expropiación, con el objeto de promoverlas y atraerlas.

Las inversiones extranjeras representan una oportunidad para desarrollar la producción nacional, es un medio para incrementar la economía y traer al país nuevos aportes que pueden ser tecnológicos o de otra naturaleza, representan también un medio para la capacitación intelectual y profesional; ya que favorecen la contratación de mano de obra, por lo tanto beneficia la producción de empleos. Las inversiones extranjeras son visualizadas de igual forma como un intercambio de culturas y aportes que si se llevan a cabo respetando su régimen aplicable en todas las áreas, representan significativos ingresos al país y como ya se ha dicho a la producción nacional. Es por ello, la importancia de prever una seguridad jurídica en lo que se refiere al tema de expropiaciones, considerando que para llevarlas a cabo se debe respetar el derecho propiedad privada y contener la existencia de una muy explicada causal de utilidad pública.

Es importante conocer el debido proceder para las expropiaciones, tema que hoy en día es causa de preocupación en el área de inversiones extranjeras, pues es importante para el inversionista tener la garantía de seguridad y estabilidad en el país receptor de las mismas. Por otra parte, y en relación al tema fundamental de éste capítulo cuyo objeto de análisis de las diferentes regulaciones en el ordenamiento jurídico venezolano en torno a las inversiones extranjeras, es conocer de forma inmediata las leyes que otorgan protección, garantías y seguridad jurídica para su desarrollo en el país. Conocer sus regímenes en Venezuela permite tener una mejor visión de las bases jurídicas y contribuir objetivamente a su formación y establecimiento; tanto el inversionista como el receptor deben considerar cumplir las regulaciones establecidas en la nación, garantizando su seguridad y rendimiento en pro a la producción del país; así como el tema de las expropiaciones y su procedimiento adecuado.

Debido a la forma creciente en que se ha tornado el ámbito de las inversiones extranjeras mundialmente y la repercusiones que han tenido en nuestro país las

mismas, siendo notoria su influencia en la economía y producción nacional; distintas regulaciones fueron surgiendo a través del tiempo debido a la importancia que cada vez abarcaba más el tema de inversiones y comercio internacional. En el siguiente capítulo se analiza las diferentes etapas evolutivas de las inversiones extranjeras en Venezuela, en el cual se plantea cronológicamente pero a la vez resumida el progreso de las inversiones extranjeras y las formas que surgieron con el fin de resguardarlas y las cuales Venezuela acogió para su promoción y protección; mencionando al final del análisis y ya en nuestra época actual la crisis económica por la que atraviesa el país y su posible influencia en las mismas.

Capítulo II

Antecedentes que han marcado la evolución histórica de las Inversiones Extranjeras en Venezuela

Desde tiempos de la colonia las inversiones extranjeras comenzaron a dar sus primeros pasos en Venezuela, en ese tiempo no tenían una protección especial, pero pronto surgiría la necesidad de ampararlas; las relaciones comerciales en Venezuela se iniciaron desde la época de la colonia, ya a finales del Siglo XIX Venezuela tenía relaciones comerciales con países de Europa y pronto se le agregaría Estados Unidos. Luego a principios de Siglo XX comenzaron a tornarse más internacional, pronto se descubriría el que sería el principal potencial económico de país y Venezuela se encaminaba en las relaciones diplomáticas entre los distintos Organismos Internacionales que surgían para garantizar las relaciones entre Estados. Es así como evolucionaron las inversiones extranjeras en el país y acogerse a regímenes comunes

de protección se tornó necesario. En éste capítulo se analizan los antecedentes de las inversiones extranjeras en Venezuela desde la colonia hasta nuestros días.

Historia de las Inversiones Extranjeras en Venezuela durante el Siglo XIX

Desde la época colonial el comercio internacional ha sido significativo, repercutiendo en las inversiones extranjeras que se habrían camino en la economía del país. A mediados del Siglo XIX, específicamente entre los años 1825 – 1900 la base de la economía venezolana era agrícola y agropecuaria, Maza (1964) destaca para esa época a “el cacao como principal producto exportable, desde el Siglo XVI hasta entrando al Siglo XIX” (p. 16), también señala que durante el Siglo XIX y el primer cuarto del Siglo XX “el principal producto exportable fue el café. Desde el año 1926 ha sido el petróleo, ya que entre 1920 y 1930 el petróleo sustituye a los dos productos agrícolas tradicionales; el café pasó a segundo término hasta el año 1955 cuando el segundo producto exportable de Venezuela comenzó a ser el mineral de hierro” (p. 16).

En ámbito internacional, a finales del Siglo XIX, surgen los postulados del jurista argentino Carlos Calvo, específicamente en el año 1896, según Alarcón (2000) éstos establecen “que el inversionista extranjero debe renunciar a la protección diplomática de su Estado de origen y a sus derechos conforme al derecho internacional y recurrir exclusivamente a los tribunales del Estado receptor y a la legislación de este, es decir; los extranjeros podrán recibir un tratamiento tan favorable como los nacionales, pero no tienen derecho a un tratamiento más favorable”(p.27), en base a esto las normas que regulan la inversión extranjera se basan en el principio de un trato nacional y si el inversionista extranjero pretendía disfrutar de los beneficios del Estado receptor, debía aceptar las normativas legales y procesales de éste.

Los postulados de la Cláusula de Calvo, se harían con el pasar de los años evidente en la regulación venezolana para el tratamiento de las inversiones extranjeras, así como también serían adoptados por otros países latinoamericanos por

medio de negociaciones diplomáticas en torno a este aspecto. Se infiere de Alarcón (2000) que más adelante, emplearían estos postulados en la Constitución venezolana, afirma el autor que actualmente “se recogen, aunque de forma notablemente moderada sus principios en los artículos 151 y 301 de la vigente Constitución venezolana” (p. 27). Volviendo a la evolución de las relaciones comerciales venezolanas e inversiones extranjeras durante el Siglo XIX, específicamente a finales del mismo, coincidiendo con la fecha de origen de la Cláusula de Calvo y antes de esta, para Venezuela en éste período, las negociaciones fundamentadas en el comercio ejercían una importante función internacional.

Sanoja (2011) afirma que para finales del Siglo XIX Venezuela tenía vínculos comerciales internacionales, entre ellos menciona a Estados Unidos y Alemania, destaca también que la producción de Venezuela que servía de exportación en el comercio exterior “se basaba en el café, seguido por el cacao, el tabaco, malezas, algodón, cuero y las semillas de dividivi utilizadas en Estados Unidos y Alemania para la industria de curtumbre de cueros” (p. 328). Según Maza (1964) aún a “principios del Siglo XX la explotación del café y del cacao constituía un 78 % en el país” (p. 16). Fue precisamente a finales del Siglo XIX y principios del Siglo XX, cuando empezaron a surgir motivos para que extranjeros se vieran interesados en invertir en Venezuela; para esa época el comercio estaba prácticamente cerrado con España pero se abrió con Inglaterra, Alemania, Francia, Holanda y Estados Unidos. Siendo para el momento la economía agrícola la que predominaba en el país.

Durante esa época del Siglo XIX cuando la economía y el comercio exterior de Venezuela se fundamentaba en las actividades agrícolas se notó un afluente de inmigración al país de extranjeros dedicados al comercio con sus países de origen, así se puede inferir de Sanoja (2011) cuándo dice que “inmigrantes ingleses, franceses y alemanes dedicados al comercio, poseían el capital dinerario y eran el vínculo con el mercado capitalista mundial” (p. 327). Se infiere de Sanoja (2011) que a raíz de estos acontecimientos surgió en el país la agroindustria, producto de las inversiones de los

extranjeros inmigrantes; conformándose ya para Siglo XX la industria licorera, el negocio de exportación e importación, las comunicaciones, los medios de comunicación social y muchos otros vinculados al capitalismo de transnacionales.

De acuerdo con Sanoja (2011) en los años 1870- 1890 (finales del siglo XIX) “las exportaciones de café, cacao y otras materias primas aumentaron en Venezuela en un 40 por ciento con relación a los años anteriores, y para esa época la balanza de comercial venezolana mostraba un ascendente favorable” (p. 322), fue también durante ese período cuándo comenzaron a descubrirse en el país minas de oro y de cobre, lo que constituyó la brecha que despertó interés tanto nacional como internacional para la explotación minera en el país. El mismo autor reseña que para el año “1878 se le concedió a la Compañía Nacional Minera Petrolia del Táchira una concesión para explotar hidrocarburos durante 50 años, luego en el año 1887 una empresa extranjera, New York and Bermúdez Company, filial del Asphalt of Philadelphia, inicia la explotación de asfalto natural en el país” (p. 333), lo que configura el comienzo de lo que sería el gran motor de la economía venezolana.

Las Inversiones Extranjeras en Venezuela en el Primer Período del Siglo XX

En el contexto internacional es acogida una doctrina emergente para inicios Siglo XX, entre 1902-1915; la doctrina del jurista argentino Luis Drago, conocida mundialmente como la Doctrina de Drago, empezaba a formarse y analizarse en su contenido por países interesados en resguardar las inversiones extranjeras, entre ellos Estados Unidos, protegiendo las mismas del uso de la fuerza para el cobro de deudas. Alarcón (2000) hace referencia que en el intento de “tratar de justificar las acciones en el Derecho Internacional de las grandes potencias, luego de intensos debates jurídicos que buscaban justificar la injusticia que se cometía por vías diplomáticas, se originaron distintas teorías, destacándose entre ellas la Doctrina de Drago en la cual se prohibía el uso de la fuerza entre las naciones para el cobro de deudas relativas a las inversiones” (p. 26).

Cabe destacar y de acuerdo a lo que afirma Alarcón (2000) la doctrina de Drago “tiene su origen en la intervención en contra de Venezuela en el año 1902, y fue ello lo que motivó al Dr. Luis Drago de realizar una nota enviándola al gobierno de los Estados Unidos” (p. 26), fue así como se dio el origen de la doctrina de Drago, inspirada en los sucedido en Venezuela en los años 1902- 1903, cuando Alemania, Gran Bretaña e Italia bloquearon las costas venezolana exigiendo el pago de deudas por la fuerza. No obstante, se infiere de Alarcón (2000) que “aunque la Doctrina de Drago fue aceptada, lo que representaba un gran avance para evitar cualquier posible intervención armada entre países por motivos de deuda; no era suficiente para erradicar todas las problemáticas que se originaban en la protección diplomática” (p.27), es por ello que a nivel internacional seguían estudiándose modelos para garantizar una protección al comercio y las inversiones extranjeras.

Luego de esto Venezuela avanzaría a otro nivel en sus relaciones comerciales, ya que es en los primeros años del Siglo XX, cuando comienza a visualizarse lo que iba a representar en adelante la mayor riqueza comercial del país, la cual lo convertiría de un país exportador de productos agrícolas a un país minero y exportador de hidrocarburos. Las noticias de posibles yacimientos de petróleo o descubrimientos del Oíl por venezolanos se hacía cada vez más evidente, y pronto empezaría a utilizarse para el uso de asfalto en el país. Se hacía verídica la realidad de yacimientos de petróleo en Venezuela, lo que influiría grandemente en cambios para la economía, para las razones comerciales y por supuesto para las inversiones extranjeras, pronto se daría un giro en este entorno.

Entre 1920 y 1930 el petróleo sustituye a los dos principales productos agrícolas en los cuales se había basado la exportación del país, y cuando en el año 1960 se añadió la producción del mineral de hierro al esquema de la exportación en Venezuela se dieron nuevas posibilidades para el crecimiento económico, la exportación del país empezó a fundamentarse en petróleo y minerales. Comenzando así una actividad en Venezuela que la ha configurado como nación, fortaleciendo su economía y pasando a ser el principal producto de exportación y razón comercial para

las inversiones extranjeras. Afirma Sanoja (2011) que “la riqueza petrolera que existía en el subsuelo Venezolano se hizo muy conocida desde 1914, en el mundo” (p. 360), captando así la atención internacional de los monopolios financieros y por ende la de los inversionistas extranjeros.

Como ya se ha indicado, las relaciones comerciales que Venezuela había tenido hasta el momento eran con Europa, y con América para esta fecha ya sostenía relaciones comerciales con Estados Unidos el cual era cliente en las exportaciones de productos agrícolas. Sin embargo, en las primeras décadas del Siglo XX la relación comercial con Europa disminuyó y se afianzó más el vínculo con Estados Unidos; así lo afirma Maza (2011) cuándo dice que “Estados Unidos adquirió en el año 1926 el 45,7 por ciento de la exportación de Venezuela y un 46 por ciento de la importación del país” (p. 40), situación que se afirmó más durante la segunda guerra mundial, años 30 y 40; en la cual Venezuela sufrió una depresión en el comercio exterior con Europa y de acuerdo a Maza (2011) “Estados Unidos se convirtió para la época en el principal país con vínculo comercial con Venezuela, absorbiendo el 89 por ciento de la exportación y el 54 por ciento de la importación” (p. 40).

Por otra parte, y siguiendo con este resumen evolutivo de las inversiones extranjeras y el comercio en Venezuela; Maza (1964) señala que entre los años 50 y 60 las inversión extranjera se habría pasado en el país en otros sectores económicos, como: “la industria manufacturera, el comercio, las finanzas privadas, el transporte, las comunicaciones, la construcción” (p. 119), de igual forma destaca que para esos años, empezó a crecer en los inversionistas extranjeros interés por invertir en el país en ramos no pertenecientes a la producción real, tales como: “banca, seguros, empresas de financiamiento y comercialización de actividades productivas internas” (p. 120). Señala Maza (1964) que el petróleo atraía al capital extranjero, seguido por la minería, en tercer renglón se encontraba la industria manufacturera; el comercio y las finanzas se ampliaban para esa época. Es entonces el período de los años 50 y 60 una etapa de gran interés en la dinámica de las inversiones extranjeras en Venezuela.

En esta misma secuencia se puede mencionar en el contexto internacional, el origen de los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT) de acuerdo a lo referido por Alarcón (2000). “Se encuentran en Europa, habiendo sido el primero firmado entre la República federal de Alemania y Pakistán el 25 de Noviembre de 1959. Posteriormente en 1967 la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) presentó un modelo de convención para la protección de la propiedad extranjera, la cual recogía una serie de principios que regían la propiedad extranjera” (p. 157). Como se observa, internacionalmente para la década de años 60, se buscaba un modelo de regulación que sirviera de bases para la protección de las inversiones extranjeras, dándose el primer paso en Europa; posteriormente Venezuela y más países adoptarían los Tratados Bilaterales de Inversión como medio para la promoción y protección recíproca de inversiones, originándose un amplio uso de los BIT.

En tanto, en Venezuela para esta época se agrega un nuevo recurso que representa una gran ventaja, el potencial hidroeléctrico con la que cuenta el país; a esto Maza (1964) señala que “las posibilidades de disponer de un inmenso potencial hidroeléctrico, permite que el costo de la energía pueda situarse a niveles realmente bajos” (p. 26), esto y la extracción de gas natural de petróleo es muy favorable para dar marcha a la industrialización. En estos años cuando ocurre en el país una expansión de la industria petrolera, y sumándose luego la industria de explotación de minerales. De igual forma se infiere de Maza (1964) que luego de la segunda guerra mundial, en la década de los años 60 la relación comercial con Europa aumenta; así mismo Venezuela tenía para el momento relaciones de exportación e importación con las Antillas Holandesas (Curazao y Aruba) las cuales eran a su vez un canal con Europa en la exportación de petróleo.

De igual manera Maza (1964) afirma que: “en las décadas 1958 y 1960 la inversión extranjera aplicada en Venezuela es la directa, es decir, el tipo de inversión en que el residente extranjero propietario del capital ejerce el control sobre la

empresa” (p. 126). Continúa diciendo el mismo autor que para “el año 1955, la inversión era principalmente de cartera se centraba únicamente en la construcción, no obstante esta misma actividad en 1960 fue catalogada absolutamente como inversión extranjera directa” (p. 127). Para esa misma década la industria manufacturera, el comercio y servicios aumentaron significativamente en inversión extranjera directa, no obstante, disminuyó en las finanzas la inversión extranjera. Destaca Maza (1964) que “en 1960 Estados Unidos poseía el 67 por ciento de la inversión extranjera total; en segundo lugar está Inglaterra con el 31 por ciento, y en conjunto estos dos países poseían el 98 por ciento del total de la inversión extranjera en Venezuela” (p. 131).

Es también para el año 1960 en el que se fundó la Corporación Venezolana del Petróleo (CVP), según Sanoja (2011) “la creación de la CVP significó el primer intento del Estado Venezolano para intervenir formalmente en el negocio petrolero; y es también para ese año en el que gobierno de Venezuela propone crear la OPEP, multinacional de países exportadores de petróleo, para defender los precios internacionales del crudo” (p. 394). Dado los acontecimientos en materia comercial sucedidos en Venezuela, la iniciación de la industria y la incrementación de inversiones extranjeras que para este período ya abarcaban varias ramas económicas y de producción del país, Venezuela se sitúa a nivel nacional e internacional como un país próspero con muchas riquezas por explotar; es sin duda la década de los años 60 la que había marcado las pautas para las relaciones comerciales e inversiones extranjeras venideras.

Las Inversiones Extranjeras en Venezuela en el Segundo Período del Siglo XX

Venezuela consideró reservar al Estado todo lo relativo a negociaciones con la industria hidrocarburos, Sanoja (2011) señala que “en 1975 se promulgó la Ley que Reserva al Estado, la industria y el comercio de los hidrocarburos con vigencia a partir del 1 de enero de 1976, mediante la cual el Estado Venezolano nacionalizaba el

funcionamiento de la actividad petrolera” (p. 394), iniciando formalmente para esa fecha como sociedad anónima Petróleos de Venezuela (PDVSA). Por otra parte se infiere de Morles (2008) que el año 1973 se abre las puertas en el mercado bursátil venezolano estableciendo las normas para la intermediación “con la promulgación de la Ley de Mercado de Capitales” (p. 48), para el siguiente año, 1974 se crea en Venezuela la Comisión Nacional de Valores y se permite por primera vez las negociaciones con títulos de valores a través de corredores públicos.

La emanación de nuevos instrumentos que permitían las negociaciones por medio de la colocación, adquisición y circulación de títulos de valores en Venezuela, permitían el acceso a los ahorristas e inversores extranjeros por medio de intermediarios inscritos en la Bolsa de Valores de Caracas y supervisados por la Comisión Nacional de Valores, para la adquisición de bonos, títulos u acciones que permitían la inversión. Morles (2006) opina que los instrumentos y las instituciones de los mercados financieros favorecen las transacciones en ámbitos cada vez más vastos, gracias a la globalización” (p. 19), es por ello que estas pautas de control en la fluidez de las negociaciones por medio de valores constituye una herramienta para la evolución de la economía de un país.

Es también en el año 1973 en el que Venezuela toma la decisión de formar parte del Acuerdo de Cartagena (CAN), aplicando como consecuencia de ello un régimen común internacional para el tratamiento a las inversiones extranjeras amparándolas a la comisión; según Zambrano (2002) la CAN “ya venía ejerciendo sus funciones desde año 1969” (p. 46), y de acuerdo a Alarcón (2000) “formalmente Venezuela se unió en el año 1973”. De acuerdo con Zambrano (2002) “los principales objetivos del Acuerdo de Cartagena eran la liberación del comercio de bienes de la Subregión, la adopción de un arancel externo común, la armonización de instrumentos y políticas de comercio exterior y económica, entre otros” (p 46), desde ese momento Venezuela adoptó los distintos regímenes en pro al tratamiento de la inversión extranjera, implantados por la comunidad de países andinos.

Siguiendo en el análisis y evolución de la inversiones en las décadas del años 70 y 80, Morles (2006) afirma que en Venezuela es mayor “el crecimiento de la inversión en el período 1973 -1981, atribuidos a las condiciones externas y mejoramiento de los términos de intercambio” (p. 22), situación que se revierte drásticamente a principios de los años 80, y que el mismo autor opina “que se vuelven adversas las condiciones de intercambio y aumento de los pagos al exterior” (p. 22), creando así para esa época una crisis económica y financiera que repercutió a su vez en algunas entidades bancarias del país incluso hasta a principios de los años 90. Morles (2006) afirma que “la caída en los ingresos, asociados a la crisis y las políticas de ajustes, reducen el ahorro nacional; y por todas éstas razones la inversión se contrae a los niveles más bajos que se registran hasta ese momento” (p. 22).

Venezuela se incorporó a otras asociaciones internacionales con objeto de promover la integración económica de países Latinoamericanos, a esto enuncia Valeri (2009) en el año 1980, conjuntamente con otros países del Cono Sur se estableció en Montevideo “la asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)” (p. 80), siendo Venezuela parte de este tratado. Por otra parte, a pesar de la crisis económica y la recesión de los años 80, debido al alcance que había tenido la deuda externa, ocurre algo relevante dentro del mercado de valores, se infiere de Morles (2006) que la Bolsa de Valores había cumplido un papel muy discreto en el país hasta el año 1983, porque es en ese año que “el gran público descubre la existencia de la Bolsa y su noción en el mercado en el cual los precios eran fijos conforme a la oferta y la demanda” (p. 45), consolidándose en grandes sectores de la población con propósitos de inversión.

Ya entrando en la década de los 90 se iniciaron las negociaciones que condujeron al ingreso de Venezuela en el GATT, se puede inferir de Valeri (2009) que en el contexto internacional ya funcionaba desde su “fundación en Ginebra en el año 1947, su fundamento era el tener un nuevo orden arancelario en las relaciones internacionales de comercio” (p. 50), Venezuela se adhirió al GATT en el año 1990. En ese mismo año afirma Tejera (2012) “se crea el Consejo Nacional de Promoción

de Inversiones, CONAPRI” (p. 38), con la finalidad de difundir las oportunidades de negocios e inversiones en Venezuela y su respectiva asesoría a inversores. Señala Tejera (2012) que en esa época “Venezuela comienza negociaciones con México y Colombia y por otra parte celebra el primer Tratado Bilateral de Inversión (TBI), el Acuerdo entre el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de República de Venezuela sobre promoción y protección de inversiones, firmado en Junio de 1990” (p. 38).

Brindar seguridad jurídica a los inversionistas es el objetivo del Tratado Bilateral de inversión Italia – Venezuela de 1990, así lo afirma Tejera (2012) cuándo dice que su fin era “contar con un marco jurídico estable con el fin de favorecer el flujo de inversiones extranjeras mediante recíprocas garantías a los correspondientes inversionistas y mantener un clima satisfactorio para las inversiones” (p. 40). Luego de este primer Tratado Bilateral de Inversión, se acordaron otros, los cuales perseguían el mismo propósito, proteger las inversiones; fue así como al año siguiente en 1991 y de acuerdo con las afirmaciones de Tejera (2012) “se celebra en Caracas el Convenio para estímulo y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos, Holanda” (p. 53), dicho tratado se firmó por iniciativa venezolana.

Venezuela formaba parte del Acuerdo de Cartagena, por lo tanto se regía por las normativas estandarizadas de Régimen Subregional Andino, en el año 1992 se dictan las decisiones 291 y 292 para los países miembros, para la protección de las inversiones extranjeras; el Decreto 2.095 reglamenta las decisiones 291 y 292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (CAN), referidas a las inversiones extranjeras y a los contratos sobre marcas, patentes, licencias y regalías, regulando los tipos de inversiones, el organismo nacional competente, los sectores de la economía reservados a empresas nacionales y a las reinversiones. A partir de Marzo de 1992, el Decreto 2.095 regula el régimen de tratamiento a los capitales extranjeros en Venezuela, así como en los demás países miembros del Acuerdo Subregional Andino.

El Decreto 2.095 aún se aplica para la protección de las inversiones extranjeras, siendo la decisión 291 la que regula la inversión extranjera directa en Venezuela.

En contexto internacional se estaba desarrollando una institución afiliada al Banco Mundial, la Agencia Multilateral de Garantías sobre Inversiones (MIGA), cuyo objeto principal los describe Alarcón (2000) como “la promoción de las inversiones y seguro de estas inversiones contra los riesgos no comerciales” (p. 139), y Tejera (2012) lo resume como “el fomentar el flujo de inversiones para propósitos productivos entre sus Estados miembros, la prestación a los inversionistas extranjeros de garantías financieras contra riesgos no comerciales en países en desarrollo” (p. 71). Venezuela se unió a la Agencia Multilateral de Garantías sobre Inversiones, señala el mismo autor en “Agosto de 1992, Venezuela suscribió el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (Convenio OMGI- MIGA)” (P. 71).

En este mismo sentido Alarcón (2000) se refiere a los Estados miembros de la Comunidad del Caribe: “CARICOM (CaribbeanCommunity) la cual firmó un acuerdo con Venezuela en el año 1992, estableciendo la necesidad de estimular la promoción y protección de inversiones de sus nacionales a través de la conclusión de tratados de inversión bilateral entre los Estados individuales miembros de CARICOM y Venezuela” (p. 159), es así como en entorno de este proceso de globalización de los mercados y del comercio, se hace cada vez más importante la coordinación de las reglas en el intercambio económico y de inversiones internacionales; con la finalidad de garantizar un mejor y eficaz proceso en las negociaciones y protección de las inversiones extranjeras.

Venezuela siguió suscribiendo Tratados Bilaterales de Inversión, lo cual fue muy favorable en su objeto de brindar seguridad en la protección de las inversiones extranjeras; fue así como como el año 1993 se suscribió el siguiente, afirma Tejera (2012) “en Abril de 1993 se celebró en Santiago de Chile el Acuerdo entre la

República de Venezuela y el la República de Chile sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones” (p. 72). Ese año. Específicamente en Agosto de 1993 Venezuela tomó una de las mejores decisiones en la protección de inversiones, señala Tejera (2012) que “ese fecha se suscribió en Washington DC el Convenio CIADI, el cual fue aprobado por el congreso de la República” (p. 75), el objeto del Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre Inversiones (CIADI), es ejercer la conciliación y arbitraje como mecanismos para solución de diferencias relativas a inversiones. Venezuela entró al CIADI en 1993, siendo uno de sus mejores logros.

Se puede inferir de Tejera (2012) que en Noviembre de ese mismo año 1993, “Venezuela suscribió sus siguientes Tratados Bilaterales de Inversión con las naciones de Argentina, Ecuador y Suiza” (p. 152-156). En este mismo orden de búsqueda de integración y protección a las inversiones extranjeras afirma el mismo autor que “en Junio de 1994 fue suscrito en Cartagena de Indias el Tratado de Libre Comercio entre la República de Venezuela, los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia conocido como el G-3” (P. 158), este es un convenio para establecer una zona de libre comercio que tenía un capítulo para las inversiones, no obstante Venezuela legalizó su salida del G-3 posteriormente en año 2006. Continuando con la secuencia del recorrido histórico de las inversiones extranjeras en Venezuela hay que mencionar que también para el año 1994 Venezuela suscribió Tratados Bilateral de protección de inversiones con Portugal, Dinamarca y Barbados.

Debido a la globalización de los intercambios comerciales entre diferentes países y la importancia que había abarcado las inversiones extranjeras en el mundo para el año 1994, se requería de un organismo que abarcara todas las competencias de la materia, opina Guajardo (1999) que “no existía, instrumentos para controlar las condiciones internacionales del intercambio de bienes y servicios, puesto que el GATT no cubría integralmente tales fines” (p. 24), es por ello afirma el mismo autor “que debido a esa necesidad respondió la creación de la Organización Mundial del Comercio (O.M.C), en Abril de 1994, con las partes contratantes del GATT que participaron en la ronda

de negociaciones comerciales multilaterales, firmaron en Marrakech concluyendo con la creación de la Organización Mundial del Comercio (O.M.C.)” (P. 24), convirtiéndose en la organización de apertura y de acuerdos comerciales a nivel internacional. Venezuela es miembro de la O.M.C, desde se creación en al año 1994.

En el año 1994 se edita la primera edición de los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, de acuerdo a Marín (2010) éstos fueron el resultado de la propuesta “a la creación de una especie de Restatement internacional inspirado en los Restatements of the Law del American Law Institute” (p. 115), afirma Marín (2010) que la primera edición del año 1994 “contó con siete capítulos y ciento veinte principios, acompañado por comentarios que incluyen ejemplos de aplicación del instrumento. Estos principios representan la obra más importante de Unidroit en los últimos tiempos” (p. 115). Al respecto afirma Cova Arria que estos principios “establecen las reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, y deberán ser aplicables cuando las partes hayan acordado que sus contrato se registrá por ellos” (p. 145), más adelante los principios de Unidroit sería ampliamente usados por las partes en los contratos mercantiles internacionales.

Siguiendo con la narración de los tratados bilaterales de inversión suscritos por Venezuela, se infiere de Tejera (2012) que “en marzo de 1995 se celebró en Londres el Acuerdo entre la República de Venezuela y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la promoción y protección de las inversiones” (p. 165), reseña el mismo autor que ese mismo año también se suscribieron Tratados Bilaterales de Inversión con “Lituania, la República Checa, Brasil y España” (p. 167, 168, 169). Al año siguiente 1996, señala Tejera (2012) Venezuela suscribió con Perú el Tratado sobre promoción y protección de las inversiones” (p. 171), seguidos ese mismo año vinieron la suscripción de Tratados de Venezuela con “Alemania” (p. 172), “con la República de Canadá” (p. 173), con “Paraguay” (p. 178), “Suecia” (p. 179), y con “Cuba” (p. 180), todos con el mismo fin de promoción y protección recíproca de inversiones.

La década de los 90 estableció los lineamientos para la promoción y protección de las inversiones con la producción de Tratados Bilaterales de Inversión y estableció las bases para las siguientes relaciones comerciales, en 1997 firma su siguiente Acuerdo, esta vez afirma Tejera (2012) con “la República de Costa Rica” (p. 181), y destaca el mismo autor que ese mismo año se celebró el Acuerdos Bilateral de Inversión con “Uruguay” (p. 182) y en el año 1998 “Venezuela suscribió el Tratado Bilateral de Inversión con Belgo-Luxemburguesa” (p. 183). Es impresionante que en la década de los años 90 Venezuela no haya suscrito un Tratado Bilateral de Inversión con uno de los países con el que había tenido más relaciones comerciales, Estados Unidos de Norte América. En el año 1999 Venezuela vivía un cambio en la política que parecía imposible establecer un Tratado de Inversión con Estados Unidos, sin embargo la esperanza se mantiene de que en un futuro próximo se pueda concretar.

Iniciando el año 1999, comenzó en Venezuela la preparación de un proyecto de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, aprobado en Octubre de ese año con la creación de un instrumento jurídico que protege las inversiones en Venezuela; el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección De Inversiones de fecha Octubre 3, 1999, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.390, Octubre 22 de 1999; manifestando su objeto en el artículo N° 1 “Proveer a las inversiones y a los inversionistas, tanto nacional como extranjeros de un marco jurídico estable y previsible, en el cual aquellas y éstos puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad, mediante la regulación de la actuación del Estado frente a tales inversiones e inversionistas, con miras a lograr el incremento, la diversificación y la complementación armónica de las inversiones en favor de los objetivos del desarrollo nacional”.

El Decreto de Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones contribuyó a afianzar los derechos y garantías que los estándares de los tratados internacionales reconocen en su contenido, por lo tanto contribuyó significativamente en la protección de las inversiones, tanto para los venezolanos como también para los inversores extranjeros. Por otra parte durante los años 1998 y 1999 se produjeron

cambios significativos en las inversiones por medio de valores; ya que surgió en Venezuela un nuevo régimen que permitía adquirir un gran volumen acciones inscritas en la Bolsa de valores, la Oferta Pública de adquisición, en lo cual Brewer Carias (2001) opina y tal como lo describe el artículo 109 de la Ley de Mercado de Capitales de 1998 “de esta forma se podía alcanzar una participación significativa en el capital de una sociedad” (p. 25), lo que contribuía a una nueva forma de inversión en Venezuela.

Las Inversiones Extranjeras en Venezuela en la Época Actual (Período 2000-2013)

Iniciando el año 2000 se produjo en Venezuela algunas negociaciones relevantes con el fin de afianzar las relaciones comerciales con Estados Unidos a través de tratados, en Enero del 2000 se logró establecer un convenio para evitar la doble tributación y prevenir la evasión y fraude fiscal en materia de impuesto sobre la renta entre la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos de América. De igual forma para ese año e inicios del 2001 se hicieron varias negociaciones para lograr realizar un Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre Venezuela y Estados Unidos. Se puede inferir de Tejera (2012) “que la Dirección General de Comercio Exterior del Ministerio de Producción y Comercio para ese momento, logró efectuar dos reuniones entre Estados Unidos y Venezuela para negociar nuevamente el TBI” (P. 208), No obstante, afirma Tejera (2012) “las negociaciones no tuvieron éxito y el TBI no se formalizó en el 2001 ni después” (p. 209).

En febrero del 2001 el Congreso de la República de Venezuela rechazó el tratado Bilateral de Inversión que se había realizado en el año 1990 con Italia, de acuerdo a Tejera (2012) “en febrero del 2001, se suscribió en Caracas un segundo TBI con Italia” (p. 184). Posteriormente señala el mismo autor, “es firmado en Julio del 2001 en Caracas el Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de

la República Francesa para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones” (p. 185), este tratado entre Francia-Venezuela, entró en vigor en el año 2004.

A nivel internacional en el ámbito de los contratos mercantiles internacionales, los resultados de la primera publicación de los principios de Unidroit fueron muy positivos, afirma Marín (2010) que “dada la acogida que tuvieron los principios se preparó una segunda versión publicada en el 2004. Consiste en diez capítulos y ciento ochenta y cinco principios comentados.” (p. 115), De igual forma Marín (2010) da a entender que la idea de hacer esta segunda edición era incluir “nueve materias como la agencia, la sesión de derechos y obligaciones, las limitaciones de acciones, los contratos en beneficios de terceros, la reducción del precio, la condición, la compensación y la renuncia” (P. 116). La elección de regir los contratos Mercantiles internacionales en base a los principios de Unidroit es a criterio de las partes, cuando éstas han elegido éste derecho aplicable. Los principios de Unidroit en la actualidad es una alternativa para los contratos mercantiles internacionales en Venezuela.

Luego de casi cuatro años sin que Venezuela firmara ningún TBI, Se infiere de Tejera (2012) que “en marzo de 2005 se suscribió en Caracas el Acuerdo sobre promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el la República Bolivariana de Venezuela y la República Islámica de Irán, entrando en vigor en Julio de 2006” (p. 186). El siguiente tratado de inversión suscrito agrega el mismo autor, se celebró “en Diciembre de 2007 y fue el de Venezuela con la República Belarús” (p 187), este tratado entró en vigor en Agosto de 2008. Para concluir esta recopilación que reseña los tratados suscritos por Venezuela desde el año 1990 hasta el año 2008, relativos a la protección de inversiones; de igual forma señala Tejera que “en noviembre de 2008 se celebraron en Caracas los Acuerdos entre Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia” (p. 192), y “el Acuerdo entre Venezuela y la República Socialista de Vietnam para la promoción y protección de inversiones” (p 193).

Hay que mencionar en el mes de Julio de 2006 Venezuela tomó la decisión de retirarse de la CAN, comentan Guerra, Madrid y Pérez (2012) que “el 22 de abril de 2006, a través de la comunicación firmada por el canciller dirigida a la Comisión de

la CAN, Venezuela denunció el Acuerdo de Cartagena, con lo cual se inició formalmente el retiro de nuestro país de esa integración subregional” (p. 132), económicamente esto le daría un giro a la nación, ya que debido al intercambio comercial intercomunitario, agregan los mismos autores, sólo “para el año 2005 el comercio giró en alrededor de los 8.922 millones de dólares” (p. 135). Realmente la salida de Venezuela de la CAN producía un vacío en las regulaciones que hasta ese momento eran de fundamento para el tratamiento de las inversiones extranjeras; surgían preguntas como ¿qué va pasar con las regulaciones que servían de base en nuestra legislación como el Decreto 2.095?.

Hasta ese momento nuestro país había adoptado los regímenes emanados para los países subregionales andinos en pro al tratamiento de las inversiones extranjeras, y la salida de Venezuela de la CAN significaba entonces, afirman, Guerra, Madrid y Pérez (2012) “un vacío normativo sustancial, pues formalmente, cesó la aplicación de las decisiones de la Comisión de la CAN” (p. 136). Se infiere también de los mismos autores, que la salida de Venezuela de la CAN “representaba un retroceso histórico que significaba echar por tierra más de treinta años de un proceso de integración subregional, que otorgaba una mejor normativa para nuestro ordenamiento jurídico” (p. 137).

El 2006 fue un año que originó diversas interrogantes dentro de éste contexto que propició estudios y análisis sobre los vacíos legislativos, económicos y comerciales que la decisión de retirarse de la CAN producía. Por otra parte, en nuestro entorno, se hacen estudios sobre formas de promoción para las inversiones extranjeras, de acuerdo a las fortalezas o debilidades que se presentaban; responder a las preguntas de ¿cómo invertir en Venezuela?, ¿Cuáles son los requisitos que debe tener el inversionista extranjero?, ¿cuáles eran las mejores oportunidades de inversión en el país? entre otras es la labor cotidiana de instituciones venezolanas como el Consejo Nacional para la Promoción de Inversiones en Venezuela, CONAPRI; cuyo objeto fundamental es la promoción y asesoría para realizar inversiones extranjeras en

nuestro país; efectuando así estudios exhaustivos, prácticos y de lenguaje sencillo al respecto.

De acuerdo con cifras efectuadas por el Consejo Nacional para la Promoción de Inversiones en Venezuela (CONAPRI), para ese año 2006 Venezuela ofrecía oportunidades de negocios e inversiones en varias áreas, las oportunidades de negocios en el país para el año 2006 abarcaban principalmente las áreas de: negocios en alimentos, inmobiliarios, en química y petroquímica, negocios en tecnología de la información y las comunicaciones (TIC), negocios en hidrocarburos, en minería, en servicios en hidrocarburos y negocios en turismo. Para el año 2007 esas áreas se mantuvieron como oportunidades para inversión, a excepción de las negociaciones en el área inmobiliaria que debido a las problemática políticas que vivía el país el ramo inmobiliario quedó afectado perdiendo interés por inversionistas, ya que no garantizaban el cien por ciento de estabilidad para sus inversiones.

Las oportunidades para realizar negocios en Venezuela fueron decayendo, de acuerdo con los estudios y datos obtenidos por CONAPRI; para el año 2009 las áreas de inversión que contemplan las categorías de alimentos, inmobiliarias, minería, y negocios en turismo no aparecían como opciones para realizar negociaciones en el país; lo que permite inferir que la situación que vivían las inversiones extranjeras en el sector privado no eran favorables y por ende se observaba una crisis financiera abriéndose camino en Venezuela; es así como en los datos obtenidos por CONAPRI se observa que para el año 2009 los perfiles de negocios en Venezuela sólo se mencionan en dos categorías, los negocios en química y petroquímica y los negocios en tecnología de la información y las comunicaciones (TIC). Para el 2011 se mantiene estas dos áreas pero se le vuelve agregar el área de turismo para la realización de negocios en el país.

Situación que se vuelve a revertir en el 2012, quedando un sólo sector de acuerdo a CONAPRI, con la mayor demanda para la realización de negocios; siendo ésta la de negocios en tecnología de la información y las comunicaciones (TIC). En el informe de inversiones del año 2011 publicado por CONAPRI se señala que “de acuerdo con

el reporte de Balanza de Pagos publicado por el Banco Central de Venezuela, para el cierre del año 2011 la inversión extranjera directa en el país se totalizó en 5.302 millones de dólares” (p. 28); de igual forma se puede inferir que de acuerdo con al Banco Central de Venezuela este resultado está asociado al incremento de las utilidades reinvertidas, saldos pendientes y dividendos por pagar de las empresas mixtas petroleras e instituciones financieras con capital extranjero.

En el informe del año 2011 emanado de CONAPRI se informa estadísticamente que entre los inversionistas extranjeros que más frecuentaron las institución pidiendo solicitudes o información de cómo invertir en Venezuela venían en su mayoría de Alemania, Brasil, Chile, Colombia, Corea del Sur, EEUU, España, Francia, India, República Dominicana, Suiza, Turquía y Unión Europea. También señala que estos inversionistas en su mayoría, eran empresas interesadas en establecer en Venezuela compañías subsidiarias para la comercialización de productos, sus solicitudes se orientaban a conocer los cambios legislativos y su impacto en el negocio. Los principales sectores en los que manifestaron interés los inversionistas extranjeros solicitantes de información en CONAPRI, se encontraban en las áreas de manufactura, comercio y tecnología de la información y las comunicaciones (TIC).

Es lógico que en la actualidad sea el sector de tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) la que motive el mayor interés de inversionistas extranjeros, debido a la globalización el impacto que ha tenido la tecnología en el mundo ha sido muy positivo en todas las áreas, incluso la comercial, ya que las nuevas tecnologías de información están transformando positivamente la manera tradicional de ejercer comercio a nivel global. Ejemplo de la ventaja y la rapidez para las empresas hoy en día realizar actos comerciales por medio de las TIC, es el comercio electrónico por los beneficios de los movimientos de dinero y negociaciones que se pueden realizar, producto de las relaciones afirma Landáez (2009) de “empresa-empresa o B2B (bussines to bussines), plataforma consumidor-empresa o C2B, y la plataforma C2C o consumidor a consumidor” (p. 28); entre otras plataformas y las telecomunicaciones han agilizado el comercio a nivel mundial y son el resultado de TIC.

Volviendo al análisis cronológico de las inversiones extranjeras en Venezuela, a comienzos del 2012 se vivió en el país otro momento de incertidumbre con la noticia de que Venezuela se retiraría del Centro Internacional de Arreglos y Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), situación que nuevamente amenazaba con dejar un vacío en las legislaciones de protección a las inversiones. Esto podía representar un redireccionamiento de las inversiones extranjeras hacia otras naciones, puesto que los inversionistas podían temer por la seguridad de las mismas en Venezuela, escogiendo para ellas otro país receptor que garantice ampliamente su seguridad, ya que el modelo internacional de los tratados bilaterales de inversión contemplan el CIADI como sede para la resolución de conflictos y arbitraje de inversiones.

Por otra parte también generaba incertidumbre sobre los litigios de arbitraje llevados en el CIADI, ¿cómo quedaría el procedimiento arbitral internacional relacionado con inversiones en Venezuela? era entre otras las preguntas que se generaban en el entorno. A esto puede decirse que de alguna u otra manera los medios de solución de conflictos y arbitraje siempre iban a manejarse en la protección de inversiones extranjeras; pero a éste respecto existía la duda si a un modelo tradicional de tratado bilateral de inversión podía modificarse en la cláusula arbitral, prescindiendo de ella o llevándola a otra sede internacional, realmente la salida del país del CIADI no era garantía para la protección de sus inversiones extranjeras. Venezuela concretó su salida del CIADI el 25 de Julio del 2012.

Es también en el mes de Julio de 2012 en el que Venezuela concretó su fusión e ingreso al Mercado Común del Sur (MERCOSUR), pasando a formar parte de su bloque comercial. De acuerdo con Guerrero (2012) “Venezuela selló su ingreso al bloque del Mercado Común del Sur, en acto oficial el 30 de Julio de 2012” (p. 10), era notable para los observadores internacionales que el ingreso de Venezuela al MERCOSUR representaba un logro para ese bloque ya que el Producto Interno Bruto (PIB) que le proporcionaría Venezuela era significativo. Señala Guerrero (2012) “que la nueva relación entre Venezuela y Mercosur modificará algunas bases en geopolítica suramericana” (p. 10), agrega también el mismo autor que “el nuevo

Mercosur será distinto. Pero lo será menos por la suma del PBI venezolano, un dato no despreciable tratándose de más de 200 mil millones de dólares, que por el nuevo peso geopolítico que adquirirá el bloque” (p. 10, 11).

Guerrero (2012) continúa opinado al afirmar que “el Mercosur cuenta con el 42 por ciento de la capacidad de provisión alimentaria del planeta, basada sobre el trabajo de escala en los campos gigantes de Brasil y de Argentina, con los agregados relativos de las pequeñas economías de Uruguay y Paraguay. Esa realidad agroalimentaria se podría potenciar con la suma de la energía que aportará la economía venezolana” (p. 11). Dado esto habría que considerar si el ingreso de Venezuela al Mercosur beneficia positivamente la economía del país o si por lo contrario, sería causa de desajustes, inflación o futura escases de productos. Evaluar a profundidad si para éste momento es conveniente proveer de alimentos y productos venezolanos a otros, teniendo en la nación déficit económico y de productos por resolver; es posible que en otras condiciones de desarrollo económico sea favorable, pero en las condiciones actuales la alianza al Mercosur no ha favorecido al país.

Casi se puede afirmar que la alianza de Venezuela al Mercosur no ha aportado absolutamente nada positivo a la economía venezolana, los resultados positivos de ella han sido nulos. Para el año 2013, a pesar de las cifras o informes estudiados, hay que decir que el país está pasando por una gran crisis económica, la cual ya venía manifestándose desde éstos últimos años; dicha crisis ha afectado a la población en general y también al comercio. En cierta forma también se han deteriorado los intereses del sector privado por invertir en Venezuela, quizás por temor a no poder hacer uso de las garantías estandarizadas de protección para sus inversiones. Es también evidente que a pesar de todas las riquezas que tiene el país la población en general ha presentado escases inclusive en productos básicos y de utilidad cotidiana, de manera que hay que solventar no momentáneamente esta crisis sino más bien definitivamente, volviendo al orden para el bienestar social y económico del país de forma integral.

Cuantiosos obsequios a otros países se han realizado con dinero y productos que deberían ser utilizados para nuestra nación, ante todo primero se debe pensar en el país y cubrir de manera global todas sus necesidades e intereses. Las inversiones extranjeras son beneficiosas, siempre y cuando el beneficio sea recíproco y se respeten las normas y principios estandarizados que les brindan seguridad. Debe haber un beneficio mutuo tanto para el inversor cubriendo sus expectativas como para el país receptor de la inversión. Lo que se quiere es que la situación económica del país mejore y que se tome conciencia que para el futuro productivo de Venezuela se debe actuar desde ahora; respetando la propiedad privada y las inversiones del sector privado, actuando conjuntamente, con el sector privado en beneficio del país.

Es también recomendable considerar que las posibilidades de recuperar las relaciones comerciales con Estados Unidos representaría un gran avance en este momento para el país, no hay que temer en esto pues si se cumple correctamente el tratamiento adecuado y las normativas internacionalmente estandarizadas para inversiones extranjeras el producto de ellas sería satisfactorio tanto para el inversor como para el receptor. Estados Unidos siempre ha representado un excelente cliente comercial para Venezuela. De igual forma se recomienda que Venezuela recupere las buenas relaciones con Israel, es un anhelo que con Israel tengamos excelentes relaciones entre Estados y que también se pueda realizar un Acuerdo en pro de las relaciones comerciales y de promoción y protección recíproca de inversiones. Venezuela necesita avanzar en ésta época en la que la globalización y los avances tecnológicos crecen cada día más, se debe ir en vía al desarrollo.

Invertir en Educación es de igual forma de gran beneficio para la nación, educar de manera integral y con excelentes recursos para el futuro del país. Luego de analizar esta reseña cronológica con objeto de resumir las relaciones comerciales y etapas por las que ha ido pasando las inversiones extranjeras en Venezuela desde el Siglo XIX hasta la actualidad, año 2013, se ha podido observar que las inversiones extranjeras han beneficiado la economía venezolana de forma muy productiva, datos

que se ha podido notar en los informes de las cifras en la balanza de pagos publicados por el Banco Central de Venezuela; siendo así debe pensarse en trabajar aún más en ellas, debido a la importancia y frutos financieros que genera. Promoverlas y protegerlas son las dos premisas que se debe tener presente; es por ello la importancia de seguir analizándolas, en el siguiente capítulo de este trabajo especial de grado se analiza conceptos propios a las inversiones extranjeras.

Capítulo III

Conceptos Relativos a la Inversión Extranjera y régimen aplicable

Analizar diferentes concepciones que son esenciales para poder alcanzar la comprensión del tema de inversiones extranjeras, el cual puede observarse una vez que nos adentramos en él, como amplio y complejo en todos sus aspectos, tanto como para dedicarle exclusividad en su estudio para lograr su análisis requerido, es completamente necesario, si se quiere llegar a conocerlas a profundidad. Enunciados sobre inversor, inversiones, tipos de inversiones extranjeras, país receptor, son entre otros puntos de mucha importancia, los que se analizan en éste capítulo, para así llegar al objeto planteado conocer de manera conceptual los enunciados enlazados entre sí y que identifican a las inversiones extranjeras, de manera tal que sería imposible comprender el contexto global, si antes no se analiza por separado cada uno de sus componentes los cuales se interrelacionan en las negociaciones comerciales internacionales.

Empezar por conocer con exactitud las definiciones de conceptos relativos al área seleccionada que se irán desplegando para luego pasar a un análisis más global, dónde cada uno de estos elementos desempeñan una función específica relacionándose entre otros como legos que se unen para formar un todo en el marco

de las inversiones extranjeras. En éste capítulo el objeto principal es poder cubrir las expectativas de poder comprender cada uno los elementos unidos a las inversiones extranjeras, sus características propias y su importancia dentro de las mismas; además cada uno de éstos enunciados seguirá mencionándose a lo largo de los sucesivos capítulos. Es así, como se da inicio, escalando poco a poco, con el fin de llegar a la cima, en dónde quizás éste previo conocimiento de cada uno de sus conceptos pueda favorecer de manera integral el análisis en todo su contexto.

Antes de hablar de las inversiones es necesario tener claro la conceptualización de Inversor, debido a que la función que recae sobre él es importante e influyente para concretar un acuerdo de inversiones; ya que sin duda alguna cuando se analiza las posibilidades de realizar un acuerdo de inversión entre Estados, lo más sensato es que el receptor de dichas inversiones se interese por conocer quién es esa persona que invierte y cuáles son los criterios en que se debe basar para calificarlo como extranjero y diferenciarlo de los nacionales. Los acuerdos de inversión se aplican entre Estados para regular las inversiones realizadas por aquellas personas que reúnen las condiciones para ser consideradas inversores, previo estudio del cumplimiento de todos los requisitos para su respectiva calificación. Es por ello la importancia de definir esta figura que representa el personaje clave en el análisis para concretar una inversión extranjera.

Inversor Extranjero

Tempone (2003) permite inferir que “la definición de inversor establece quiénes son los beneficiarios de la protección otorgada por los tratados” (p. 46), pero al profundizar sobre dichas personas beneficiarias por los tratados u acuerdos bilaterales de inversión, el mismo autor distingue dos categorías de inversores: “las personas físicas y las personas jurídicas” (p. 46). Con respecto a estas dos categorías la UNCTAD en su publicación temática sobre acuerdos internacionales de inversión II, Alcance y Definición (2011) determina de igual manera que el término inversor puede incluir “las personas físicas o naturales y las personas o entidades jurídicas”, se

infiere también que “en algunos acuerdos no se utiliza el término de inversor, sino que se habla de nacionales y empresas, abarcando con ellos las personas físicas y entidades jurídicas” (p. 13).

Por su parte Tempone (2003) afirma que el término inversor designa:

- a) “Toda persona física que sea nacional de una de las partes contratantes, de conformidad con su legislación.
 - b) Toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una parte contratante y que tenga su sede en el territorio de dicha parte contratante”
- (p. 46).

En relación a la persona física la publicación temática sobre acuerdos internacionales de inversión II, de la UNCTAD (2011) hace mención a la aplicación de criterios que determinan vínculos entre la persona en cuestión y el Estado parte del acuerdo de inversión; tratándose por lo general de acuerdo al informe a vínculos como: “la nacionalidad, la residencia permanente, el domicilio o la residencia” (p. 13). A su vez Tempone (2003) permite inferir que “todos los tratados consideran como inversor al nacional de un país parte del mismo y que la definición de nacional está sujeta a la legislación nacional y hace referencia a la ciudadanía” (p. 46). De acuerdo a este criterio el término de inversor está relacionado con la ciudadanía y no con el domicilio; por ello se puede inferir de Tempone que el concepto de inversor gira en torno al ciudadano extranjero no residente y a la ciudadanía, ambas cosas a la vez.

Tempone (2003) es de la opinión que para las personas físicas residentes por más de dos años en el país receptor se debe incluir “una disposición a fin de excluirlas de la protección del tratado, a menos que se pueda probar el origen externo de la inversión” (p. 46). Por otra parte Cabanellas de las Cuevas (1982) define al inversor extranjero como “toda persona física o jurídica domiciliada fuera del territorio

nacional, titular de una inversión de capital extranjero, y las empresas locales de capital extranjero cuando sean inversoras otras de igual carácter” (p. 64) como se observa Cabanellas de las Cuevas recoge en este concepto el criterio de ciudadanía, distinguiendo los inversores extranjeros en dos categorías, uno con domicilio fuera del territorio nacional y otro constituido por las empresas locales de capital extranjero.

En relación a los inversores domiciliados en el extranjero Cabanellas de las Cuevas (1982) afirma que “el criterio básico para la definición del mismo es el domicilio” (p. 64) manejando así los ya mencionados criterios basados en la nacionalidad y la residencia. Se infiere que una persona ya sea física o jurídica, titular de una inversión de capital extranjero que realice un aporte en un país receptor con el fin de invertir en una empresa o en un área de producción determinada, si reúne los requisitos necesarios incluyendo el domicilio en el exterior, puede considerarse inversor extranjero. Ahora bien, en relación a la otra categoría descrita por Cabanellas de las Cuevas (1982) representada por las empresas locales de capital extranjero; para ser consideradas inversores extranjeros se funda en el hecho “de que tales empresas, pese a tener domicilio en país, se encuentran dirigidas o son de propiedad mayoritaria de inversores extranjeros” (p. 65).

Es evidente el hecho de que las inversiones extranjeras requieren para su existencia de un elemento subjetivo, el cual es representado por la existencia de una persona extranjera o inversor extranjero propietario del capital o bienes invertidos en el país receptor de la inversión. El inversor como ya se ha dicho puede ser una persona física y una persona jurídica, los criterios utilizados de manera universal para caracterizar a el inversor giran entorno a su nacionalidad, ciudadanía o residencia. Para las personas jurídicas las formas utilizadas para atribuirle una nacionalidad son señaladas por Tempone (2003) tomando en cuenta los siguientes criterios:

- a) El lugar de la constitución: una persona jurídica se considera nacional del Estado donde se incorporó o constituyó, sin perjuicio del lugar donde realiza sus actividades económicas

- b) El lugar de asiento o sede: una persona jurídica se considera nacional del Estado donde tenga el asiento de la administración de la empresa
- c) El concepto de control: la nacionalidad de la persona jurídica se determina en base a la nacionalidad de los accionistas que controlan o posee la propiedad sustancial de la empresa (p. 47).

El criterio de control donde la nacionalidad de la empresa se califica en base a la nacionalidad de los accionistas, es el mismo descrito por Cabanellas de las Cuevas (1982) para “las empresas locales de capital extranjero” (p. 65), donde sólo se toma como punto de referencia el hecho de que sea dirigida por inversores extranjeros; no siendo suficiente la constitución o domicilio de la misma en el país receptor para ser considerada nacional; más bien se sustenta en el control de la sociedad por dueños del capital o accionistas para calificar su nacionalidad. Este no es el único criterio manejado, ya que como se evidencia en lo antes descrito también se toma en consideración el lugar de la constitución de la compañía y el lugar de su asiento o sede. No obstante, la teoría de control es ampliamente manejada al designar la nacionalidad de la empresa.

Pareciera que la teoría de control es la que se ha abierto con mayor fuerza dentro del ámbito de aplicación para la designación jurídica del inversor extranjero cuando se trata de una persona jurídica; ya que si la empresa tiene su domicilio en el país receptor de la inversión, no es catalogada como inversor extranjero en muchos casos, se requiere para ello una conexión de capital extranjero por parte de sus accionistas. En España por ejemplo, afirma Fernández (1994) que pueden ser titulares de inversión extranjera “las sociedades españolas con capital extranjero, y las sucursales y establecimientos en España de personas no residentes” (p. 457), así vemos como en el derecho comparado se acogen varias teorías.

Como es el caso de España que considera extranjera aquellas inversiones efectuadas por las personas jurídicas con domicilio en el país, cuando hay participación de capital extranjero superior al cincuenta por ciento. Se infiere de Fernández (1994) a este respecto; que la participación de capital extranjero en las mismas se califica como inversión directa, en este sentido “las inversiones efectuadas por las sociedades y por sucursales con establecimiento se computará cien por ciento extranjera” (p. 467). Aclara el mismo autor, y refiriéndose al control de la sociedad por extranjeros; que excepcionalmente:

“se computará como participación extranjera la que efectúe una sociedad con participación extranjera en su capital igual o superior al cincuenta por ciento cuando los socios no residentes tengan una situación de predominio en la sociedad inversora derivada de cualquier circunstancia que permita comprobar a la Administración la existencia de una influencia decisiva de dichos socios extranjeros en la gestión de la sociedad” (p. 467).

El criterio de control tiene puertas abiertas en el derecho comparado al momento de calificar el inversor extranjero o nacional, cuando se trata de una persona jurídica. No obstante, en el caso de las personas físicas el criterio empleado para su designación como inversor extranjero está orientado hacia el lugar de residencia permanente y hacia la nacionalidad; así se puede inferir de Fernández (1994) cuando dice “que la residencia se conectaba en cierto modo con la nacionalidad, aunque ciertamente el criterio básico era el de la residencia” (p. 458), se puede inferir que si un nacional traslada su residencia permanente a un país extranjero, y posteriormente realiza una inversión en su país natal en cual ya no reside de manera permanente, puede ser catalogado inversor extranjero; ya que de acuerdo al criterio señalado la residencia permanente del inversor prevalece ante el criterio de la nacionalidad.

Las personas físicas residentes no pueden ser titulares de inversión extranjera ya que deben cumplir con las características correspondientes para tal fin como lo son la nacionalidad o la no residencia, respectivamente. Es decir, tanto un nacional como un extranjero no pueden ser titulares de inversión extranjera sino tiene el requisito de la no residencia; es por ello que para el momento de designar un inversor extranjero el criterio sobre la no residencia en el país receptor prevalece ante el criterio de la nacionalidad, el inversor debe tener su residencia permanente en un país extranjero para ser calificado como tal. Fernández (1994) confirma este criterio al opinar que “no pueden ser titulares de inversiones extranjeras las personas físicas residentes, tanto si son nacionales como extranjeros” (p. 465), alegando el mismo autor que este criterio permanece “incluso en el supuesto de que antes de ganar o recuperar la residencia tuvieran ya formalizada una inversión extranjera” (p. 465).

Lo que significa que en caso de obtener la residencia permanente en país receptor, la inversión dejará de ser extranjera, dado esto se infiere que al inversor extranjero se le califica entorno a la no residencia permanente; la no residencia es el indicativo predominante que califica al inversor extranjero cuando se trata de una persona física. Se sobre entiende de acuerdo a lo señalado, que el inversor persona natural debe justificar su condición de no residente en país receptor, con el fin de que su inversión sea admitida y protegida. Los criterios que prevalecen en el derecho comparado para la calificación del inversor extranjero son dos; si se trata de una persona física gira entorno a su condición de no residente y si se trata de una persona jurídica se establece entorno a la teoría de control dirigida por sus accionistas, al igual que puede darse la teoría de la constitución o lugar donde se constituye la empresa o conjugar el criterio de la constitución con el control de la sociedad a la vez.

En Venezuela se manejan los criterios entorno a la nacionalidad del inversor para las personas naturales y la teoría de control si tratare de una persona jurídica, así se evidencia en el numeral n° 4 del artículo N° 3 del Decreto con Rango y Fuerza de ley de Promoción y Protección de Inversiones, al señalar que el inversor o inversionista

internacional es “el propietario de una inversión internacional, o quien efectivamente la controle” (Art. 3 nº4), aclarando también en el mismo artículo la definición de inversión internacional: “la inversión que es propiedad de, o que es efectivamente controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras” (Art. 3 nº 2). Por su parte, el Decreto Reglamentario 2.095 establece que el inversionista extranjero es “el propietario de una inversión extranjera directa”, concatenado con los propietarios de los aportes regulados de misma forma en el 2.095 “los aportes provenientes del exterior propiedad de personas naturales o jurídicas” (Título 2 Ord, nº 6, Art. 2 nº a).

Como se observa la base legal que define al inversor extranjero en Venezuela, descrita en el Decreto con Rango y Fuerza de ley de Promoción y Protección de Inversiones, Gaceta Oficial 5.390; hace relevancia en la nacionalidad del inversor y a la constitución y al control ejercido sobre la misma en caso de personas jurídicas. Se puede también inferir del artículo reseñado que la calificación del inversor cuando se trata de personas naturales no hace mención a el criterio de la no residencia, está más orientado hacia el origen de los fondos de la inversión y la nacionalidad de la persona natural; en tanto para las personas jurídicas sostiene el criterio de control ejercido por aquellos que la manejan. Por su parte, el Decreto Reglamentario 2.095 hace mención de que el inversor extranjero es el propietario de la inversión extranjera directa o el propietario del aporte o fondos provenientes del exterior y dirigido al capital de una empresa.

De acuerdo a éstas definiciones analizadas, se resume que el fundamento legal para señalar que en Venezuela el inversor es considerado extranjero tiene dos vertientes, una la contemplada en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones que expresa que es inversionista internacional el extranjero, ya sea persona física o jurídica, propietario de una inversión o que la controla; y otro el contenido en el Decreto Reglamentario 2.095, que considera al inversionista como inversor extranjero, cuando es extranjero, o empresa constituida en el extranjero,

propietario del aporte que realiza en la empresa receptora, y dicho aporte proviene del exterior.

El objeto de identificar la noción básica del inversor extranjero y los criterios manejados tanto internacionalmente como nacionalmente para su respectiva calificación está orientado a identificar la importancia de esa persona ya sea física o jurídica movida a traer una inversión extranjera a un país receptor. Es importante analizar los criterios manejados en Venezuela para la identificación del inversor extranjero y su diferencia para con los nacionales ya que inversor es la persona elemental para realización de la inversión, ya que sin su deseo de alcanzar otros horizontes con fines de expansión o de crecimiento financiero sería imposible la influencia de aportes extranjeros, que al fin y al cabo benefician con su intercambio comercial tanto al inversor extranjero como al receptor de la inversión.

Por ello la figura de ese comerciante extranjero llamado inversor es fundamental ya que es quién moviliza el aporte que dará curso a ingresos económicos recíprocos para las partes. Es ese aporte llamado inversión extranjera el motor para la fluidez de un intercambio comercial que trae consigo grandes beneficios para la economía de un país y es causa de generación de empleos para la contratación de mano de obra, por ello así como se ha hecho un análisis sobre el inversor extranjero, es también importante analizar de que El mismo artículo continúa expresando en su Parágrafo Único que se trata ese aporte o que es una inversión extranjera. Analizar la definición de inversión extranjera es un paso necesario para la comprensión y alcance global del objetivo de este capítulo; conocer en qué consiste el aporte proveniente del extranjero es el siguiente término que se analiza a continuación.

Inversión Extranjera

La inversión es vista objetivamente como el capital extranjero representado por un aporte que entra a un país receptor, sin ese capital no podría concretarse la inversión;

es por ello que la definición de inversión es tan importante como la de inversor, ya que ambos términos deben tenerse muy claros para saber a quién y a qué se le brida la protección. Tempone (2003) define la inversión extranjera como “todo activo invertido por inversores de una parte contratante en el territorio de la otra parte contratante, de acuerdo con la legislación de esta última” (p. 43), también afirma el mismo autor que dicha inversión incluye:

- a) La propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda;
- b) Acciones, cuotas societarias y cualquier otro tipo de participación en sociedades;
- c) Títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico; los prestamos estarán incluidos solamente cuando estén directamente vinculados a una inversión específica;
- d) Derechos de propiedad intelectual incluyendo, en especial derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, know-how y valor llave;
- e) Concesiones económicas conferidas por ley o por contrato, incluyendo las concesiones para la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales (p. 43, 44).

Esta definición de inversión afirma Tempone (2003) “está basada en el concepto de activos, el cual es diferente al criterio de inversión extranjera basado en empresa que excluye a la inversión de portafolio o los bienes intangibles como la propiedad intelectual” (p. 44), de lo que se deduce la razón de que la mayoría de los tratados de inversión se refiere al aporte como todo tipo de activos, fundamentando la inversión

extranjera en el criterio de activos y no en el de empresa el cual es un poco más restringido. Por otra parte se infiere de Fernández (1994) que el concepto de inversión extranjera deriva del criterio de residente y no residente del sujeto inversor, es decir el concepto deriva respecto al lugar de ubicación de los fondos de la inversión los cuales debe ser generados en el extranjero; por lo que los requisitos necesarios para la noción de inversión extranjera se centra en la idea de la no residencia del sujeto inversor, afirma este autor que la inversión extranjera reúne los siguientes requisitos:

- 1.) Que el bien o derecho adquirido esté sito en el país receptor, o la sociedad destinataria de la inversión se halle domiciliada en el país receptor, o que la sucursal o establecimiento en su caso se halle o se abra en el país receptor.
- 2.) Que se trate de una de las inversiones tipificadas en las normas reguladoras de las inversiones extranjeras.
- 3.) Que el sujeto inversor sea no residente. O mejor dicho, que la inversión sea realizada por un sujeto de inversión extranjera (p. 672).

Cabe destacar que las afirmaciones de los requisitos propuestos por Fernández (1994) se encuentran en el entorno del derecho comparado, ya que se refiere a las condiciones en España para que la inversión obtenga el calificativo de extranjera; no obstante, es necesario analizar las disposiciones del derecho comparado atendiendo al mismo sistema globalizado para las inversiones extranjeras del cual Venezuela no está exenta de ello. En Venezuela las definiciones de inversión extranjera basadas en activos y en empresa ya explicadas, son las ajustadas a nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo el criterio de la no residencia también puede ser considerado apropiado para cuando se otorgue la calificación de la inversión.

Retomando la definición de inversión extranjera ajustada a los criterios de activos y empresa, la publicación temática sobre acuerdos internacionales de inversión II de

la UNCTAD (2011), hace referencia con respecto a ello que el enfoque amplio basado en los activos es el más utilizado en la gran mayoría de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) y en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), se infiere en dicha publicación que por “inversión se entiende cualquier tipo de activo, lo que indica que el término abarca cualquier cosa que tenga valor económico, prácticamente sin limitaciones” (p. 22), de igual forma se afirma en la misma publicación de la UNCTAD, que “inversión significa cualquier tipo de activo invertido por inversores de una parte de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra parte en el territorio de esta” (p. 23).

Se infiere cuando se señala todo tipo de activos, que puede haber una amplia lista de activos que generen interés económico y pueden ser aceptadas como inversiones extranjeras. La publicación de la UNCTAD, es más precisa y abarca los activos dentro de las siguientes categorías:

- Bienes muebles e inmuebles y cualesquiera otros derechos de propiedad, como hipotecas y contratos prendarios o de garantía;
- Acciones y obligaciones de la empresa o participaciones en su propiedad;
- Títulos de crédito y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor financiero;
- Derecho de propiedad intelectual y fondo de comercio; y
- Concesiones comerciales otorgadas por la ley o por contrato, incluidas concesiones para la explotación, el cultivo, la extracción o la explotación de recursos naturales (p. 22).

Como se observa, la definición de inversión basada en activos es muy amplia y otorga oportunidades enfocadas en diversos intereses para el inversionista; para el

otro enfoque, basado en empresa no pasa lo mismo, ya que el concepto de inversión extranjera se restringe excluyendo inversiones como las inmobiliarias y las hechas en portafolio. En la misma publicación emanada por la UNCTAD, se puede inferir que la definición basada en empresa se orienta hacia “el establecimiento y la adquisición de una empresa comercial, así como la adquisición de una participación que otorgara al inversor el control de la empresa; se restringe el alcance de la definición a las empresas que constituían una inversión directa, lo excluye las inversiones de cartera” (p. 20), se infiere con esto que en esta definición el inversor posee más control en la empresa con respecto a su inversión y que los activos incluidos en ellos son más tradicionales enfocándose en la sociedad como capital, acciones y bienes.

Se entiende que las dos formas más usadas en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) para el alcance que obtenga la inversión extranjera, se establecerá en el contexto en que se aplique, ya sea enfocándose en el amplio criterio basado en activos o en el enfoque de empresa el cual es más cerrado y dirigido hacia el control de la sociedad. El enfoque que marcará el calificativo de inversión extranjera es libre de escoger entre las partes, pero ello no contradirá en sí la esencia de la inversión extranjera, que ya sea para el criterio basado en activos o en el de empresa, siempre perseguirá el fin económico que se pretende y representará para ambos casos ya sea en sentido restringido o amplio, como afirma Torrealba (2008) “la transferencia de capital (ordinariamente recursos financieros, ejemplo dinero) de un país a otro con el fin de obtener una participación en el capital social de una empresa, o toda transferencia de un país a otro de recursos financieros a largo plazo” (p. 30).

El fundamento legal de la definición de inversión, lo podemos encontrar en nuestro país en la normativa del Decreto con Rango y Fuerza de ley de Promoción y Protección de Inversiones N° 356, de Gaceta Oficial 5.390; el cual señala que se entenderá por inversión:

Todo activo destinado a la producción de una renta bajo cualquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la legislación venezolana, incluyendo bienes muebles e inmuebles, materiales o inmateriales, sobre los cuales se ejerzan derechos de propiedad u otros derechos reales; títulos de crédito; derechos a prestaciones que tengan valor económico; derechos de propiedad intelectual, incluyendo los conocimientos técnicos, el prestigio y la clientela; y los derechos obtenidos conforme al derecho público, incluyendo las concesiones de exploración, de extracción o de explotación de recursos naturales y las de construcción, explotación, conservación y mantenimiento de obras públicas nacionales y para la prestación de servicios públicos nacionales, así como cualquier otro derecho conferido por ley, o por decisión administrativa adaptada en conformidad con la ley (Art. nº 3).

El Reglamento del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones (Decreto N 1.867), establece que una inversión es controlada efectivamente por inversionistas internacionales en los casos siguientes:

1. Cuando su participación en la empresa receptora de la inversión sea igual o superior al cincuenta y uno por ciento (51 %) del capital social, patrimonio o activos de la misma, según la forma jurídica que esta empresa adopte; o,
2. Cuando, a juicio del organismo correspondiente conforme al artículo nº 6 del Reglamento N° 1.867, con independencia del porcentaje de participación de inversionistas venezolanos en la empresa receptora de la inversión, estos inversionistas estén

en capacidad de decidir sobre las actividades de la misma, sea mediante:

- a) El ejercicio de los derechos de propiedad o uso de la totalidad o de una parte de los activos de la empresa receptora de la inversión; o,
- b) El control igual o superior a la tercera parte de los votos de sus órganos de dirección o administración; o,
- c) El control sobre las decisiones de sus órganos de dirección o administración, mediante cláusulas contractuales, estatutarias o por cualquier otra modalidad; o,
- d) El ejercicio de una influencia de la empresa receptora de la inversión (Art. 4, Reglamento N° 1.867)

El fundamento legal en Venezuela para la inversión extranjera es amplio, como se ha reseñado en el artículo n° 3 Decreto con Rango y Fuerza de ley de Promoción y Protección de Inversiones, de acuerdo a lo analizado se puede constatar que el enfoque aplicado en nuestro país para su definición está basado en el criterio de activos ya que permite una generalización aceptada para todas las formas de aporte, incluyendo los derechos de propiedad intelectual, títulos de créditos y las inversiones de cartera. También permite establecer los lineamientos para diferenciar cuando una inversión es propiedad o es controlada por extranjeros o nacionales, como lo afirma el Reglamento del Decreto Ley, N° 1.867. El concepto de inversión extranjera regulado en nuestro ordenamiento jurídico permite que el aporte se pueda representar en cualquiera de las formas señaladas, las categorías para el aporte en nuestro país se encuentran orientadas en la forma utilizada en los Tratados Bilaterales de Inversión.

Es conveniente aclarar un poco más sobre el término de aporte, ya que una inversión conlleva consigo un aporte, ya sea que se hable en la forma amplia de activos o en la inversión en una empresa siempre se hace mención del aporte, que en este caso se trata del aporte que viene del exterior ya sea dirigido al capital de una

empresa o a un sector de la producción económica de un Estado receptor. En un sentido societario el aporte es considerado como los fondos de inversión que entran en la compañía realizada por los socios, así se infiere de Valery (2010), al decir que los aportes de los socios son “las prestaciones en dinero, bienes muebles, inmuebles, derechos, uso de las cosas, industria y trabajo, estimados en dinero, a los efectos de conformación del capital social, y que está representado por acciones, cuotas o derechos con base en las cuales acreditan su participación en la sociedad” (p. 221).

El aporte desde el ámbito aplicable a las inversiones extranjeras

El aporte de capital extranjero por los que puede efectuarse una inversión son definidos por Cabanellas de las Cuevas (1982) quién afirma que “se trata de una enumeración no limitativa, que admite formas de aporte que sean aceptadas por la autoridad de aplicación o que sean contempladas en regímenes especiales o de promoción; un aporte extranjero será válido como tal y dará lugar a la existencia de una inversión de capital extranjero, siempre que se cumpla las condiciones previstas en la regulación” (p. 82). Se infiere del mismo autor que no existe una definición precisa de lo que se entiende por aporte en ninguna legislación ya que “no queda delimitado el momento en que un activo pasa a convertirse en inversión extranjera, el concepto de aporte puede extraerse de las disposiciones jurídicas de las que surge un similar alcance para el término de aporte, como ejemplo el Código Andino que requiere que el aporte se realice al capital de una empresa” (p. 371).

El Decreto Reglamentario 2.095, Gaceta Oficial 34.930 dispone en su artículo n° 2 que el aporte debe provenir del exterior y debe estar dirigido al capital de una empresa, por lo cual se infiere que es suficiente la presencia de estos requisitos al momento de determinar un activo como una inversión extranjera. Señala el artículo que los aportes pueden hacerse en “moneda libremente convertible o en bienes fijos o tangibles” (Art. 2 n° a). De igual forma, el Decreto 2.095 establece que los aportes

para la inversión extranjera directa son también; “los provenientes de la Conversión de Deuda Externa en Inversión, propiedad de personas naturales y jurídicas” y “las provenientes de las contribuciones tecnológicas intangibles tales como marcas, modelos industriales, asistencia técnica y conocimientos técnicos patentados o no presentados que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos, documentos técnicos e instrucciones” (Art. 2 n° c, d).

Fernández (1994) es de la opinión que el medio de pago de las aportaciones de las inversiones extranjeras puede realizarse mediante:

- a) Aportaciones dinerarias.
- b) Aportaciones de una empresa de asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación.
- c) Aportaciones a una empresa de equipo capital
- d) Capitalización de reservas o derechos de créditos y reinversión de beneficios o dividendos no distribuidos en los supuestos de ampliación de capital de sociedades, así como la ampliación de beneficios a la ampliación de la dotación de sucursales o establecimientos en el exterior de personas físicas o jurídicas residentes.
- e) Aportaciones de cualquier otro medio o activo (p. 725).

Por su parte Cabanellas de las Cuevas (1982), afirma que los bienes aportables engomaran las mismas categorías señalada pero descritas de la siguiente forma:

- a) Moneda libremente convertibles
- b) Bienes de capital
- c) Reinversión de utilidades o capital repatriables
- d) Capitalización de créditos externos
- e) Aportes de bienes inmateriales
- f) Otras contribuciones de capital (p. 372).

Para Venezuela se establece lo dispuesto en el Decreto Reglamentario 2.095, Gaceta Oficial 34.930 con respecto al valor de la inversión extranjera cuando se trate de aportes en moneda descrito en el párrafo n° 1 del artículo 19 el cual señala que “se expresará el monto de divisas libremente convertible a la tasa de cambio vigente al momento en que se hubiere efectuado o que se efectúe la operación cambiaria correspondiente” y cuando se tratare de “aportes bienes físicos o del aporte de contribuciones tecnológicas intangibles”, infiriéndose con ello que la valoración del aporte se hará a contra valor en bolívares y de acuerdo a la tasa de cambio del día en que se haga la transferencia bancaria o la nacionalización de la mercancía. Así mismo hace mención el Decreto 2.095 en este artículo que “cuando se trate de reinversión de utilidades, el registro expresará su monto en divisas libremente convertibles al tipo de cambio vigente para la fecha de cierre del ejercicio económico respectivo”.

Continúa diciendo el artículo n° 19 del Decreto Reglamentario 2.095, en su párrafo n° 2 refiriéndose a los pagos en moneda extranjera que:

El monto en divisas de la inversión a registrar, será el que se evidencie de la nota de abono emitida por la institución crediticia regida por la Ley especial de la materia, a través de la cual se realizó la respectiva operación cambiaria; del manifiesto de importación y declaración del valor debidamente conformado, de los estados financieros debidamente auditados por Contadores Públicos Externos en el ejercicio independiente de la profesión (Art 19).

De igual forma se dispone en Párrafo n° 3 del mismo artículo del Decreto Reglamentario 2.095, que “el registro incluirá el equivalente en bolívares de la inversión registrada en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley del Banco Central de Venezuela”; también se afirma en el mismo artículo que “la inversión extranjera, en moneda nacional, producto de venta de acciones, participaciones o derechos de empresas receptoras u otras sumas que tuviesen derecho a remitir los inversionistas

extranjeros, se registrará a la tasa de cambio vigente para el momento en que se efectúe la inversión” (Art. 19, Parágrafo Único). Por su parte el Artículo 20 del Decreto 2.095, señala que “los pagos efectuados por los inversionistas extranjeros a cuenta de capital insoluto, serán participados a la Superintendencia de Inversiones Extranjeras, a los efectos de su registro, en la oportunidad en que las empresas receptoras remitan la información anual a que están obligadas” (Art. 20).

La Reinversión como Aporte

La reinversión de utilidades es también una de las formas de aporte para las inversiones extranjeras, las utilidades que consten en los balances financieros de las empresas receptoras de inversiones extranjeras pueden ser reinvertidas, así se puede inferir de Cabanellas de las Cuevas (1982) cuando dice que “solamente se admitirán las reinversiones de aquellas utilidades que provengan de los respectivos balances de cierre de ejercicio” (p. 97), lo que quiere decir que existe un control por la sociedad para que las utilidades sean usadas como reinversiones para las inversiones extranjeras; ya que se evita por ejemplo que en virtud de balances trimestrales se efectúen reinversiones; habría que esperar el cierre anual del ejercicio económico para usar aquellas utilidades que provengan de los respectivos balances para las reinversiones.

La publicación temática sobre acuerdos internacionales de inversión II de la UNCTAD (2011), hace mención que desde el punto de vista del país receptor “la reinversión de los ingresos no constituye una inversión protegida; y los inversores extranjeros tendrán en cuenta el trato aplicado en país receptor al conjunto de los activos, y preferirán que todos ellos reciban el mismo trato”, continúa afirmándose en la publicación de la UNCTAD, que los inversores “prefieren el mismo trato para los activos comprados inicialmente con el capital importado o de activos financiados mediante reinversión posterior, disponiendo por ejemplo en los Tratados Bilaterales

de Inversión que los beneficios reinvertidos reciban el mismo trato que la inversión originaria” (p. 26).

Alarcón (2000) define la reinversión como “aquella inversión de todo o parte de las utilidades no distribuidas y de otros recursos patrimoniales, en el caso en que permitan las legislaciones nacionales, provenientes de una inversión extranjera directa, en la misma empresa en se hayan generado” (p. 101). En nuestro ordenamiento jurídico para los fines de la reinversión de utilidades, nos regimos por lo establecido en el Decreto Reglamentario 2.095, Gaceta Oficial 34.930, del cual se infiere en su artículo n° 33, concatenado con el artículo 2 literal b del mismo Decreto 2.095 que en Venezuela sólo son aceptadas oficialmente las reinversiones provenientes de utilidades netas, afirmando cada uno respectivamente en su contenido explícitamente que:

A los fines de la aplicación de la definición contenida en el artículo 1° de la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, sólo se considerará como reinversión, la proveniente de utilidades netas generadas por aquellas empresas receptoras de inversión extranjera que hubiesen sido registradas por ante la Superintendencia de Inversiones Extranjeras (Art. 33).

Las inversiones y reinversiones que se efectúen de conformidad con el presente régimen hechas en moneda nacional, propiedad de personas de nacionalidad extranjera o de empresas extranjeras, provenientes de utilidades, ganancias de capital, intereses, amortizaciones de préstamos, participaciones u otros derechos o de cualquiera otros

recursos a cuya transferencia al exterior tengan derecho los inversionistas extranjeros (Art. 2 literal b).

Es entonces notorio y en base a este artículo que las reinversiones en Venezuela son válidas, siempre y cuando sean producto de las utilidades netas de empresas receptoras de inversiones extranjeras y que dichas empresas estén inscritas formalmente en la Superintendencia de Inversiones Extranjeras (SIEEX), es también conveniente seguir las recomendaciones emanadas de la UNCTAD para la protección de las reinversiones y que las mismas reciban el mismo trato que las inversiones originarias por el receptor, tratando de que en los Acuerdos Internacionales de Inversión o en los Tratados Bilaterales de Inversión se disponga expresamente una cláusula que establezca el mismo trato para las reinversiones que se les otorga a las inversiones originarias, ya que así se mejora la relación comercial entre el inversor extranjero y el receptor de la inversión.

Clases de Inversiones Extranjeras en Venezuela

Es también relevante analizar en este capítulo las definiciones concernientes a los tipos o clases de inversiones extranjeras, las cuales vienen siendo el núcleo ya que son las formas aceptadas internacionalmente. Las inversiones extranjeras pueden llevarse a cabo en las formas de: inversiones directas, inversiones de cartera, inversiones en bienes tangibles, y en otras formas de inversión aceptadas por el derecho internacional. Existen requisitos que califican a cada una de estas formas de inversión extranjera y han sido aprobadas por las regulaciones venezolanas sobre la materia, analizar las clases de inversiones más concretamente ayudará a precisar sus formas más comunes; de las cuales se inicia explicando la inversión extranjera directa por ser el tipo de inversión extranjera con mayor aplicabilidad en los Tratados Bilaterales de Inversión.

Inversiones Directas

Afirma Fernández (1994) que las normas nacionales y supranacionales que se refieren a las inversiones directas suelen considerar dos requisitos para calificar como directa la inversión: “uno es el de que cree o mantenga relación o vínculo económico duradero y otro el de que atribuya o acreciente el control o influencia efectiva en la gestión de la persona jurídica destinataria de la inversión” (p. 734), Fernández (1994) expresa que son consideradas inversión directa:

- a) La compra, creación o extensión de establecimientos sucursales o de cualquier empresa de carácter personal
- b) Cualesquiera otras operaciones cuando por sí solas o con otras concomitantes o sucesivas tengan por efecto permitir a una o varias personas tomar o acrecentar el control de una sociedad que ejerza una actividad industrial, agrícola, comercial, financiera o inmobiliaria, cualquiera que sea su forma, o asegurar la extensión de una de estas sociedades ya bajo su control (p. 735).

En este sentido el enfoque dado por este autor se basa en el control, en el que se presenta a la inversión extranjera directa como una modalidad que permita al inversor extranjero la participación y una influencia efectiva en el control o gestión de la sociedad a través de su inversión, se estima que el control ejercido por el inversor se debe a la participación de su inversión en el capital de la sociedad destinataria; es de acuerdo a este enfoque la característica resaltante de la inversión extranjera directa, que la participación del inversor esté dirigida al capital de una empresa que le permita ejercer control sobre ella. Este enfoque basado en el control está orientado en criterios manejados por normas supranacionales en el contexto de las legislaciones españolas y francesas, y según afirma Fernández (1994) el supuesto de adquisición de acciones de una sociedad puede también producir “una inversión directa que confiere propiedad y un derecho real sobre ellas, representado por el derecho a votos” (p. 740).

En Venezuela el concepto de inversión extranjera directa está orientado en el contexto del régimen establecido en el Decreto 2.095, en lo cual Torrealba (2008), permite inferir que se trata de:

Aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras al capital de una empresa, en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles, tales como plantas industriales, maquinarias nuevas y reacondicionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, partes y piezas, materias primas y productos intermedios.

Igualmente, se considerarán como inversión extranjera directa las inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior y las reinversiones que se efectúen de conformidad con el régimen establecido en el artículo 2 del Decreto 2.095 (p. 31).

De acuerdo en el artículo 2 literal d del Decreto 2.095, de igual manera se podrán considerar como aporte de capital de la inversión extranjera directa, “las contribuciones tecnológicas intangibles, tales como marcas, modelos industriales, asistencia técnica y conocimientos técnicos patentados o no patentados que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos, documentos técnicos e instrucciones” (Art. 2 literal d), en relación a esta regulación se infiere que el criterio manejado no se orienta mucho hacia el control de la sociedad por parte del inversor extranjero por medio de su inversión directa, sino más bien está centrado en el criterio general de activos destinados al capital de una empresa.

No obstante, se infiere en base a lo analizado que dicha transferencia de activos o aportes permiten sin duda al inversionista extranjero una participación en el capital de

una empresa confiriéndole propiedad y derechos societarios por medio de su inversión directa manifestada por el conjunto de aportes que transfiere; es posible que aunque el Decreto 2.095 no hable mucho del control sino más bien de transferencia de aportes, la influencia de este enfoque pueda mezclarse con la objetividad que representa la transmisión de aportes provenientes del exterior. De acuerdo al porcentaje de participación que obtenga el inversionista extranjero por medio de su aporte constituido por la inversión directa en la sociedad, se establece la calificación de la misma por el órgano competente, las cuales serían según sea el caso, empresa extranjera, empresa mixta o empresa nacional; dicha clasificación la veremos más adelante.

La opinión de Zambrano (2002) también coincide con la descrita del Decreto 2.095, resumiendo alega que las inversiones directas se tratan de los “aportes provenientes del exterior, propiedad de personas naturales y jurídicas extranjeras, siendo válidas la moneda libremente convertible, los bienes tangibles, las reinversiones” (p. 175), aglomerando cada una de las formas de aportes aceptados por dicho decreto. Para ser más formal en la aclaración del concepto de inversión extranjera directa, se enuncia textualmente de manera concreta la definición de inversión extranjera directa aceptada en nuestro ordenamiento jurídico, a través de lo establecido en la decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y contenida en el Decreto Reglamentario 2.095, para lo cual se consideran inversión extranjera directa:

- a) Los aportes provenientes del exterior propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras, destinadas al capital de una empresa, en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles, tales como plantas industriales, maquinarias nuevas o reacondicionadas, equipos nuevos o reacondicionados, repuestos, partes y piezas, materias primas y productos intermedios.

- b) Las inversiones y reinversiones que se efectúen de conformidad con el presente régimen hechas en moneda nacional, propiedad de personas de nacionalidad extranjera o de empresas extranjeras, provenientes de utilidades, ganancias de capital, intereses, amortizaciones de préstamos, participaciones u otros derechos o de cualesquiera otros recursos a cuya transferencia al exterior tengan derecho los inversionistas extranjeros.
- c) La proveniente de las contribuciones tecnológicas intangibles tales como marcas, modelos industriales, asistencia técnica y conocimientos técnicos patentados o no presentados que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos, documentos técnicos e instrucciones (Art. 2 apartes a, b, c, d).

De conformidad con lo establecido en la definición suministrada por la decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y las conceptualizaciones de los diferentes autores citados, la inversión extranjera directa en primer lugar está conformada por los aportes provenientes del exterior, que vienen siendo los activos que caracterizan de amplia la inversión extranjera permitiendo la variedad de categorías para la selección del aporte. También es importante para que una inversión sea considerada directa, es que se debe estar claro que el aporte debe estar dirigido al capital de una empresa.

Inversiones de Cartera

Fernández (1994) permite inferir que el concepto de inversiones de cartera se asienta sobre dos criterios, eliminación y aprobación; para el criterio por eliminación

afirma este autor que “son inversiones de cartera las que no son inversiones directas en sociedades mediante adquisición de acciones o participaciones en el capital” (p. (764), y en el criterio por enumeración se señalan una serie de hipótesis a las que se considera inversiones de cartera:

- a) La suscripción y adquisición de acciones de sociedades tanto si se adquieren en mercados organizados como fuera de ellos, así como la adquisición de participaciones sociales cuando se trate de sociedades cuyo capital no esté representado por acciones, siempre que las indicadas adquisiciones no constituyan inversiones directa. La adquisición de acciones se equipara a la de valores tales como derecho de suscripción, obligaciones convertibles en acciones u otros análogos.
- b) La suscripción y adquisición de valores negociables representativos de empréstitos, emitidos por personas o entidades públicas o privadas residentes, ya sean de rendimiento implícito o explícito e instrumentos financieros, emitidos por residentes.
- c) La participación de fondos de inversiones colectivas debidamente autorizados o inscritos en los Registros especiales correspondientes al Mercado de Valores.

De acuerdo a estos criterios las inversiones de cartera están conformadas por las inversiones realizadas de forma indirecta, como por ejemplo la adquisición de bonos y obligaciones convertibles o no en acciones, letras del Tesoro, etc; efectuadas en el mercado de valores a través de bolsas de valores o fuera de ellos, que por lo general no implica que dicha inversión este dirigida al capital de una empresa, por lo tanto no constituye una inversión directa. La inversión de cartera al caracterizarse por la adquisición de valores, debe orientarse por las alternativas contenidas en el Mercado

de Valores o deben estar supervisadas y controlada por la Superintendencia Nacional de Valores; de acuerdo a los enfoques señalados puede entenderse por inversiones de cartera las realizadas a través de la Bolsa de Valores, serían las llamadas inversiones de portafolio que no son consideradas inversiones directas, las inversiones de cartera pueden ser una forma de inversión extranjera.

Por otra parte la publicación temática sobre acuerdos internacionales de inversión II de la UNCTAD (2011), define la inversión de cartera como:

La que es de carácter meramente financiero, en que el inversor tiene una función pasiva y no controla la gestión de las actividades. El principal objetivo de los inversores de cartera es la apreciación de su capital y la obtención del máximo rendimiento, independientemente de cualquier consideración a largo plazo o relativa al control de la empresa. La inversión de cartera no propicia la transferencia de tecnología, la capacitación de personal local ni otras ventajas que suele ofrecer la inversión directa (p. 27).

El control sobre la inversión es también una gran diferencia entre la inversión extranjera directa y las inversiones de cartera, ya que en la inversión extranjera directa por ir dirigida al capital de una empresa el inversor puede llegar a influir en la gestión de la sociedad en relación a su participación; en cambio, en la inversión de cartera el inversor por el contrario no controla la gestión de las actividades y el control de las mismas lo ejerce las instituciones reguladoras que supervisan el mercado de valores. Un país receptor desee atraer la inversión extranjera directa y las inversiones de cartera puede por ejemplo especificar sobre el control ya que las inversiones directas brindan la posibilidad de ejercer una influencia efectiva en la administración de una sociedad, por el contrario la de cartera brinda la posibilidad de adquirir, acciones, bonos, obligaciones, y otros títulos que le otorgan al inversor posibilidades de un rendimiento financiero, más no sobre el control de una sociedad.

La inversión de cartera está orientada en el contexto de la emisión y colocación de títulos de valores regulado en nuestro país por la Ley de Mercado de Valores, Gaceta Oficial N° 39.546, y supervisado por la Superintendencia Nacional de Valores, ya que propicia el incremento de capital financiero del inversor extranjero a través de la adquisición de acción u otros títulos de valores. Es un excelente mecanismo para el incremento de capital de una forma confiable y transparente ya que el control de supervisión ejercido sobre el mercado de valores se encuentra regulado y por ende se infiere que debe estar protegido. En el caso de Venezuela, hoy más que nunca es conveniente fortalecer esta área de inversión extranjera, ya que la inversión de cartera o de portafolio promueve beneficios a la economía nacional a través de la Bolsa de Valores, mercado que en la actualidad ha disminuido en Venezuela, es necesario fortalecer las inversiones de cartera ya que éstas son inversiones extranjeras directas.

Inversión Internacional

Para definir la inversión internacional se hace mención a lo que establece el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, el cual en su artículo n° 3, numeral 2 establece que es “la inversión que es propiedad, o que es efectivamente controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras. La inversión internacional abarca a la inversión extranjera directa, a la inversión sub regional, a la inversión de capital neutro y a la inversión de una Empresa Multinacional Andina”. Como se observa y de acuerdo a éste artículo, la inversión internacional en un sentido amplio abarca a la inversión extranjera directa, es decir; la inversión internacional es extranjera porque tiene los elementos esenciales de control por personas naturales o jurídicas extranjeras. A partir de esto se entiende, que la inversión extranjera debe ser primeramente internacional y de acuerdo a su naturaleza y características propias puede ser una inversión extranjera directa.

Otras Definiciones en el Entorno de las Inversiones Extranjeras en Venezuela

El Decreto Reglamentario 2.095. Gaceta Oficial N° 34.930, además de acoger en su contenido lo establecido en las decisiones 291 y 292 de la Comunidad Andina de naciones (CAN), referidas a la inversiones extranjeras; también incluye un sistema que permite clasificar y definir algunas categorías, organizaciones o instituciones que se relacionan con las mismas; por lo cual es necesario la explicación y definición de cada una de ellas ya que al hablar sobre el tema analizado, casi siempre es necesario hacer mención a alguna de las siguientes definiciones. Por consiguiente es relevante explicar diversos conceptos tales como: inversionista nacional, empresa nacional, empresa mixta, empresa extranjera o país receptor; elementos relacionados entre sí en el ámbito de aplicación de las inversiones extranjeras.

Inversionista Nacional

Cabanellas de las Cuevas (1982) opina que el inversionista nacional es “el Estado, las personas naturales nacionales, las personas jurídicas nacionales que no persiguen fin de lucro y las empresas nacionales definidas en este artículo, que tengan carácter nacional” (p. 374), según este autor se consideran como inversionistas nacionales a las personas extranjeras con residencia ininterrumpida en el país receptor, que renuncie ante el “al derecho de reexportar el capital y a transferir utilidades al exterior” (p. 375). En Venezuela el Decreto 2.095 considera como inversionista nacional al Estado, a las personas naturales y jurídicas nacionales y las realizadas por personas naturales extranjeras que obtengan una credencial de inversionista nacional para lo cual deberá tener una “visa de residente no inferior a un (1) año, que habiendo o no importado capitales, manifiesten ante la SIEEX su voluntad de renunciar al derecho de reexportarlos y remitir utilidades al exterior (Título 2 numeral b).

Empresa Nacional

La decisión 291 del Acuerdo de Cartagena define una empresa nacional como “la constituida en el país receptor y cuyo capital pertenezca en más del ochenta por ciento (80 %) a inversionistas nacionales, siempre que, a juicio del organismo nacional competente, esa proporción se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa” (Art. 1 Decisión 291), de acuerdo a esta definición el lugar de la constitución y la titularidad de inversionistas nacionales en más del 80% del capital de la empresa son los indicadores a seguir para identificar a una empresa nacional.

Empresa Mixta

La empresa mixta la define la decisión 291 del Acuerdo de Cartagena como “la constituida en el país receptor y cuyo capital pertenezca a inversionistas nacionales en una proporción que fluctúe entre el cincuenta y uno por ciento (51 %) y el ochenta por ciento (80 %), siempre que a juicio del organismo nacional competente, esa proporción refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa” (Art. 1 Decisión 291), por otra parte se infiere de Alarcón (2000) que también se consideran empresas mixtas aquellas en las que participe el “Estado, entes paraestatales o empresas del estado del país receptor, en un porcentaje no inferior al treinta por ciento (30%) del capital social y siempre que a juicio del organismo nacional competente, el Estado, ente paraestatal o empresa del Estado, tenga capacidad determinante en las decisiones de la empresa” (p. 101).

Ente paraestatal o empresa del Estado

Es definida de igual forma por la Decisión 291 del Acuerdo de Cartagena, la cual establece en su artículo 1 que es la “constituida o establecida en el país receptor y cuyo capital perteneciente a inversionistas nacionales sea inferior al cincuenta y uno por ciento (51%), cuando siendo superior a juicio del organismo nacional competente,

ese porcentaje no se refleje en la dirección técnica financiera, administrativa y comercial de la empresa”.

Empresa Extranjera

Es definida de igual forma por la Decisión 291 del Acuerdo de Cartagena, la cual establece en su artículo 1 que es la “constituida o establecida en el país receptor y cuyo capital perteneciente a inversionistas nacionales sea inferior al cincuenta y uno por ciento (51%), cuando siendo superior a juicio del organismo nacional competente, ese porcentaje no se refleje en la dirección técnica financiera, administrativa y comercial de la empresa”.

País Receptor: El artículo 1 de la Decisión 291 del Acuerdo de Cartagena establece que es “aquel en el que se efectúe la inversión extranjera directa”.

El objeto de analizar y enunciar las diferentes conceptualizaciones en el ámbito de aplicación de las inversiones extranjeras, es porque se trata de un área compleja y para lograr alcanzar los objetivos propuestos de interpretación y de análisis de toda el área seleccionada, es necesario tener claro las definiciones de los elementos subjetivos y objetivos que son inherentes e inseparables a las inversiones extranjeras; cada uno de estas definiciones es de carácter relevante para la comprensión del tema. Tener aclarado quién es el inversor extranjero y quién es el inversor nacional, cuáles son las características de una inversión extranjera o los criterios manejados internacionalmente para identificarlas, cómo están constituidos los aportes y de qué se tratan las reinversiones, conocer y diferenciar las inversiones extranjeras directas, las inversiones de cartera, las inversiones internacionales y las otras definiciones enunciadas, es necesario en el análisis global de las inversiones extranjeras.

Una vez comprendidas cada una de las definiciones analizadas o enunciadas en capítulo III identificado por los conceptos relativos a las inversiones extranjeras y creyendo haber alcanzado el objetivo propuesto para su respectivo análisis, se pasará

a analizar el capítulo IV en el cual se interpretará la admisión y establecimiento y los pasos a seguir luego de que una inversión extranjera es admitida; el cual también es un punto que genera mucha expectativa por conocer, ya que importante saber con precisión cuales son los pasos para que una inversión extranjera se apruebe y establezca en Venezuela como país receptor y cuáles son los pasos a seguir para calificar y registrarla luego de haber sido admitida.

Capítulo IV

Régimen de Admisión y Establecimiento y Pasos a Seguir Luego que una Inversión es Admitida

El Estado receptor de la inversión extranjera tiene la potestad de controlar la entrada y el establecimiento de extranjeros en su territorio y de todas aquellas inversiones perteneciente a extranjeros. Un Estado receptor tiene la facultad de ejercer su derecho discrecional para decidir si una inversión extranjera se establece en su territorio y controlar el ingreso de la inversión; analizar las siguientes formas, restricciones y procesos para admitir y establecer una inversión extranjera es de mucha importancia, ya que si bien es cierto que las inversiones provenientes del exterior influyen positivamente dentro de una economía, también hay que considerar que su procedencia cumpla con los requisitos legales y que pudieron admitirse pasando victoriosamente por el filtro del control ejercido sobre ellas para su establecimiento final.

Formas de control y restricciones

Con el objeto de controlar la entrada de extranjeros al territorio nacional se han establecidos formas y restricciones sobre el establecimiento de sus inversiones o sobre la adquisición de intereses en empresas del país receptor. Se afirmó en el informe de admisión y establecimiento presentado por la conferencia de las Naciones Unidas sobre desarrollo del comercio en Julio del 2003, que las medidas relacionadas con la admisión y establecimiento pueden “establecer restricciones o limitaciones absolutas sobre la presencia extranjera o pueden contener normas discrecionales sobre autorización, inscripción y documentación” (p. 3), estas formas de control pueden evitar que empresas nacionales sean controladas en su totalidad por extranjeros; por ello se pretende aglomerar formas de restricciones para garantizar que dicha influencia del capital extranjero esté dentro de los límites acordados por el derecho internacional en pro de la inversiones extranjeras.

Alarcón (2000) afirma que la decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, (la cual fue sustituida posteriormente por la actualmente aplicada decisión 291), establecía en sus primeros artículos “los principios de la autorización y el registro previo relacionado con la admisión de la inversión extranjera” (p. 75), dicha decisión en su artículo nº6 amplía las facultades del organismo nacional competente, otorgándole la capacidad para:

- a) Controlar el cumplimiento de los compromisos de participación nacional en las dirección técnica, administrativa, financiera y comercial y el capital de la empresa;
- b) Autorizar la compra de acciones, participaciones o derechos de inversionistas nacionales o subregionales por inversionistas extranjeros, conforme a lo establecido en el artículo 4;

- c) Establecer un sistema de información y control de los precios de los productos intermedios que suministren los proveedores de tecnología o capital extranjero;
- d) Autorizar la transferencia al exterior, en divisas libremente convertibles, de toda suma cuyo envío tengan derecho las empresas o los inversionistas según el presente Régimen y las leyes nacionales del país respectivo;
- e) Centralizar los registros estadísticos, contable, de información y control relacionados con la inversión extranjera directa;
- f) Autorizar o registrar los contratos de licencia para uso de tecnología importada y para la explotación de marcas y patentes; y
- g) Aplicar, de conformidad con las legislaciones internas, las sanciones pertinentes por infracciones a las normas del presente Régimen (p. 77 – 78).

Por su parte el informe de admisión y establecimiento presentado por la conferencia de las Naciones Unidas (UNCTAD) sobre desarrollo del comercio en Julio del 2003, menciona las medidas relativas a la propiedad y control, haciendo alusión de que las mismas se orientan en el marco de una protección para los países receptores, para que estos mantengan “cierto control si así lo quieren, sobre el inversionista o sobre la inversión” (p. 6), se infiere en dicho informe que con este fin se han elaborado diversas técnicas de vigilancia de la Inversión Extranjera Directa (IED), entre ellas: “normas en materia de inscripción y normas en materia de transmisión de datos y documentación” (p. 6). Estas normas se orientan en el contexto de transparencia en el que se sobreentiende que debe estar enmarcado el

proceso de la admisión y establecimiento, la transparencia es un principio necesario para la gestión del control y vigilancia en éste contexto.

Las medidas relacionadas con la propiedad y el control en ámbito de la fase de admisión y establecimiento son enumeradas por la UNCTAD en el informe del año 2003 sobre desarrollo de comercio, destacando las siguientes medidas:

1. Controles reguladores de la propiedad
 - Restricciones aplicadas a la propiedad extranjera (por ejemplo, no se permite el capital de propiedad extranjera exceda del 50%).
 - Tránsito obligatoria de la propiedad a empresas del país, por lo común a lo largo de un período determinado (normas en materia de transferencia gradual).
 - Restricciones por razón de la nacionalidad aplicadas a la propiedad de la compañía o de las acciones.
2. Controles basados en la limitación de las atribuciones de los accionistas
 - Restricciones aplicadas según la clase de las acciones o de los bonos en poder de los inversionistas extranjeros (por ejemplo, acciones sin derecho a voto).
 - Restricciones aplicadas a la libre transferencia de acciones o de otros derechos de propiedad sobre la compañía en poder de inversionistas extranjeros (por ejemplo, las acciones no se pueden transferir sin autorización).
 - Restricciones de los derechos de los accionistas extranjeros (por ejemplo, sobre el pago de dividendos, el reembolso del capital con motivo de la liquidación, los

derechos de voto y la denegación de datos sobre determinados aspectos de la gestión de la inversión).

3. Controles basados en la intervención oficial de la gestión de la inversión.

- Las autoridades se reservan el derecho de designar a uno o más miembros del consejo de administración.
- Restricciones relacionadas con la nacionalidad de los miembros del consejo de administración o limitación del número de extranjeros en puestos de dirección.
- Las autoridades del país receptor serán titulares de acciones privilegiadas que les permitirán, por ejemplo, intervenir si el inversionista extranjero adquiere una parte de la inversión superior a un determinado porcentaje.
- Las autoridades habrán de ser consultadas antes de la adopción de determinadas decisiones.

4. Otras clases de restricciones

- Restricciones sobre la gestión de monopolios controlados por extranjeros sobre la privatización de empresas públicas.
- Restricciones sobre la propiedad de terrenos o de inmuebles y sobre su transferencia.
- Restricciones en materia de propiedad industrial o intelectual o bien protección insuficiente de dicha propiedad.
- Restricciones sobre la utilización de préstamos extranjeros (p. 7).

Los controles orientados a regular el acceso a la economía del país receptor se basan en una protección que impide que industrias estratégicas se vean dominadas por extranjeros, y en el caso de aquellas empresas calificadas como mixta, la inversión extranjera Directa tiene más fluidez pero por medio de las formas de control y de restricciones se fijan límites en cuanto a la participación. El informe emanado por la UNCTAD sobre desarrollo de comercio, también menciona las medidas relacionadas con admisión y establecimiento con objeto de regular y controlar el acceso a la economía del país receptor:

- Prohibición absoluta de todas las formas de IED (por ejemplo, los controles que existieron en algunas economías centralmente planificadas antes del proceso de transición)
- Exclusión de la IED en cierto sectores, industrias o actividades por consideraciones económicas o estratégicas o de otro carácter general
- Restricciones cuantitativas que limitan el número de las compañías extranjeras admitidas en determinados sectores, industrias o actividades por consideraciones económicas o estratégicas o de otro carácter general
- La inversión debe revestir determinada forma jurídica (por ejemplo, adquisición de la personalidad jurídica de conformidad con las normas del derecho mercantil del país)
- Empresas mixtas obligatorias con la participación del Estado o con inversionistas privados del país
- Selección – autorización general de todas las propuestas de inversión; selección de determinadas industrias o

actividades; selección basada en la propiedad extranjera y límites del control sobre las compañías del país

- La inversión no está autorizada en determinadas zonas o regiones de un país
- Normas sobre el control de cambios (p. 4).

En relación a la actividad económica en el país receptor de la inversión extranjera, Alarcón (2000) afirma que la decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, otorgaba “la posibilidad de reservar sectores de actividad económica para las empresas nacionales, públicas o privadas, y determinar si se admitiesen en ellos la participación de empresas mixtas” (p. 76), esto era con el propósito de establecer vigilancia y seguridad a empresas estratégicas sobre las cuales el Estado receptor pretendía mantener el control.

Estos regímenes reguladores tienen el objeto de mantener el control y cierta vigilancia en los países receptores de la inversión extranjera directa; es decir el país receptor procura mediante las formas y restricciones señaladas mantener el control sobre la inversión y sobre el inversionista extranjero; las formas de control y restricciones permiten fijar los límites para la participación extranjera en empresas establecidas en el país receptor. Normalmente dichas normas de control están vinculadas directamente con los trámites y derechos para la admisión y establecimiento; cabe destacar que la admisión y el establecimiento de la inversión extranjera son derechos que el inversionista extranjero tiene y que el Estado receptor debe procurar mantener con el fin de evitar discriminación entre nacionales y extranjeros, sin embargo la formas y restricciones coexisten con estos derechos.

Derecho de Admisión

Los derechos de admisión que tiene el inversionista extranjero de acceder a un determinado país, equivalen a la posibilidad de entrar a determinados sectores de la economía del país seleccionado para invertir, en ocasiones viene atado al permiso

otorgado al inversionista extranjero para que su inversión entre legalmente y se haga presente en el país receptor. En el informe de admisión y establecimiento presentado por la UNCTAD sobre desarrollo del comercio en Julio del 2003, se afirma que “el derecho de admisión puede ser temporal o permanente” (p. 9), se infiere de dicho informe que la admisión temporal se refiere a cuando una empresa extranjera desee mantener una presencia a corto plazo a los efectos de una sola transacción; sin embargo esta clase de presencia temporal no es suficiente cuando lo que se quiere concretar es una asociación, ya que para una asociación es necesario que el derecho de presencia sea permanente.

El derecho permanente requerido para los efectos de una asociación otorga un mayor acceso al comercio y al mercado, se afirma en el mencionado informe de la UNCTAD, que si “las autoridades del país receptor desean impulsar esta asociación, se podrá conceder un derecho permanente de acceso al mercado; este derecho autorizará a la empresa a desenvolver su actividad en el país receptor, pero no comprenderá necesariamente el derecho de establecer una presencia comercial permanente” (p. 9), se aclara que cuando se habla de los derechos de acceso al mercado concedidos por derecho de establecer una presencia, se refiere a cuando una empresa extranjera tenga dentro de sus actividades el intercambio internacional de bienes y servicios o cuando las transacciones se realicen por vía electrónica; por lo cual se requiere que dicha empresa extranjera tenga una presencia permanente en el país receptor.

El tipo de presencia otorgado por el país receptor a la inversión extranjera establece los lineamientos casi inseparables entre el derecho de admisión y el derecho de establecimiento; ¿cómo y en qué momento se puede distinguir un derecho de admisión al de uno de establecimiento? es la pregunta central de este análisis, teniendo como respuesta que el derecho de admisión se relaciona con la posibilidad de entrar de la inversión extranjera, y el establecimiento es cuando ese tipo de presencia ya está autorizado por el país receptor, es decir ya es un hecho concreto la

autorización, es decir es necesario que al momento de la entrada se manifieste el deseo de establecer de una forma permanente de la inversión en el país receptor con fines comerciales para que se autorice su admisión permanente y por lo tanto quede de una vez garantizado el derecho de establecimiento.

La diferencia tal vez radica en que la admisión en los casos en que la normativa se maneje la autorización previa es la evaluación que se le hace a la inversión extranjera al momento de querer entrar al país receptor, es decir, el Estado receptor por medio de sus formas de control evalúa las condiciones de la inversión extranjera, su propósito en el país, el tipo de negociaciones si son meramente transacciones o son negociaciones comerciales que generen ganancias a un tiempo determinado y más prolongado. El Estado receptor deberá decidir y otorgar la autorización si procede admitir o no la inversión extranjera, catalogándola según sus condiciones en temporal o permanente; si la admisión resultare permanente y es necesario establecerse en el país receptor para las negociaciones comerciales, está entonces abierta la posibilidad que luego de ser admitida, casi simultáneamente se concede el establecimiento permanente.

La admisión y el establecimiento de la inversión extranjera son derechos correlacionados, ya que de acuerdo a los fines comerciales que posee el inversor extranjero, si se considera necesario establecerse en el país receptor, es casi seguro que al producirse la admisión se otorgue el derecho de establecimiento; claro que es conveniente que las ganancias obtenidas sean mutuas, tanto el inversor extranjero como la economía del Estado receptor deben verse afectadas positivamente con los resultados comerciales producto de la inversión extranjera. El derecho de admisión se vincula con el derecho de entrada y el derecho de establecimiento es cuando esa entrada no sólo es permanente, sino que es completamente necesario establecerse físicamente en el país receptor para poder cumplir con el propósito mercantilista perseguido; en la admisión debe haber transparencia, a mayor transparencia durante la admisión se puede garantizar más la posibilidad para la fase de establecimiento.

Derecho de Establecimiento

El derecho de establecimiento está vinculado a la libre circulación de personas, servicios o capitales extranjeros en el país receptor, contempla el derecho de establecerse, de instalarse de forma duradera en el país receptor, ya sea por una sucursal, agencia o filial o a través del asentamiento de una agencia principal, para el ejercicio de una actividad económica de modo permanente; contempla igualmente la obligación del inversionista extranjero de cumplir con todas las exigencias de la normativa interna relativas al asentamiento de su inversión. Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca (1993) son de la opinión “el derecho de establecimiento se encuentra condicionado por la realización de la libre circulación de capitales, y que puede existir una inversión extranjera sin establecimiento cuando el propietario del capital emplea su dinero sin trasladar su domicilio o sede a otro país” (p. 115).

De acuerdo a este criterio el establecimiento implica el derecho de tener una forma física con el objeto de movilizar capital, recursos y todas las negociaciones competentes para ejercicio del comercio; el establecimiento al ser otorgado luego de la admisión o entrada de la inversión extranjera, otorga mayor facilidad y herramientas para el desarrollo cuando el inversor desea permanecer a un tiempo prolongado, ya que para hablar de establecimiento debe haber un traslado de domicilio o sede al país receptor de la inversión extranjera. Continúan agregando Fernández de la Gándara y Calvo C (1993) que “la empresa que se establece debe poder invertir tanto el capital obtenido en su país de origen como el capital extranjero eventualmente sometido a la normativa en materia de control de cambios” (p. 115), lo que significa que el flujo de capital, bienes y recursos se integran intercambiando y favoreciendo la economía tanto nacional como la del inversor extranjero.

De acuerdo a estas afirmaciones, la empresa que se establece en un territorio distinto a su país de origen requiere un cambio de domicilio, y trae consigo la posibilidad de movimiento de personal extranjero para la operación de la inversión

instalada. Se trata por ende, tal y como se señaló, de la movilidad de capital de inversión, capital de trabajo y capital humano, siendo este último aspecto una consecuencia del derecho de establecimiento. Así se puede inferir de Fernández de la Gándara y Calvo C (1993) al decir que “el régimen de entrada, residencia y desplazamiento de extranjeros, derecho de permanecer el territorio de un Estado, después de haber desempeñado en él una actividad asalariada” (p. 112).

Infiriéndose con ello que el derecho de establecimiento puede estar estrechamente vinculado con la libre circulación de trabajadores extranjeros, ya que casi siempre una empresa extranjera establecida en otro Estado puede generar consigo la entrada de mano de obra provenientes del país de origen, sin embargo para una residencia permanente en el caso personas físicas o trabajadores extranjeros, se requiere la justificación del nexo con la empresa o inversión extranjera que obtuvo el derecho de entrada y de establecerse el país receptor. No obstante, lo que caracteriza el establecimiento de la inversión extranjera está más orientado hacia los fines comerciales y de la movilización de capital, la inversión de capital o aportes provenientes del exterior es lo que determina una inversión extranjera, y lo que se busca con el establecimiento es la libre circulación y movilización de los aportes y capitales para el crecimiento de la inversión, sometidas a las leyes del estado receptor.

En el informe de admisión y establecimiento presentado por la UNCTAD sobre desarrollo del comercio en Julio del 2003, se afirma que “el derecho de establecimiento garantiza al inversionista extranjero, sea este una persona física o jurídica, el derecho de entrar al país receptor y de establecer una oficina, agencia, sucursal o filial, sujetas posiblemente a las limitaciones justificadas por consideraciones de seguridad nacional, salud u orden pública u otros motivos de carácter general” (p. 10), dado esto se puede inferir que el derecho de establecimiento conlleva no sólo al derecho de realizar transacciones comerciales en el país receptor, sino también al derecho de establecer una presencia comercial permanente y a largo

plazo que puede generar la circulación de personas físicas extranjeras y libre circulación de capital.

El derecho de establecimiento está sujeto a las regulaciones internas del país receptor, marca el momento a partir del cual el inversionista se hace beneficiario de otros derechos contemplados en el derecho internacional, en los tratados bilaterales de inversión en caso de haberlos, y en el caso de Venezuela, en la normativa interna como por ejemplo recibir el mismo trato que el Estado receptor otorga a los nacionales. El establecimiento indica que el inversionista extranjero fue beneficiado no sólo para entrar y realizar transacciones comerciales, sino también para establecerse de forma permanente, lo que implica un resultado favorable para su inversión y para la economía del Estado receptor. Durante las fases de admisión y de establecimiento debe haber transparencia para garantizar la objetividad de los derechos vinculados al tratamiento de la inversión.

Registro de la inversión extranjera en Venezuela

En Venezuela a efectos de poder disfrutar de todos los derechos que se le otorga al inversionista extranjero contemplados en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones n° 356, una vez cumplidos los requisitos correspondientes al establecimiento, la misma deberá ser registrada ante la Superintendencia de Inversiones Extranjeras (SIEX). Los requisitos para llevar a cabo el registro de la inversión extranjera son nombrados por el Decreto 2.095, el cual establece que las inversiones extranjeras deberán ser registradas ante SIEX, “dentro de los sesenta (60) días continuos a la fecha en que se inscriba en Registro Mercantil que corresponda, al acto constitutivo que de origen a la inversión extranjera respectiva” (Art. 13).

Se infiere del artículo 14 del mismo Decreto 2.095 que la solicitud del registro de la inversión extranjera directa ante la SIEX, se hará a través de:

1. Un “escrito acompañado de los comprobantes de ingreso de divisas al País, o de los bienes físicos o tangibles, o de las contribuciones tecnológicas intangibles”
2. Se presentará ante la SIEX copia certificada del “Documento Constitutivo Estatutario o su publicación, correspondiente a la empresa receptora de la inversión”
3. Documento Constitutivo del Inversionista extranjero (si es persona jurídica) traducido al castellano por intérprete público, legalizado o autenticado por ante el Consulado de Venezuela en el país de origen
4. Documento Poder del representante del Inversionista Extranjero
5. Solicitud de calificación de la Empresa receptora de la Inversión Extranjera Directa. La calificación de la empresa se basa en su condición de nacionalidad, por lo cual el organismo competente (SIEX) califica si trata de una empresa nacional, mixta o extranjera.

Así mismo se establece en el artículo 15 del Decreto 2.095 que a los fines de la actualización anual del Registro de Inversión Extranjera Directa, los inversionistas extranjeros y las empresas receptoras de inversión deberán presentar, dentro de los ciento veinte (120) días continuos siguientes a la fecha de cierre del ejercicio económico respectivo, los siguientes documentos:

1. Solicitud de actualización de Registro de Inversión Extranjera Directa
2. Calificación de Empresas vigentes

3. Estados Financieros correspondientes al último ejercicio económico, auditados por Contador Público Externo, los cuales deben contener toda la información necesaria para su interpretación, elaborados de acuerdo con principios de contabilidad generalmente aceptados en el país y presentarse acompañados de sus correspondientes notas. En estos Estados Financieros se deberán indicar en forma precisa la base de valuación de los activos, así como la consolidación de los Estados Financieros correspondientes a sus subsidiarias, cuando fuere procedente.
4. Última declaración del Impuesto Sobre la Renta de la Empresa Receptora
5. Actas de Asamblea de Accionistas, en las cuales se acuerden aumentos, reducciones o reposiciones de capital, en los casos en que fueren procedentes
6. Acta de Asambleas de Accionistas, en los cuales se acuerden decretar dividendos, así como los comprobantes de retención de los impuestos correspondientes.

De acuerdo a estas normativas todas las inversiones deben registrarse, por consiguiente se sobreentiende que una vez que se realiza la inversión, el inversionista está obligado a proceder con el registro de las mismas ante la SIEX, y después del primer año de inversión a su actualización una vez al año. Otro tema también de mucha importancia es la transferencia o el derecho de transferencia que tienen los inversionistas extranjeros de remitir capital o beneficios al exterior; cabe destacar que este derecho se concede luego de haber realizado el procedimiento de registro de la inversión ante la SIEX según proceda el caso, a continuación se explica más detalladamente el derecho de transferencia.

El Derecho de la Libre Transferencia

La transferencia de divisas, dividendos, beneficios y otros ingresos es un derecho de los inversionistas extranjeros; por ello se requiere determinar los términos que permitan repatriar el capital y de transferirlo al exterior. Muci (2007) afirma que el inversionista “tiene derecho a repatriar tanto el capital invertido como los frutos civiles que su inversión ha generado” (p. 189), ese derecho se debe reconocer tanto en las leyes como en los tratados bilaterales de inversión. Por su parte, se infiere de Alarcón (2000) que en Venezuela, en materia de transferencia establece que los propietarios de una inversión extranjera tendrán derecho a “transferir al exterior, en divisas libremente convertibles, en los términos previstos en la legislación de cada País Miembro, las utilidades netas comprobadas que provengan de su inversión directa” (p. 104).

Muci (2007) destaca el contenido del artículo 5° del Protocolo Colonial del Mercosur, afirmado este autor que el mismo establece que:

Cada Parte Contratante otorgará a los inversores de otra Parte Contratante la libre transferencia de las inversiones y ganancias, dicha norma dispone que las transferencias serán efectuadas sin demora, en moneda libremente convertible, al tipo de cambio vigente en el mercado a la fecha de la transferencia, conforme con los procedimientos establecidos por la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, los cuales no podrán afectar la sustancia de los derechos previstos en este artículo (p. 191).

El Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones n° 356, destaca en el artículo 12 la transferencia:

Las inversiones internacionales y los inversionistas internacionales, tendrán derecho, previo cumplimiento de la normativa interna y al pago de los tributos a los que hubiere lugar a la transferencia de todos los pagos relacionados con las inversiones, tales como capital inicial y las sumas adicionales necesarias para el mantenimiento, ampliación y desarrollo de la inversión; los beneficios, utilidades, rentas, intereses y dividendos; los fondos necesarios para el servicio y pago de los créditos internacionales vinculados a una inversión; las regalías y otros pagos relativos al valor y la remuneración de los derechos de propiedad intelectual; el producto de la venta de una inversión.

Las transferencias se efectuarán sin demora, en moneda convertible, al tipo de cambio vigente el día de la transferencia de conformidad con las reglamentaciones de cambio en vigor para ese momento

Parágrafo Primero: Podrán limitarse temporalmente las transferencias, en forma equitativa y no discriminatoria, de conformidad con los criterios internacionalmente aceptados, cuando debido a una situación extraordinaria de carácter económico o financiero, la aplicación de lo previsto en este artículo resulte o pueda resultar en un grave trastorno de la balanza de pagos monetarias internacionales del país, que no sea posible solucionar adecuadamente mediante alguna medida alternativa (Art.12, Decreto 356).

A su vez el Decreto Reglamentario 2.095 que acoge lo establecido en las Decisiones 291 y 292 de la CAN, establece en sus Capítulos VII y VIII lo concerniente a la distribución y remisión de utilidades y la reexportación de la inversión al exterior, haciendo énfasis en otorgamiento del derecho de “remitir al exterior las utilidades obtenidas, los dividendos o beneficios correspondiente a las acciones y derechos de propiedad de los inversionistas extranjeros” (Art. 35), previo pago de los impuestos correspondientes. Así mismo se concede el derecho a los inversionistas extranjeros de remitir al exterior “el producto de la venta de acciones, participaciones, derechos y montos correspondientes a la liquidación de la empresa” (Art. 36). Para la reexportación de capital o de cualquier suma “cuya transferencia tengan derecho, los inversionistas extranjeros deberán demostrar que las inversiones respectivas fueron registradas debidamente por ante la SIEEX (Art. 37).

A este respecto y conforme a lo dispuesto en el Decreto 2.095 en su artículo 37, Alarcón (2000) afirma que los inversionistas extranjero deberán demostrar que las inversiones respectivas fueron debidamente registradas a los fines de la “modificación correspondiente al registro de capital extranjero, al momento que la empresa remita la información anual respectiva ante la Superintendencia de Inversiones Extranjeras” (p. 104). El Derecho de transferencia promete a los inversionistas extranjeros las formas de repatriación del capital y de los frutos económicos generados producto de la inversión, y su fundamento legal en Venezuela permite inferir que los procedimientos pertinentes a la transferencia pueden llevarse a cabo sin ningún inconveniente, siguiendo las indicaciones de las leyes correspondientes y previo registro anual ante la SIEEX.

Una vez formalizado el registro de la inversión extranjera ante la SIEEX luego del establecimiento, se entra en un contexto donde la inversión extranjera se beneficia de principios generales para la igualdad de su tratamiento que a nivel internacional se orientan para brindarle protección, y los cuales son amparados por el derecho internacional y contemplados en los Tratados Bilaterales de Inversión. El trato

nacional, la cláusula a la nación más favorecida y el trato justo y equitativo son formas de protección del derecho internacional en los cuales la inversión extranjera puede ampararse. Así mismo las medidas de Inversión que afectan el comercio y uso de los incentivos como formas ampliar las inversiones extranjeras son temas del área seleccionada, por lo cual en el siguiente capítulo se analizará cada uno de estos temas que representan esencialmente a las inversiones extranjeras, así como las medidas que refuerzan e incentivan tan importante área del derecho comercial internacional.

Capítulo V

Principios Generales de Tratamiento que brindan estabilidad y Seguridad jurídica, las Medidas de Inversión e Incentivos

En casi todos los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) se recogen principios cuyo objeto es brindar protección e igualdad en el tratamiento a inversión extranjera, dichos principios se enfocan en el criterio de que no debe haber tratos preferenciales o acciones que discriminen la inversión extranjera en el país receptor, brindándole seguridad y estabilidad al inversor en cuanto a su inversión, ya que se promete mediante estos resguardos que el libre desenvolvimiento comercial llevados a cabo en entorno a la inversión sea igualitario tanto para el extranjero como para el nacional o las relaciones favorables entre Estados pueden ser tratadas de la misma manera; permitiendo así una mayor transparencia en la negociaciones comerciales. Es

invaluable la importancia de un trato justo y equitativo entre nacionales y extranjeros que garanticen la protección y la estabilidad jurídica de las inversiones extranjeras.

El tratamiento de la inversión extranjera se refiere al régimen legal aplicable por el Estado receptor, es decir; de acuerdo a Tempone (2003) es “aquel tratamiento que el Estado nacional se obligó a conceder al inversor extranjero, a fin de asegurar el disfrute de los beneficios concedidos a los inversores nacionales o a los de un tercer Estado” (p. 50), entonces en relación a esto el tratamiento se considera la manera en que el Estado receptor, en el contexto de su régimen legal, favorece a la inversión extranjera o mantiene la relación con el inversor asegurando un trato justo e igual que a los nacionales o a un tercer Estado favorecido. Así mismo se infiere del mismo autor que estas normas de tratamiento pueden ser agrupadas a su vez en “a) relativas y b) absolutas, según sea necesario para determinar su contenido recurrir o no, a otras normas jurídicas” (p. 50).

Entre las normas de tratamiento relativos se encuentran los principios del trato nacional y el de la nación más favorecida, constituyendo éstas las reglas más importantes en materia de tratamiento de la inversión, estos dos principios persiguen la no discriminación de las inversiones extranjeras. A su vez las normas de tratamiento absolutas, afirma Tempone (2003) se encuentran las categorías “comprendidas en el tratamiento justo y equitativo y la protección y seguridad plena” (p. 55), es por ello completamente necesario identificar y analizar la naturaleza de cada una de estas reglas o principios de tratamiento estandarizados ya que sin duda mantener desde un principio de la relación entre el inversor extranjero y Estado receptor, las bases legales y las reglas que marcarán las formas a las que se debe recurrir para evitar un trato discriminatorio, preserva y promociona considerablemente el crecimiento de las inversiones extranjeras.

Así mismo, por la importancia de fomentar el interés por atraer inversionistas extranjeros se han creado medidas e incentivos estandarizados que a nivel

internacional coaccionan estimulando la fluidez y el interés por invertir en Estados distintos al país de origen de la inversión, son las MIC y los incentivos los que motivan a los inversionistas atrayéndolo con el fin de invertir por medio de las inversiones extranjeras, los mismos deben ser aplicados con transparencia, de carácter general y orientados a no violar los principios de tratamiento estandarizados como por ejemplo el de la nación más favorecida. En éste capítulo se analizan los principios estandarizados como el trato nacional, el trato a la nación más favorecida, el trato justo y equitativo, las medidas de inversión que afectan al comercio (MIC) y los incentivos, esperando cubrir la importancia de los mismos en el ámbito de las inversiones extranjeras.

Principio del Trato Nacional

Como ya se ha dicho el principio del trato nacional es recogido en casi todos los tratados bilaterales de inversión (TBI), es una garantía de que el inversionista extranjero y su inversión recibirán un trato igual al otorgado a los inversionistas nacionales del país receptor, sin ninguna diferencia entre ellos u otorgamiento de trato preferencial. Alarcón (2000) afirma que el principio del trato nacional “establece la necesidad de que cada Estado contratante conceda un tratamiento no menos favorable que el que concede a las inversiones de sus propios nacionales” (p. 176). El trato nacional es un derecho que tienen los inversionistas extranjeros por lo cual el Estado que lo contemple en sus Tratados Bilaterales de Inversión debe cumplirlos.

Muci Borjas (2007) afirma que “a los inversionistas extranjeros les asiste, primero, el derecho a ser tratado como si fueran nacionales del Estado receptor de la inversión” (p. 135), por medio del trato nacional el Estado receptor se obliga a proporcionarle al inversionista un trato equivalente al otorgado a inversionistas o inversiones nacionales. En cuanto al contenido de las formas del trato nacional señala Muci Borjas (2007) que “el tratamiento asegurado por la cláusula debe ser igual tanto

en el plano formal como en el sustancial, prohibiéndose a los Estados discriminar de hecho o de Derecho a las inversiones y a los inversionistas extranjeros” (p. 135), se infiere que en cuanto a la nacionalidad de los inversionistas o de sus inversiones no pueden establecerse regímenes o regulaciones dispares ya que pueden originar criterios válidos de discriminación.

Las normas de tratamiento en relación al trato nacional son de carácter relativo, es decir; el estándar de protección depende de lo que establece el Estado receptor ya que es quién tiene el control de las regulaciones sobre las inversiones extranjeras dentro de su territorio. Por ello Muci Borjas (2007) afirma que “dicha cláusula brinda un estándar de protección relativo, toda vez que su contenido o alcance es variable, pues va a depender de la letra y espíritu de las normas dictadas por el Estado para regular a tales inversionistas” (p. 135), de acuerdo a esta afirmación se infiere que el Estado no aseguraría que el nivel de protección sea total o absoluto, no obstante, el principio del trato nacional debe estar libre de medidas estatales arbitrarias.

A pesar de que los acuerdos de integración económica y los tratados bilaterales de inversión pueden variar dependiendo de su alcance, cobertura o territorio donde se realice o del nivel de compromiso que se pretenda adquirir, el trato nacional mantiene casi siempre su inclusión en ellos, se hace mención que desde un punto de vista esencialmente económico, recayendo la protección sobre los aportes o capitales provenientes del exterior el principio del trato nacional mantiene el alcance de cubrir el tratamiento igualitario. En este sentido se infiere de García y Genua (2004) que el principio del trato nacional “establece la obligatoriedad de otorgar un tratamiento igual a los productos, servicios y capitales provenientes de países socios con respecto a los productos, servicios y capitales nacionales, es decir; un país no puede aplicar un trato no menos favorable a las importaciones provenientes de cualquier país en relación al otorgado a los bienes y servicios producidos localmente” (p.70).

La aplicación del principio de trato nacional repercute positivamente en el mercado, ya que crea un sistema de competencia sin ningún tipo de discriminación. Se observa con esto, que el trato nacional otorgado por el Estado contratante o receptor permite que en circunstancias similares entre inversionistas extranjeros y nacionales se conceda un trato idéntico, lo que representa que las inversiones extranjeras reciben un trato no menos favorable que el otorgado a las nacionales. En relación al fundamento jurídico sobre el principio del Trato Nacional a las inversiones extranjeras, tenemos que en Venezuela encontramos este principio en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones N° 356, el cual recoge la norma del trato nacional en su artículo 7° señalando lo siguiente:

Artículo 7. Las inversiones y los inversionistas internacionales tendrán los mismos derechos y obligaciones a las que se sujeten las inversiones y los inversionistas nacionales en circunstancias similares, con la sola excepción de lo previsto en las leyes especiales y las limitaciones contenidas en el presente Decreto – Ley.

Parágrafo Primero: Mediante Ley, podrán reservarse determinados sectores de la actividad económica, al Estado o a inversionistas venezolanos. Lo previsto en este Decreto-Ley no afecta las reservas existentes para la fecha de entrada en vigencia de este Decreto-Ley.

Parágrafo Segundo: Las inversiones internacionales no requerirán de autorización previa para realizarse, excepto en los casos en que la ley expresamente así lo indique.

Se observa que el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones contiene el fundamento jurídico de la aplicabilidad del trato nacional a las inversiones e inversionistas internacionales, en circunstancias similares, a las

inversiones e inversionistas nacionales, no obstante; se puede observar que en las regulaciones señaladas se refleja el carácter relativo del principio del trato nacional, ya que la Ley mantiene el carácter relativo en el Artículo nº 7 al señalar que el “Decreto-Ley y las leyes especiales pueden contener excepciones o limitaciones en cuanto al tratamiento.

Por otra parte y como ejemplo de esto se puede observar el principio del trato nacional en el Tratado de Inversión entre Venezuela y Canadá, suscrito en Caracas el 01 de Julio de 1.996 y publicado en la Gaceta Oficial Nº 5.207 Extraordinario de fecha 20 de Enero de 1998, en dicho tratado se observa el principio del Trato Nacional en el artículo IV. El tratado bilateral de inversión 5.207 señala en el ya referido artículo IV que el trato nacional se otorgará luego del establecimiento; señalando lo siguiente:

1. Cada parte contratante, otorgará a las inversiones y ganancias de los inversores de la otra parte contratante un trato no menos favorables que aquél que en circunstancias similares, otorga a las inversiones y ganancias de sus propios inversores
2. Cada parte contratante otorgará a los inversores de la otra parte contratante un trato no menos favorable que aquél, que en circunstancias similares, otorga a sus propios inversores con respecto a la expansión, administración, conducción, operación, uso, goce, venta o disposición de su inversión o de sus propias ganancias.

Se puede observar con esta norma que se otorga el principio del trato nacional en la fase de post establecimiento, por medio de su aplicación el país contratante deberá otorgarle el trato nacional al inversionista extranjero, garantizando igual trato como lo hace con los inversionistas nacionales. Es decir, el país contratante deberá garantizar

a los inversionistas del otro país contratante el mismo trato que otorga a sus inversionistas, en circunstancias similares; situación ésta que se produce, por ejemplo en el acuerdo celebrado entre Venezuela y la República Francesa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, cuya ley aprobatoria fue publicada en la Gaceta Oficial N° 37.896 del 11 de marzo de 2004.

En dicha Ley aprobatoria entre Venezuela y Francia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones se enuncia el principio del Trato Nacional en el artículo n° 4, señalando que “cada Parte contratante aplicará en su territorio y en su zona marítima a los nacionales o sociedades de la otra Parte, en lo referente a sus inversiones y actividades ligadas a esas inversiones, un trato no menos favorable que el otorgado a sus nacionales o sociedades”. El trato nacional busca que el tratamiento para los inversores e inversiones extranjeras sea igual y sin ningún tipo de discriminación que el que se les otorga a los inversores e inversiones de los nacionales del país receptor, se orienta en un contexto territorial, su alcance es sobre el Estado contratante receptor de la inversión extranjera.

Principio de la Nación Más Favorecida

La cláusula de la Nación Más Favorecida es una institución originada en el campo del derecho internacional y según afirma Escobar (2008) su origen deriva de “costumbres en las relaciones comerciales entre diversos Estados que fueron sucesivamente incorporadas a acuerdos o convenios internacionales” (p. 18), se infiere de este autor que el origen de la cláusula es “una consecuencia directa del cambio de políticas comerciales proteccionistas por políticas de comercio internacional abierto” (p. 19), como consecuencia de la necesidad de los Estados de incrementar sus actividades comerciales. Debido al crecimiento del comercio internacional, afirma Escobar (2008) que los “Estados se vieron en la necesidad de

desarrollar una manera de mantener en el tiempo el equilibrio de las relaciones interestatales y fue así como surgió la cláusula de Nación Más Favorecida” (p. 19).

En la actualidad la mayoría de los tratados bilaterales de inversión que contienen las cláusulas de protección de trato nacional, recogen dentro de ella misma o muy seguidamente la cláusula de la Nación Más Favorecida. Cuando uno de los Estado contratantes mantenga una relación más favorable con un tercer Estado en específico, el otro Estado contratante puede exigir el trato más favorable que se le otorga al tercer Estado, evitándose así un trato no equitativo. Como manera de aclarar un poco más este concepto se hace alusión a García y Genua (2004), infiriéndose que el principio de Trato de la Nación Más Favorecida (NMF), se refiere a “la obligación de los países socios de un acuerdo de conceder a la otra parte el mismo tratamiento o un tratamiento no menos favorable que el otorgado a terceros países” (p. 69).

Alarcón (2000) afirma que la cláusula de Nación Más Favorecida “establece la necesidad de que cada Estado contratante conceda a las inversiones realizadas por los inversionistas de la otra parte un tratamiento no menos favorable que el concedido a aquellas provenientes de inversionistas o empresas de terceros Estados” (p. 178). El mismo concepto es descrito por Tempone (2003) del cual se infiere que “el trato de Nación Más Favorecida consiste en la obligación que asumen los Estados de brindar un trato no menos favorable que el que otorgan a los inversores de un tercer Estado” (p. 51).

Por otra parte Escobar (2008) sugiere que las cláusulas de Nación Más Favorecida, conocida por sus siglas en inglés como (NMF) son mecanismos previstos en los convenios internacionales por medio de los cuales un “Estado **A** obtiene un compromiso vinculante de otro Estado **B** con el fin de que el Estado **A** o sus nacionales, residentes o productos no sean sujetos a un tratamiento diferencial menos favorable que aquel concedido por el Estado **B** a un tercer Estado o sus nacionales, residentes y productos, que se encuentren en iguales o similares circunstancias” (p.

15), infiriéndose del mismo autor que su objeto principal es garantizar al Estado con el cual se ha asumido el compromiso, que no será discriminado en relación con otros Estados que negocien convenios con posterioridad y obtengan mejores condiciones y una posición más favorable en virtud de cambios en las políticas de Estado o por haber negociado de una manera más hábil.

Dentro de este contexto existen interrogantes que se requieren determinar, cómo por ejemplo, identificar si el inversionista extranjero gozará de la protección que brinda el principio de la Nación Más Favorecida sólo durante la fase post-establecimiento que se da una vez que ha sido admitida la inversión por el Estado receptor; o si se otorga desde la fase de pre-establecimiento, es decir; mientras se está en el proceso de establecerse y de ser admitida; para estas modalidades se infiere de Tempone (2003) que la “receptada mayoritariamente en los tratados suscritos con los países europeos y otras regiones del mundo es la modalidad de que el trato de la Nación Más Favorecida se da sólo durante la fase post- establecimiento y una vez que ha sido admitida por el Estado receptor” (p. 52), es decir; en el ámbito internacional el principio de la Nación Más Favorecida comienza a otorgarse luego del establecimiento de la inversión extranjera en el país receptor.

La segunda modalidad que supone que los beneficios del trato a la Nación Más Favorecida se aceptan desde la etapa del pre-establecimiento Tempone (2003) afirma que esta modalidad es receptada “en los tratados celebrados con los Estados Unidos de América y con los países del Mercosur” (p. 53), infiriéndose que el acogimiento del principio de la Nación Más Favorecida desde la etapa de pre-establecimiento o en la fase de post-establecimiento, va a depender de la negociación, observándose de igual manera como en el trato nacional, que el de la Nación Más Favorecida es también de carácter relativo, ya que de acuerdo a los estándares internacionales permiten establecer excepciones a este trato de la Nación Más Favorecida, cuando los tratos más favorable, otorgados a terceros Estados, se hagan en virtud de la

suscripción de acuerdos de integración, creación de zonas de libre comercio o sean resultado de beneficios contenidos en acuerdos que eviten la doble tributación.

Cómo ya se ha analizado la cláusula de Nación Más Favorecida se orienta a que cada Estado contratante aplicará en su territorio, a las inversiones de la otra parte contratante, un tratamiento no menos favorable que el que se le da a las inversiones de cualquier tercer Estado; a este respecto Muci Borjas (2007) afirma que la cláusula de Nación Más Favorecida “desempeña un rol importante en el Derecho Económico Internacional, cuando existe un acuerdo de protección de inversiones, si una de las partes contractuales de dicho acuerdo celebra un acuerdo con un tercero” (p. 137), infiriéndose del mismo autor que si para los nacionales de ese tercer país se contempla “un régimen más favorable al contemplado para los del otro país en el acuerdo base de protección de inversiones, entonces los nacionales de ese otro país pueden reclamar los beneficios adicionales previstos en el acuerdo con tercero” (p. 138), permitiendo así que se le otorgue iguales beneficios que al tercer país.

De acuerdo a esto, opina Muci Borjas (2007) que la cláusula de la Nación Más Favorecida es una cláusula “de remisión normativa, porque le extiende al inversionista extranjero protegido los mejores derechos y garantías consagrados en otros Tratados (BITs)” (p. 138), por lo tanto se infiere del mismo autor que es “una cláusula de remisión porque permite recurrir a otros Tratados a los efectos de integrar o complementar el Tratado suscrito con un Estado determinado” (p. 138), de manera que la característica más importante de la cláusula de la Nación Más Favorecida es la remisión, pudiéndose incorporar al tratado bilateral de inversión aquellos contenidos que sean más favorable y que el Estado receptor contempla con un tercer Estado, hallándose ambos en circunstancias similares.

La remisión es también vista como uno de los objetos principales de la cláusula de la Nación Más Favorecida, ya que siendo este de carácter práctico, permite revisar los convenios en circunstancias similares que el Estado contratante tiene con otros

Estados, con el objeto de reincorporar al convenio cualquier trato más favorable. Así se infiere de Escobar (2008) el cual señala que uno de los objetos de la cláusula es que “busca lograr una revisión del convenio para incluir cualquier mayor beneficio acordado con terceros Estados sin la necesidad de incurrir en renegociaciones adicionales” (p. 15), convirtiéndose así en una importante herramienta de negociación de tratados y según el mismo autor permite al “Estado receptor del compromiso beneficiarse de concesiones posteriores que fueron inicialmente descartadas durante las negociaciones previas del convenio respectivo” (p. 15).

De esta manera la remisión se convierte en una herramienta para futuras negociaciones de tratados y permite al Estado que asume el compromiso, continuar ejerciendo libremente su política comercial e internacional con terceros. Por otra parte, la forma escrita o redacción de la cláusula de la Nación Más Favorecida es muy relevante, ya que es la manera de determinar las obligaciones adquiridas y los beneficios obtenidos, es por ello importante cuidar la terminología aplicada en la redacción de la cláusula. A este respecto y de acuerdo a Escobar (2008) en el pasado era muy frecuente encontrar situaciones en las que “la redacción de una determinada cláusula de nación más favorecida era tan genérica que resultaba difícil determinar la extensión de las obligaciones de los Estados bajo la misma” (p. 21), ya que se utilizaban frases y términos pocos precisos. Esto ha cambiado ya que actualmente se utilizan versiones modernas y mejoradas que evitan términos ambiguos.

En este mismo orden de ideas afirma Escobar (2008) que en la mayoría de los casos la redacción de la cláusula de Nación Más Favorecida sigue cierta estructura, que presenta las siguientes características esenciales:

1. La cláusula debe especificar quién o qué se beneficia. Los Estados contratantes son los beneficiarios o al menos uno de ellos, no obstante; en muchos casos encontramos otros beneficiarios tales como los sujetos, sus ciudadanos,

residentes, objetos, bienes o productos de alguno de los Estados contratantes. Garantizando a través de la cláusula que a un determinado Estado no se le trate de manera menos favorable que a otro tercer Estado en cuanto a la forma de beneficiarse.

2. La cláusula debe determinar el alcance de limitación o prohibición de trato diferencial. Es decir; debe definirse el beneficio o tratamiento discriminatorio que activará los efectos de la cláusula. A este efecto, puede ser redactada en términos generales de manera de incluir cualquier tipo de trato diferencial o puede ser circunscrita a un tipo específico de beneficio o tratamiento discriminatorio.
3. La cláusula debe señalar el tipo de instrumento o acto mediante el cual se debe considerar materializado el tratamiento diferencial que activa los efectos de dicha cláusula, pudiendo ser este señalamiento a su vez genérico o limitado a instrumentos o medios específicos de otorgar el tratamiento más favorable al tercer Estado.
4. Debe determinarse las consecuencias aplicables en caso de existir un incumplimiento a la obligación de garantizar el trato no menos favorable, objeto de la cláusula. Generalmente el Estado obligado por la cláusula tendrá la responsabilidad de extender al Estado beneficiario el trato más favorable otorgado al tercer Estado.
5. La cláusula puede ser redactada de manera que la obligación sea unilateral o bilateral. En el primero de los casos sólo una de las partes gozará de la garantía de nación más favorecida, mientras que en el segundo caso

ambos Estados contratantes gozarán de los beneficios y asumirán las obligaciones inherentes a la cláusula.

6. La cláusula puede ser condicional o incondicional. Condicionales son aquellas en que la materialización definitiva de sus efectos está sujeta a que el Estado que se beneficia de la cláusula compense al otro por el nuevo beneficio que éste va a adquirir. Por el contrario, las incondicionales son aquellas en las que tal compensación previa no es necesaria (p. 22, 23, 24).

La cláusula de la Nación Más Favorecida puede ser redactada en términos generales o en forma limitada, según Escobar (2008) en su forma “más amplia incluiría cualquier beneficio otorgado por cualquier clase de medio, mientras que una cláusula limitada abarcaría solamente ciertos tipos de beneficios” (p. 30), infiriéndose del autor que en caso de utilización de cláusulas limitadas puede haber menos confusión en cuanto a su aplicación si la misma se encuentra claramente redactada, pero cuando la cláusula está redactada en términos generales o cuando la limitación no se encuentra bien formulada pueden surgir importantes problemas de aplicación. Por medio de la cláusula de la Nación Más Favorecida se pueden aplicar diferentes tipos de beneficios que tienen por objeto garantizar e incrementar las inversiones entre Estados.

Algunos de esos beneficios pueden estar orientados a la reducción de alícuotas en materia de dividendos, intereses y regalías; pero también se utiliza la Cláusula de la Nación Más Favorecida sobre beneficios relacionados con los impuestos y tributaciones en el área de comercio e inversiones internacionales. Escobar (2008) opina sobre el tema de los beneficios lo siguiente:

En relación a los beneficios se pueden encontrar otro tipo de tratamientos preferentes relevantes, tales como otorgar a los no residentes la posibilidad de acreditar impuestos extranjeros o la reducción de la base imponible como resultado directo de la modificación de una definición prevista en un convenio (p. 31).

Cabe destacar respecto a lo señalado, que el convenio al que se hace referencia es sobre los modelos de convenios internacionales para evitar la doble tributación, es decir; los convenios para evitar la doble tributación pueden utilizar la cláusula de la Nación Más Favorecida para la inclusión de estos tipos de beneficios. Afirma Escobar (2008) que el caso de Venezuela, la cláusula de nación más favorecida (NMF) se encuentra prevista en “un número importante de convenios para evitar la doble tributación, incluyendo tanto convenios amplios como convenios especiales en materia de transporte aéreo o marítimo” (p. 14), la inclusión de la cláusula de la NMF en convenios para evitar la doble tributación con otros Estados es un mecanismo que se encuentra activo y en pleno uso en materia comercial internacional, favoreciendo e incrementado por medios de estos beneficios el ámbito aplicado a las inversiones extranjeras.

Por otra parte, en relación al fundamento jurídico en Venezuela de la cláusula de la Nación Más Favorecida está contemplado en el artículo N° 8 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones N° 356, sin embargo se observa una redacción del principio de la nación más favorecida. En dicho artículo n° 8 del Decreto 356 se señala lo siguiente:

Artículo 8. No se discriminará en el trato entre inversiones ni inversionistas internacionales, en razón del país de origen de sus capitales.

Parágrafo Único: Lo previsto en este artículo no será obstáculo para que puedan establecerse y mantenerse tratos más favorables en beneficios de inversiones e inversionistas de países con los que Venezuela mantenga acuerdos de integración económica, acuerdos para evitar la doble tributación o, en general, acuerdos relativos total o parcialmente a cuestiones impositivas.

Dicho artículo contiene el principio del trato a la Nación Más favorecida en él, el Parágrafo Único del artículo n° 8 permite ver que se deja una puerta abierta para posibles negociaciones futuras en las cuales podrían incluirse tratos más favorables, no extensibles a terceros, observando con ello la libertad de negociación de tratados y una excepción al Trato de la nación Más Favorecida. De igual manera se observa que en Venezuela se acoge este principio en los tratados bilaterales. Se menciona como ejemplo el acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones, de Gaceta Oficial N° 5.207, el cual refiere en su artículo III lo concerniente al trato de la nación más favorecida, resaltando que dicho trato se otorga en Venezuela luego del establecimiento. Específicamente señala:

1. Cada Parte Contratante otorgará, a las inversiones, o ganancias de los inversores de la otra Parte Contratante un trato no menos favorable que aquél que, en circunstancias similares, otorga a inversiones o ganancias de inversores de cualquier tercer Estado.
2. Cada Parte Contratante otorgará a los inversores de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a la expansión, administración, conducción, operación, uso, goce, venta, o disposición de sus inversiones y ganancias, un trato no

menos favorable que aquél que, en circunstancias similares, otorga a inversores de cualquier tercer Estado.

3. El párrafo 3 del artículo II el cual señala que Cada Parte Contratante permitirá el establecimiento de una nueva empresa de negocios o la adquisición de una empresa de negocios existente de una participación en la propiedad de una empresa por inversores o futuros inversores de la otra Parte Contratante, de acuerdo con sus leyes y reglamento, pero en todo caso sobre una base no menos favorable que aquella en que, en circunstancias similares, permite la adquisición o establecimiento por inversores o futuros inversores de cualquier tercer Estado. Y los párrafos 1 y 2 de este artículo no se aplicará al trato dado por una Parte Contante en virtud de cualquier acuerdo bilateral o multilateral existente o futuro, que establezca, intensifique o expanda una zona de libre comercio o una unión aduanera (Art. III Acuerdo de Inversiones 5.207, Ordinales 1,2,3)

Así mismo la Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Francesa Para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de Gaceta Oficial N° 37.896, contiene la cláusula de la Nación Más Favorecida conjuntamente con la del trato nacional:

Cada Parte Contratante aplicará en su territorio y en su zona marítima a los nacionales o sociedades de la otra Parte, en lo referente a sus inversiones y actividades ligadas a esas inversiones el trato otorgado a los nacionales o sociedades de la nación más favorecida si ese trato es más favorable (Art. 4).

Como se ha reseñado en los ejemplos dados, en estos dos Acuerdos de promoción y protección de inversiones, la cláusula de la Nación Más Favorecida busca el equilibrio para garantizar la relación comercial, en donde un beneficio en el tratamiento entre dos Estados “A” y “B” no se vea afectado por un posible futuro beneficio que sea considerado más preferencial o favorable entre cualquiera de ellos y un tercer Estado llamado “C” y dónde el Estado que se vea afectado, pueda hacer uso de dicha cláusula para que su condición de tratamiento sea igual al que le otorga al tercer Estado llamado “C”. El principio de la nación más favorecida mantiene un orden en el tratamiento entre Estados, al permitir recurrir a él para buscar el balance correcto para que los Estados contratantes se le garanticen los mismos beneficios hallándose en una situación similar.

Pasando al análisis de otro principio de igual importancia e inherente al tema de inversiones extranjeras, le sigue a continuación el Trato Justo y Equitativo; que al igual que los principios de Trato Nacional y de la Nación Más Favorecida tiene estrecha vinculación y es completamente necesario en el contexto de evitar la discriminación, recurriendo a la equidad para el tratamiento a las inversiones extranjeras. El trato justo y equitativo es un principio que debe concordar con las reglas internacionales y de inversiones extranjeras, una garantía que complementa los principios de igualdad en el trato, aportando a las ya analizadas seguridades y garantizando la minimización de la discriminación para los inversionistas extranjeros.

Principio del Trato Justo y Equitativo

Es un poco difícil abarcar en un concepto una definición del trato justo y equitativo, ya que internacionalmente es visto como un estándar global, Alarcón (2000) afirma que el tratamiento justo y equitativo es un “estándar básico que no está relacionado con la legislación interna del Estado anfitrión y sirve como un elemento

adicional en la interpretación del tratado y de las disposiciones sobre inversión” (p. 179). Se infiere de este autor que en la mayoría de los tratados incluyendo los celebrados por Venezuela, se suele colocar como patrón de referencia lo que debe entenderse como “trato justo y equitativo, aquel que se encuentre en concordancia con lo establecido a través de las reglas y principios del Derecho Internacional” (p. 180), de esta forma se entiende que el trato justo y equitativo se basa en la interpretación de los tratados dentro del fenómeno de la globalización comercial, por medio de reglas y principios internacionales.

De acuerdo a esta concepción, el trato justo y equitativo se visualiza como un acto de interpretación; basado en los principios y reglas del derecho internacional, por lo que la estandarización es importante ya que deben ser principios comunes aceptados internacionalmente. El trato justo y equitativo no es de carácter relativo, ya que su reglamentación no depende del Estado o de sus legislaciones internas, sino más bien de reglas comunes y aceptadas por el derecho internacional; está dentro de las normas de tratamiento que son consideradas como absolutas. A este respecto Tempone (2003) considera que el trato justo y equitativo es “un principio absoluto, cuyo propósito fundamental es proteger a la inversión mediante normas básicas universales” (p. 55), continua afirmando el mismo autor que su contenido específico va a depender de “un juicio de valor que se emite en el caso concreto, por las propias partes en consulta o por un tercero encargado de dirimir un conflicto” (p. 55).

El trato justo y equitativo es un criterio de interpretación con el que se emite un juicio de valor en un caso en concreto, para lo cual se debe tomar como base los criterios universales aceptados por el derecho internacional. El trato justo y equitativo es colocado en la mayoría de los tratados de manera de intensificar y garantizar las condiciones de la relación, manteniendo con este principio condiciones que garanticen que los Estados no dicten medidas discriminatorias y perjudiciales que afecte a las inversiones de los inversionistas del otro Estado contratante es una manera de brindar seguridad para las inversiones extranjeras.

El trato justo y equitativo es aplicado en Venezuela, tiene su fundamento legal el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones N° 356, en el que se establece, en el Capítulo II concerniente al tratamiento de inversión artículo n° 6 lo siguiente:

Las inversiones internacionales tendrán derecho a un trato justo y equitativo, conforme a las normas y criterios del derecho internacional y no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias que obstaculicen su mantenimiento, gestión, utilización, disfrute, ampliación, venta o liquidación (Art. 6).

Como se observa, en Venezuela el trato justo y equitativo es uno de los principios aplicados en el tratamiento de las inversiones extranjeras, con el objeto de evitar cualquier medida que conlleve a la discriminación de las mismas o de los inversores extranjeros, el mencionado artículo hace a referencia que dicho tratamiento estará regido y enmarcado de acuerdo a lo que establecen las normas y criterios del derecho internacional. Es notorio que el trato justo y equitativo será aplicado como un juicio de valor conforme a los criterios del derecho internacional, de manera que la gestión y funcionamiento adecuado de las inversiones extranjeras no se vean afectados negativamente por cualquier medida que no esté dentro de lo que se considere correcto. Se garantiza con él que ninguna medida injusta podrá ser de obstáculo para las inversiones, sino que las mismas están amparadas por las reglas internacionales sobre lo que es correcto conforme a derecho, justo y equitativo.

Como ejemplo de esta cláusula en un tratado bilateral de inversión se alude al Acuerdo entre Venezuela y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de Gaceta Oficial N° 37.357 del 4 de enero de 2002, el cual establece entre sus normas de protección y tratamiento de

las inversiones lo que se entiende como el trato justo y equitativo al disponer lo siguiente: “Todas las inversiones, directas o indirectas, efectuadas por los inversores de una de las Partes Contratantes gozan en el territorio de la otra Parte Contratante de un trato justo y equitativo conforme al derecho internacional” (Art. 3. 1). Es entonces el trato justo y equitativo una forma de protección a las inversiones manteniéndolas amparadas por los principios del derecho internacional.

Principio de Protección y Seguridad Plena

Este principio es utilizado como un resguardo a la integridad física de las inversiones extranjeras en caso de presentarse en el Estado receptor algún disturbio civil que pueda perjudicar a las mismas. Se infiere de Muci (2007) que el estándar de protección y seguridad plena puede ser aplicado fundamentalmente en “aquellos supuestos de hecho en los que se hubieren producido disturbios civiles y violencia física, conflicto armado o desórdenes internos” (p. 164). De acuerdo con este autor en la cláusula correspondiente a la protección y seguridad plena se impone al Estado un “deber de vigilancia, porque obliga a tomar las medidas necesarias para proteger la integridad física de las inversiones del inversionista extranjero amparado por un Tratado” (p. 164), esto es cuando en el país receptor hay disturbios o se originan situaciones violentas. Esto obliga al Estado receptor a proteger las inversiones extranjeras en forma integral incluyendo los activos y propiedades.

Tempone (2003) permite inferir que el principio de protección y seguridad plena es al igual que el de trato justo y equitativo, una regla de tratamiento absoluto, ya que también se encuentra amparado por criterios del derecho internacional. Este autor afirma que la protección y seguridad plena es un principio en el cual se “amplían las obligaciones que los Estados Parte han asumido y obliga a los Estados a ejercer la debida diligencia para la protección de la inversión extranjera” (P. 55). Por otra parte, Alarcón (2000) es de la opinión que la utilidad del principio de protección y

seguridad plena descansa en el hecho de que podría servir para interpretar un tratado en el sentido de entender “las obligaciones del Estado en una forma amplia pudiéndose exigir la debida diligencia para la protección de la inversión extranjera” (p. 180).

Alarcón (2000) permite inferir que este principio tiene su origen en “los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, suscritos principalmente por los Estados Unidos en los años sesenta” (p. 180). A manera de citar un ejemplo sobre la forma de redacción de esta cláusula en los tratados bilaterales de inversión, se hace mención de lo dispuesto en el artículo VI sobre compensación por pérdidas del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones, en el que aparece la cláusula siguiente:

A los inversores de una Parte Contratante que sufran pérdidas porque sus inversiones o ganancias en el territorio de la otra Parte Contratante hayan sido afectadas por conflicto armado, una emergencia nacional o un desastre natural en ese territorio, le será acordada por esta última Parte Contratante, en lo que respecta a la restitución, indemnización, compensación u otro arreglo, un trato no menos favorable que aquél que acuerde a sus propios inversores o a inversores de cualquier tercer Estado (Art. VI).

Se entiende con esto que la protección y seguridad plena debe conllevar a ejercer por parte de los Estados contratantes un criterio que de forma práctica determine cuáles medidas de precaución reconocidas, por los estándares del derecho internacional, deben tomar para resguardar las inversiones extranjeras, ejerciendo las diligencias necesarias para su protección en caso de requerirse por los motivos antes expuestos entre otros. Se debe tomar en cuenta la obligación de vigilancia, protección

y seguridad; aplicando dentro de estos criterios los mecanismos que garanticen que las inversiones de los inversores extranjeros no sufrirán ningún daño, pérdida y que su integridad física estará resguardada; ofreciendo seguridad con el pleno disfrute y uso de su inversión.

Principio de Transparencia

Este principio se relaciona con la claridad, con la publicidad y con la facilidad de acceso de los usuarios, en este caso los inversionistas y que estos puedan acceder a toda la normativa y a toda la información requerida para el funcionamiento correcto de su inversión, García y Genua (2004) afirman que el principio de transparencia establece en la medida de lo posible que todos “los acuerdos y prácticas deben ser abiertos, claros, cuantificables y verificables, a fin de evitar la discrecionalidad en la administración de dichos acuerdos y eliminar cualquier fuente de confusión y malos entendidos en las reglas establecidas” (p. 70), de acuerdo a esta afirmación las palabras claves del principio de transparencia son: Claridad, publicidad, cuantificación y verificación; de manera que hay que centrarse en la precisión de su contenido para que no se genere ningún tipo de confusión y sea tan notorio que pueda ser verificado y comprobado a través de medidas prácticas y abiertas.

García y Genua (2004) permiten inferir que “los acuerdos que preservan el principio de transparencia se constituyen en el marco legal y normativo de las relaciones económicas entre países signatarios y contribuyen a la seguridad jurídica de los agentes económicos de los socios” (p. 71), por lo cual el principio de transparencia es fundamental en los acuerdos económicos y los tratados bilaterales de inversión; ya que contribuyen a su confiabilidad pública y abierta, siendo lo más importante la seguridad jurídica que genera. La mayoría de los tratados bilaterales de inversión reconocen que la transparencia no debe faltar en sus cláusulas, se cita como ejemplo nuevamente al Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el

Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones, que establece en su artículo VX la transparencia:

Cada Parte Contratante deberá, en la medida de lo posible, asegurar que sus leyes, reglamentos, procedimientos y reglamentos administrativos de aplicación general referentes a cualquier asunto cubierto por este Acuerdo sean prontamente publicadas o hechas disponibles de otra manera, de tal modo que se haga posible a las personas interesadas y la otra parte Contratante informarse al respecto (Art. VX).

El principio de transparencia está estrechamente relacionado con la publicidad y libre acceso de su contenido a las Partes Contratantes. El convenio, acuerdo, o tratado bilateral de inversión debe estar disponible para las partes, así también es necesario la publicación inmediata de cualquier normativa, regla o procedimiento en las leyes vinculantes. De esta forma se establece un mecanismo basado en la transparencia en el entorno de las leyes o cualquier asunto de interés que rodee las inversiones extranjeras, contribuyendo a su seguridad jurídica; la transparencia se basa en asegurar que todas las leyes, reglamentos o procedimientos administrativos en el ámbito de las inversiones extranjeras, sean prontamente publicados y puestos al acceso de los interesados de tal modo que haga posible que se informen al respecto.

Medidas de Inversión Relacionadas con el Comercio (MIC)

Las medidas de inversiones que afectan al comercio (MIC) son utilizadas por los países con el objeto de lograr ciertos fines vinculados con la creación de empleo, la industrialización, la promoción de inversiones y exportaciones entre otros intereses del Estado receptor de la inversión extranjera. Blasseti, Cabanellas, Correa, Czar, Lipszyc, Mastaglia, Moncayo, Negro, Nuñez y Orcalli (2004) afirman que las MIC

en algunos casos pueden ser condiciones impuestas en forma de “requisitos de desempeño a la operación de un inversor foráneo; en otros, sólo se vinculan con el acceso a ventajas ofrecidas por el gobierno del país receptor” (p. 107), de acuerdo a esto las ventajas ofrecidas serían tales como incentivos impositivos o subvenciones.

El Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el comercio (Acuerdo MIC) tiene sus orígenes en la Ronda de Negociaciones Multilaterales de Comercio de 1979 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, conocido en inglés por sus siglas (GATT), así se puede inferir de Blasseti et al. (2004), los cuales señalan que, tras la conclusión de las negociaciones de dicha ronda, “algunos países, entre ellos Estados Unidos llevaron a consideración un número limitado de requisitos de desempeño introducidos por los países receptores respecto de los inversores extranjeros” (p. 108), dichos requisitos se relacionaban con el “contenido nacional de la fabricación local o el grado de utilización de insumos y componentes de origen nacional y con el desempeño de las exportaciones” (p. 108).

Los países que propusieron los requisitos de desempeño, entre ellos Estados Unidos de Norteamérica, argumentaron que tales medidas tenían efectos sobre el comercio y que por lo tanto debían ser reguladas por las partes contratantes del GATT; sin embargo Blasseti et al. (2004) afirman que varias Partes Contratantes, especialmente, los países en desarrollo, sostenían que “la cuestión de inversión extranjera directa iba más allá de la competencia del GATT, por tal motivo no se llegó a ningún acuerdo en la Reunión Ministerial del GATT de 1982” (p. 108). Más tarde en ese mismo año, se infiere de estos autores; Estados Unidos entabló una acción en el GATT contra Canadá, sobre la “Ley Federal de Revisión de la Inversión Extranjera” (p. 108), la cual permitió considerar el alcance del GATT en relación con las medidas de inversión.

No obstante, éstos sólo fueron anticipos para abrir los mecanismos que establecerían la consideración de los requisitos de desempeño en materias de inversiones, durante este proceso el panel de la Ley Federal de Revisión de la Inversión Extranjera (FIRA) examinó los requisitos exigidos para la compra de productos importados y de aquellos que podrían exportarse por cantidades específicas a su producción. De acuerdo a Blasseti et al. (2004) “a pesar de la posición de muchos país que sostenían que las inversiones estaban fuera de la órbita del GATT, el Consejo General decidió permitir que el panel prosiguiera” (p. 108), por lo que el panel encontró ciertas inconsistencias en algunas prácticas; sin embargo, los Estados Unidos de Norteamérica adoptó unilateralmente normas que vincularon la inversión con el comercio.

Afirman Blasseti et al. (2004) que posteriormente durante el proceso de preparación de la Ronda Uruguay, se propusieron que las negociaciones permitieran:

- Aumentar las disciplinas sobre las medidas gubernamentales sobre inversiones que desviarán los flujos de comercio y de inversión a costa de otras Partes Contratantes.
- Explorar una amplia gama de cuestiones en materia de inversión, incluso el trato nacional/trato de nación más favorecida (NMF) para inversiones directas nuevas y existentes, y el derecho a realizar una inversión.
- Examinar varios tipos de medidas sobre inversiones en materia de comercio, tales como requisitos de contenido local, requisitos de desempeño, subvenciones e incentivos, a la luz de artículos específicos del GATT, así como de sus objetivos generales (p. 109).

Se infiere de Blasseti et al. (2004) que una cuestión clave de la negociación realizada en la Ronda de Uruguay “fue determinar hasta qué punto las MIC estaban ya cubiertas por el GATT o si era necesario desarrollar nuevas disciplinas” (p. 110), algunas de estas medidas que se pretendían negociar se relacionaban y tenían efecto sobre el comercio; pudiendo ser, entre otras, ciertas preinscripciones en materia de ventas o restricciones cambiarias, así como también, preinscripciones o requisitos en materia de exportación o en materia de fabricación del producto a exportar o importar; que se vinculaban e influían en el comercio y en la inversión extranjera vinculándose ambas áreas entre sí. De acuerdo con los autores señalados se discutían diferentes opiniones de los países involucrados en la negociación, y en las cuales se hacía énfasis en los efectos tanto positivos o negativos producto de las MIC.

De esta manera reseñada, Blasseti et al. (2004), permiten inferir que a partir de Mayo de 1990, el Presidente del Grupo de Negociación de las MIC hizo conocer varios proyectos diseñados para integrar las distintitas posiciones de los negociantes, dichos proyectos causaron a su vez oposición en aspectos como “su alcance, en cuánto si el acuerdo abarcaba medidas a tomarse sólo cuando se efectuaba la inversión o también medidas aplicadas a las empresas establecidas” (p. 114), lo que creó opiniones divergentes y es por ello que no fue sino hasta la celebración de la Ronda de Marrakech cuando se adopta el Acuerdo.

De acuerdo a Blasseti et al. (2004), el Preámbulo del Acuerdo sobre las MIC expresa el deseo de promover las inversiones a través de las fronteras internacionales para fomentar el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales, en particular de los países en desarrollo lo cual debe efectuarse asegurando al mismo tiempo la libre competencia. En dicho Preámbulo se reconoce que “ciertas medidas en materia de inversión pueden ocasionar efectos de restricción y distorsión del comercio” (p. 115). Con respecto a su ámbito de aplicación los mismos autores mencionan que el Acuerdo sobre las MIC, estipula que “se aplica únicamente a las

medidas en materia de inversión relacionadas con el comercio de mercancías; no cubriendo las medidas que afectan el comercio de servicios” (p. 116).

En relación a la prohibición de aplicar cualquier MIC incompatible que no estén en concordancia con el Acuerdo, Mestas et al. (2000) señalan, que dichas medidas son las que sean “incompatibles con los principios de trato nacional y de prohibición general de restricciones cuantitativas” (p. 341), contenidos en los artículos III y el XI del GATT de 1994, así mismo, dichos autores manifiestan que “el Acuerdo MIC señala la existencia del Anexo único del mismo, en el que figura una lista ilustrativa de las MIC que son incompatibles con los principios mencionados” (p. 341). Ahora bien, remitiéndonos a la lista ilustrativa, la cual se encuentra como ya se refirió en el Anexo único del Acuerdo MIC, se hace mención a continuación de las prohibiciones correspondientes al trato nacional y las restricciones cuantitativas respectivamente:

1. Las MIC incompatibles con la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 comprenden las que sean obligatorias o exigibles en virtud de la legislación nacional o de resoluciones administrativas, o cuyo cumplimiento sea necesario para obtener una ventaja, y que prescriban:
 - a) La compra o utilización por una empresa de productos de origen nacional o de fuentes nacionales, ya se especifiquen en términos de productos determinados, en términos de volumen o valor de los productos, o como proporción del volumen o del valor de su producción local; o
 - b) Que las compras o la utilización de productos de importación por una empresa se limite a una cantidad relacionada con el volumen o el valor de los productos locales que la empresa exporte.

1. Las MIC incompatibles con la obligación de eliminación general de las restricciones cuantitativas establecida en el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994 comprenden las que sean obligatorias o exigibles en virtud de la legislación nacional o de resoluciones administrativas, o cuyo cumplimiento sea necesario para obtener una ventaja, y que restrinjan:
 - a) La importación por una empresa de los productos utilizados en su producción local o relacionados con ésta, en general o a una cantidad relacionada con el volumen o el valor de la producción local que la empresa exporte;
 - b) La importación por una empresa de productos utilizados en su producción local o relacionados con ésta, limitando el acceso de la empresa a las divisas, a una cantidad relacionada con las entradas de divisas atribuibles a esa empresa; o
 - c) La exportación o la venta para la exportación de productos por una empresa, ya se especifiquen en términos de productos determinados, en términos de volumen o valor de los productos o como proporción del volumen o valor de su producción local (p. 4 lista ilustrativa Acuerdo MIC).

En virtud a lo señalado, la referida lista ilustrativa del Acuerdo MIC, contiene las prohibiciones para aquellas medidas que se deben tomar en cuenta para no actuar en contrario a la compatibilidad de lo exigido. Por otra parte y si bien es cierto, que tal como se señaló al inicio, los incentivos que se otorgan en materia de inversión pudieran, eventualmente, ser calificados como medidas de inversión que afectan al comercio, no todos ellos pueden ser subsumidos en las medidas de inversión tipificadas como MIC, y por ende prohibida su utilización, por lo que siendo medios

útiles de atracción de capitales extranjero, resulta conveniente analizar algunos de esos incentivos, lo que se hace a continuación.

Los Incentivos a la Inversión Extranjera

Los incentivos a la inversión extranjera son utilizados con frecuencia como un instrumento de carácter normativo para atraer a la inversión extranjera directa al país receptor; de acuerdo a una publicación emanada de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de la inversión, de la conferencia de las Naciones Unidas sobre Incentivos del año 2004, se puede inferir que los incentivos pueden utilizarse para “atraer nueva inversión extranjera directa (IED) hacia un país receptor concreto o para conseguir que las filiales extranjeras en un país realicen funciones consideradas como deseables” (p. 5), se afirma en la misma publicación de la UNCTAD que dichas funciones consideradas como deseables estarían dentro del área de “capacitación, utilización de fuentes de abastecimientos nacionales, investigación y desarrollo o exportación” (p. 5).

Se hace referencia en la misma publicación de la UNCTAD sobre Incentivos, que pueden los gobiernos utilizar tres categorías principales de incentivos a la inversión como mecanismos para atraer la inversión extranjera directa (IED) y conseguir más beneficios de ella, estas categorías de incentivos son las siguientes:

- Incentivos financieros, como las donaciones a fondo perdido y los préstamos en condiciones muy favorables;
- Incentivos fiscales, como las moratorias fiscales y la reducción de los tipos impositivos;
- Otros incentivos, incluida la infraestructura o los servicios subvencionados, las preferencias de mercado y las

concesiones en materia de reglamentación, como las exenciones de las normas laborales o ambientales.

Los incentivos son instrumentos normativos utilizados por los países receptores para atraer las inversiones extranjeras, favoreciendo a través de la inversión extranjera directa tanto a las pequeñas como a las grandes empresas. En la referida publicación de la UNCTAD sobre incentivos del año 2004, se infiere que dentro de la gran variedad de incentivos, los más frecuentemente empleados son “los financieros y los fiscales” (p. 6), de la misma publicación se mencionan las siguientes listas sobre los tipos de incentivos que con mayor frecuencia son utilizados por los países receptores para atraer a la inversión extranjera directa:

Incentivos financieros:

- Donaciones para la inversión: subvenciones directas para sufragar parte de los costos de capital, producción o comercialización en relación con un proyecto de inversión.
- Créditos subvenciones y garantías de crédito: préstamos subvencionados o garantías de préstamos o créditos de exportación garantizados.
- Seguro estatal con tipos preferenciales o capital de riesgo con financiación pública participante en inversiones que impliquen grandes riesgos comerciales. El seguro estatal con tipos preferenciales se ofrece normalmente para cubrir determinados tipos de riesgo, como la inestabilidad del tipo de cambio, la devaluación monetaria o riesgos no comerciales como la expropiación y las agitaciones políticas ofrecidos con frecuencia a través de un organismo internacional.

Incentivos fiscales:

- Basados en los beneficios: reducción del impuesto habitual sobre la renta de las sociedades o del impuesto sobre los beneficios; exoneración temporal de impuestos.
- Basados en la inversión de capital: reducción por depreciación acelerada, inversión y reinversión.
- Basados en la mano de obra: reducción de las cotizaciones a la seguridad social y deducciones de los ingresos imponible basadas en el número de empleados o en otros gastos relacionados con la mano de obra.
- Basados en las ventas: reducciones del impuesto sobre la renta de las sociedades en función del total de ventas.
- Basados en la importación: exenciones de derechos que gravan los bienes de capital, equipo o materias primas, recambios e insumos relacionados con el proceso de producción; créditos fiscales aplicables a los derechos pagados por materiales y suministros importados.
- Basados en la exportación: exenciones de los impuestos a la importación; reintegros de derechos; trato fiscal preferencial de los ingresos resultantes de las exportaciones, reducción del impuesto sobre la renta para actividades especiales generadoras de divisas o para exportaciones de manufacturas; créditos fiscales para las ventas internas a cambio de exportaciones anteriores; créditos del impuesto sobre los ingresos aplicables al contenido nacional neto de las exportaciones; reducción de los gastos exteriores y amortizaciones fiscales para las industrias de exportación.

- Basados en otros gastos concretos: deducción de los impuestos sobre las ventas de las sociedades basada, por ejemplo, en los gastos relativos a las actividades de comercialización y promoción.
- Basados en el valor añadido: reducciones del impuesto sobre la renta de las sociedades o créditos basados en el contenido nacional neto de los productos; concesión de créditos para el impuesto sobre la renta basados en el valor neto percibido.
- Reducción del impuesto para los expatriados.

Otros incentivos:

Incentivos basados en la reglamentación

- Flexibilización de las normas sobre medio ambiente, salud, seguridad o trabajo.
- Exención temporal o permanente del cumplimiento de las normas aplicables.
- Cláusulas de estabilización que garanticen que los reglamentos existentes no se enmendarán con perjuicio para los inversores.

Servicios subvencionados

- Infraestructura específica subvencionada: electricidad, agua, telecomunicaciones, transporte para infraestructura específica con precios inferiores a los comerciales.
- Servicios subvencionados, incluida la asistencia para localizar fuentes de financiación, ejecución y gestión de

proyectos, realización de estudios de reinversión, información sobre los mercados, disponibilidad de materias primas y suministro de infraestructura, asesoramiento sobre los procesos de producción y técnicas de comercialización, ayuda para la capacitación y reconversión profesional, medios técnicos para desarrollar los conocimientos prácticos o mejorar el control de calidad.

Privilegios de mercado

- Contratos públicos preferenciales.
- Cierre del mercado a nuevos participantes o concesión de derechos de monopolio, protección frente a la competencia de las importaciones.

Privilegios cambiarios

- Trato especial con respecto a las divisas, en particular tipos de cambio especiales, tipos especiales de conversión de la deuda exterior en capital, eliminación de los riesgos cambiarios asociados a los préstamos exteriores, concesiones de créditos cambiarios para los ingresos resultantes de la exportación y concesiones especiales para la repatriación de los ingresos y del capital.

Entender la definición de los incentivos sería visualizar aquellas formas de asistencia ofrecida por un país receptor a los inversores extranjeros y comprender la utilidad de los instrumentos normativos que son aplicados como medios para atraer la inversión extranjera directa; pudiendo ser en sus formas de incentivos financieros, fiscales u otros tipos como los basados en algunos privilegios. Se entiende que un

incentivo a la inversión extranjera es una ventaja que otorga el país receptor al inversor extranjero, procurándole así un ambiente favorable para su inversión, es una forma de conceder beneficios bajo principios de transparencia que permitirán que el inversor extranjero se sienta motivado en traer su inversión a determinado país receptor, para Venezuela como para cualquier otro Estado receptor los incentivos se encuentran en las normativas internas.

Los Contratos de Estabilidad Jurídica

En relación a los contratos de estabilidad jurídica, es factible que los mismos puedan ser utilizados como incentivos para atraer la inversión extranjera; dado esto, es necesario identificar el tipo de contrato a los que pertenecen los contratos de estabilidad jurídica, se hace referencia a un estudio realizado por Torrealba (2008) que para determinar la naturaleza de los contratos de estabilidad jurídica, primeramente clasifica los contratos de Administración en tres grandes categorías:

1. Los contratos inter-administrativos
2. Los contratos entre la Administración y los administradores; y
3. Los conciertos de administración (p. 59).

Torrealba (2008) aclara que “los primeros son los que pueden celebrarse entre dos o más entes de la Administración. Los segundos son los que celebran entre la Administración y los particulares” (p. 59), se infiere que los contratos de estabilidad jurídica no pertenecen a ninguna de estas dos categorías, no obstante; los terceros llamados los conciertos de Administración son calificados como como convenios de colaboración, refiriendo dicho autor que son los que se producen para “fomentar la realización de actividades económicas de interés público” (p. 60), lo cual permite inferir que la categoría de los contratos administrativos llamados conciertos de

administración guardan “semejanzas con los contratos de estabilidad jurídica, concluyendo que los mismos son conciertos de Administración” (p. 60).

En dichos conciertos entre Administración y administrado afirma Torrealba (2008) se establece un simple “acuerdo sobre la medida de una obligación, o de una ventaja, típicas de una relación de sumisión jurídico-pública previamente establecida entre la Administración y la persona con quien ella conviene” (p. 60). En relación al fundamento en Venezuela nos debemos remitir al Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones n° 356, y a las normas contenidas en los artículos 17 y 18 del mismo:

Artículo 17. La República podrá celebrar contratos de estabilidad jurídica, con el propósito de asegurar a la inversión la estabilidad de algunas condiciones económicas en el tiempo de vigencia de los mismos. Dichos contratos serán celebrados, según el sector de la actividad económica de que se trate, por el Organismo nacional Competente al que corresponda la aplicación de las disposiciones contenidas en la normativa comunitaria andina sobre capitales extranjeros y podrán garantizar a la inversión uno o más de los siguientes derechos:

1. Estabilidad de los regímenes de impuestos nacionales vigentes al momento de celebrarse el contrato.
2. Estabilidad de los regímenes de promoción de exportaciones.
3. Estabilidad de uno o más de los beneficios o incentivos específicos a los que se hubiese acogido el inversionista o la empresa en la cual se realice la inversión. Según fuere el caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 del presente Decreto-Ley.

Parágrafo Único: Los contratos que se refieran a estabilidad de regímenes de impuestos nacionales, requerirán la opinión favorable del Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT) y sólo entrarán en vigor previa autorización del Congreso de la República.

Artículo 18. Los contratos de estabilidad jurídica:

1. Deberán celebrarse antes de la realización de la inversión y tendrán una vigencia no mayor de diez (10) años a partir de la fecha de su celebración;
2. Sólo podrán ser suscritos por las empresas a los inversionistas, según sea el caso, que se comprometan a cumplir con programas específicos de inversiones y con otras contraprestaciones, de acuerdo con las condiciones que se indiquen en el Reglamento de este Decreto-Ley;
3. Serán resueltos en caso de incumplimiento por parte de las empresas o de los inversionistas, según fuere el caso, de las obligaciones contraídas conforme al contrato. En caso de resolución, y sin perjuicio de cualquier otra cláusula de penalidad que se establezca en el contrato, serán suspendidos los beneficios o incentivos a favor de la empresa o del inversionista, según fuere el caso, y ésta o aquél, según corresponda, quedarán obligados a la devolución de las cantidades de dinero, así como el valor de los beneficios o

incentivos que hubieran recibido durante todo el período fiscal en que se materialice el incumplimiento, y a la devolución de los tributos que se hubieren tenido que pagar, de no haber mediado el contrato de estabilidad jurídica, durante el mismo período.

4. Las controversias que surjan entre las empresas o inversionistas que suscriban los contratos de estabilidad jurídica, y el Estado venezolano, a propósito de la interpretación y aplicación del respectivo contrato, podrán ser sometidas a arbitraje institucional en conformidad con lo previsto en la Ley sobre Arbitraje Comercial.

Para que los contratos de estabilidad jurídicas sean utilizados, los inversores deberán cumplir con las condiciones señaladas en el artículo n° 10 del Reglamento n° 1.867 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, que expresan que tales inversores deben ser persona natural o jurídica, consorcio o agrupaciones empresariales venezolanas u extranjeras con acreditada solvencia económica, financiera, técnica y profesional; y que los mismos deberán presentar un proyecto de inversión que deberá cumplir con algunos de los siguientes requisitos:

- a) Crear cincuenta (50) o más nuevos puestos de trabajo, o;
- b) Presentar un programa específico de desarrollo de la producción y competitividad de las empresas venezolanas que de una forma u otra se vean involucradas en el proceso de inversión llevado a cabo, con precisa indicación de los lapsos de ejecución de las actividades comprendidas en dicho programa, o;

- c) Presentar un contrato mediante el cual los accionistas y participantes en la empresa rectora de la inversión, transfieran real y efectivamente a esta última, la tecnología a ser utilizada en el proyecto de inversión, o;
- d) Presentar un convenio mediante el cual los accionistas o participantes en la empresa receptora de la inversión, se comprometan a formar al recurso humano de dicha empresa y realicen actividades de investigación y desarrollo científico y tecnológico que generen innovaciones en los procesos productivos de la empresa, incorporando a las universidades o centros de investigación venezolanos, tanto en la formación del recurso humano como en las actividades antes mencionadas.

Conforme a la regulación de los contratos de estabilidad jurídica dispuesta en nuestra Ley de inversiones, en resumen se observa que su característica primordial es darle seguridad a las inversiones garantizando estabilidad de las obligaciones, de los regímenes de exportaciones y de los beneficios o incentivos que se hubiesen acogido en ellos, durante el tiempo de su vigencia, para los cuales los inversores deben cumplir con los requisitos estos que persiguen la utilización de los capitales extranjeros en la obtención de beneficios específicos para el país. Así mismo los contratos de estabilidad jurídica que se refieran al régimen tributario requerirán la opinión favorable del SENIAT. Dichos contratos tendrán un tiempo máximo de duración de diez (10) años, pueden ser resueltos en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas y según Torrealba (2008) “son contratos accesorios por cuanto su suerte dependerá del destino de la inversión realizada” (p. 63).

Los contratos de estabilidad jurídica son mecanismos utilizados por los Estados para atraer capitales extranjeros a fin de lograr objetivos específicos de crecimiento

de sus economías, en cuanto a su naturaleza jurídica se señala que son contratos atípicos celebrados entre la administración y los particulares. De acuerdo a Torrealba (2008) en ellos el Estado se compromete a no ejercer sus “potestades legislativas y regulatorias, requiere autorización de la Asamblea Nacional para que entren en vigor en el caso indicado por la Ley, y puede ser resultado unilateralmente por la administración” (p. 63), conforme a todo lo establecido; los contratos de estabilidad jurídica están en el ámbito del Derecho Público más que del Privado, debido al grado de interés público que recae en ellos y por su regulación.

Las características y condiciones expuestas son las que permiten considerar a los contratos de estabilidad jurídica como incentivos a la inversión. Terminando así lo concerniente a los contratos de estabilidad jurídicas y su aplicabilidad dentro de los incentivos a la inversión, se continúa en el siguiente capítulo analizando el arbitraje a la inversión extranjera como un medio alternativo de solución de controversias y que en la mayoría de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) se recoge como mecanismo posible y más frecuente de acudir en caso de alguna controversia. El arbitraje representa un medio de protección y seguridad para las inversiones extranjeras en caso de alguna diferencia o disputa por el hecho de la intervención de los centros internacionales creados para la solución de cualquier conflicto de una forma justa e imparcial. El arbitraje como medio de solución de los conflictos de las inversiones extranjeras es el tema a tratar el capítulo siguiente.

Capítulo VI

El Arbitraje Como Medio de la Solución de Conflictos de las Inversiones Extranjeras

Del Arbitraje y el Acuerdo Arbitral

El acuerdo arbitral está en la mayoría de los casos representado por una cláusula compromisoria entre las partes, en materia de inversiones extranjeras es completamente válido que en los tratados bilaterales de inversión se contemple dicha acuerdo de compromiso de llevar por un proceso arbitral cualquier situación que amerite la participación de un centro que dirima la validez del laudo. Para precisar un poco más la definición de dicho acuerdo, Torrealba (2008) afirma que el acuerdo arbitral es aquel mediante el cual “las partes acuerdan someter sus controversias, todas o algunas, existentes o futuras, al conocimiento de un tribunal arbitral y no a los tribunales nacionales” (p. 116), explica el mismo autor que el mismo “sirve para establecer el alcance jurisdiccional del tribunal arbitral y para evidenciar el consentimiento de las partes” (p. 116).

Por su parte la Ley de Arbitraje Comercial de Gaceta Oficial 36.430, define el acuerdo de arbitraje señalando respectivamente en sus artículos 5 y 6 que es:

un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.

En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria (Art. 5).

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad deberá hacerse en forma expresa e independiente (Art. 6).

A esta normativa Torrealba (2008) corrobora afirmando que “cuando se trata de un arbitraje internacional, debe considerarse lo dispuesto en los Tratados Internacionales” (p. 117), de igual manera se infiere del mismo autor que para el caso de Venezuela se debe cumplir además con los requisitos y características establecidos en “los artículos 5 y 6 de la Ley de Arbitraje Comercial y otras disposiciones contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” (p 117). Por otra parte y siguiendo con la definición de arbitraje, Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca (1993) son de la opinión que el arbitraje internacional es:

Un medio jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basados en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente o a través de un mecanismo de designación acordados por ellas, delegando a un tercero imparcial, persona física o jurídica a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria, el laudo arbitral; que ponga fin a la diferencia entre ellas (p. 709).

Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca (1993), permiten inferir que el arbitraje comercial internacional puede clasificarse en atención a varios criterios, en primer lugar “conforme a las partes que intervienen en ellos, distinguiendo el que se lleva a cabo entre particulares, sean personas físicas o jurídicas, o entre particulares y Estado (p. 724). En segundo lugar en atención “al órgano y procedimiento arbitral, contraponiendo así el arbitraje ad hoc al arbitraje institucional” (p. 725), y en tercer lugar puede clasificarse según por “la solución dada al fondo del asunto, diferenciando el arbitraje de Derecho del de equidad” (p. 726), dichos autores hacen énfasis a este respecto que para la concepción basada en “la equidad (ex aequo et bono) los árbitros se basan en su personal sentido de justicia y para el basado en el derecho, la misión es aplicar el derecho como lo haría un juez estatal” (p. 727).

Para entender estas concepciones sobre arbitraje institucional y arbitraje libre o ad hoc se cita a Díaz Candia (2011) quién permite inferir que el arbitraje institucional es aquel en el cual “intermedia entre los árbitros y las partes una entidad especializada, comúnmente denominada centro de arbitraje, que administra y organiza el trámite y presta servicios útiles para resolver la controversia” (p. 19), continúa el mismo autor señalando que en el arbitraje institucional, son “los centros de arbitraje quienes solucionan conflictos incidentales entre las partes, son ellos quienes administran todo el procedimiento; incluso el nombramiento de los árbitros ante las partes” (p. 19). Dado a esto, se infiere del mismo autor que en el arbitraje institucional las partes se someten a los procesos llevados por los centros especializados para tal fin, no obstante; las decisiones y el dictamen de los laudos no son llevados por ellos ya que esa misión le compete sólo a los tribunales arbitrales.

Por su parte el arbitraje ad-hoc, se infiere de Díaz Candia (2011) que es “el regulado procedimentalmente por las partes, sin intervención de los centros de arbitraje. Tiene la denominación de independiente porque no se relaciona con ningún centro de arbitraje establecido” (p. 20), el arbitraje ad hoc es libre e independiente porque el proceso del mismo no va depender de un centro de arbitraje especializado,

sino que es regulado por las partes. Alega Díaz Candía a este respecto, que para él este arbitraje, también llamado arbitraje libre es normalmente el “Poder Judicial, o un ente permanente designado en un tratado u otro acto con rango de ley, quien soluciona los conflictos incidentales entre las partes” (p. 20), sin embargo, se infiere que las partes tienen libertad de acordar las reglas del procedimiento aplicable en la solución de su conflicto.

Cuando el arbitraje se produce entre Estados es diferente, se trata en cuestión de un arbitraje internacional, ya que se sale de la jurisdicción nacional; el arbitraje internacional se produce cuando las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes o se produce una controversia con un procedimiento de arbitraje entre países. Para esto Díaz Candia (2011) afirma que el arbitraje entre Estados es siempre internacional cuando hay “conflictos entre Estados soberanos distintos” (p. 15), Según este autor el “arbitraje de inversiones es internacional porque encuentra su base adjetiva principal en tratados internacionales” (p. 15). Es evidente que por tener su base legal en los tratados internacionales el arbitraje de inversiones debe apreciarse como internacional; no obstante, en algunos casos y como se infiere del mismo autor se asoma la posibilidad de “atreverse a predecir que progresivamente se tendrá que aceptar en el ámbito nacional o local con base a leyes nacionales” (p. 15).

Reconocer si un arbitraje es local o internacional es de mucha importancia, lo prescindible es tener claro que cuando se escapa de una única jurisdicción el establecimiento de las partes o hay una controversia entre Estados distintos, se está en presencia de un arbitraje internacional. Según Talero (2008) la nacionalidad del arbitraje tiene consecuencias importantes, ya que “establece las normas imperativas con sujeción a las cuales debe tramitarse el procedimiento; determina cuáles son las cortes competentes para asistir al procedimiento arbitral y finalmente establece el trámite para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales” (p. 33). Así mismo Talero Rueda (2008) permite inferir que así como es importante reconocer los

criterios que establecen un arbitraje nacional o internacional, es necesario saber “determinar si un arbitraje internacional es comercial” (p. 53).

Por ello el mismo autor afirma que de acuerdo a la Ley Modelo de Uncitral se establece que el arbitraje comercial internacional ha sido interpretado como aquél que resulte aplicable a relaciones jurídicas de naturaleza comercial, como “los contratos de agencia, de distribución, de factoring, de construcción de obras civiles, de seguros, de transporte de personas o mercancías, de consultoría, de inversión, de financiamiento de proyectos, entre otros” (p. 54), de acuerdo a esta concepción se interpreta que cuando se trata de relaciones o controversias de naturaleza comercial que impliquen entre sus fines la inversión, estamos en presencia por su naturaleza ante un arbitraje comercial internacional o un arbitraje de inversión cuya naturaleza se basa en el arbitraje comercial internacional. Siendo en este análisis las inversiones extranjeras el tema principal, es conveniente mencionar algunas características que identifican el arbitraje comercial internacional.

Características del Arbitraje Comercial Internacional

Como una manera de identificar el arbitraje comercial internacional se mencionan algunas características del mismo, con el objeto de visualizar las ventajas y desventajas que se pueden observar dentro de él, para ello Talero Rueda (2008) alude las siguientes:

- Participación de las partes en la selección del tribunal:
Siendo el arbitraje comercial internacional un mecanismo privado para la solución de conflictos, las partes cuentan con la potestad de escoger a los árbitros que dirimirán sus controversias

- Posibilidad de que un panel de expertos emita una solución adecuada a las necesidades comerciales de las partes: Las partes tienen la oportunidad de obtener una decisión que sea consciente de las circunstancias particulares que rodean sus respectivo negocio; tomando en cuenta las necesidades comerciales de las partes, dentro del marco de las distintas reglas de derecho aplicable
- Posibilidad de ahorro de tiempo y de menores costos
- Neutralidad
- Flexibilidad para adoptar las reglas de procedimiento aplicable, con presidencia de las normas procesales nacionales
- Familiaridad con las partes, los abogados y el proceso: Implica mayor interacción porque el proceso arbitral busca resolver la controversia
- Descongestión de la justicia ordinaria
- Privacidad y confiabilidad (p. 21,22, 24, 25 y 26).

Centros de Arbitraje Internacional y el CIADI

Se han creado organismos de apoyo al proceso arbitral por motivo del auge que ha tenido este proceso en el arreglo de controversias relacionadas con el comercio y las inversiones, así se puede inferir de Araque (2011) cuándo dice que “instituciones relacionadas con el comercio y otras han ido creando no sólo los reglamentos de arbitraje, sino también organismos especializados en el apoyo institucional a las partes que han decidido someter sus disputas a arbitraje” (p. 60), así mismo a este respecto Talero (2008) hace referencia algunos de los principales Centros de Arbitraje Internacional creados para tal fin; entre ellos destaca a “la Cámara de Comercio

Internacional (CCI), la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) y el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI-ICSID)” (p. 54).

De estos Centros Principales para el Arbitraje Internacional, sólo se enfocará el análisis hacia el Centro Internacional Para Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), dicho Centro, afirma Talero (2008) fue creado “en 1965 de conformidad con la Convención de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados” (p. 58), se infiere del autor que ello obedeció a la necesidad de contar con “un marco predecible para solucionar los conflictos que en materia de inversión se generasen entre los Estados receptores de la inversión y los inversionistas privados provenientes de otros Estados” (p. 58). Talero (2008) menciona que la Convención de Washington fue preparada por el “Banco Internacional para el desarrollo del Banco Mundial; y que únicamente los Estados miembros del Banco Mundial y sus inversionistas, pueden someter sus diferencias al mecanismo arbitral del CIADI” (p. 58).

El Objeto de crear el Centro Internacional Para el Arreglo y Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) significa un gran apoyo para la seguridad de los inversionistas privados y de los Estados receptores de la inversión, ya que en caso de alguna disputa, el CIADI asegura una solución justa, acordada en un laudo arbitral. Torrealba (2008) expresa que el “CIADI es una institución especializada en prestar apoyo para solución de controversias relativas a inversiones y puede administrar procedimientos de arbitraje y conciliación” (p. 130). Según afirma Tejera (2012) Venezuela con el objeto de brindar una mayor seguridad y protección a las inversiones extranjeras tomó la decisión de “suscribirse en Washington DC al convenio CIADI el 18 de agosto de 1993, posteriormente siendo aprobado por el Congreso de la República en el año 1994, y cuyo tratado entró en vigencia para Venezuela el 1 de Junio de 1995” (p. 75).

En sus comienzos el motivo que impulsó a Venezuela a adherirse al convenio CIADI estaba fundamentado en el objeto de protección de las inversiones, al tratar de contar con el apoyo de este centro internacional para las soluciones justas y equitativas conforme a las leyes por medio de dicho tribunal arbitral; de manera que tanto para el inversor extranjero como para Venezuela siendo el país receptor significaba una forma más sólida de protección, en caso de surgir alguna diferencia. Así mismo también se mencionó en el año 1999 el arbitraje en Venezuela ante el CIADI con el Decreto N° 356 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, el cual en su artículo n° 22 del Capítulo IV, concerniente a la solución de controversias; se hace mención a la aplicación del Convenio CIADI, entre otros. Dicho artículo señala textualmente lo siguiente:

Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo de Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente (Art. 22).

Este artículo deja claro la disposición legal de la vía arbitral para ser aplicada sobre cualquier controversia que surja entre el Estado venezolano y un inversionista extranjero con cuyo país de origen se tenga un tratado bilateral de inversión vigente, y

manifieste que cuando dicha controversia entre dentro del marco de las disposiciones del Convenio CIADI, pueden ser sometidas al arbitraje internacional ante dicho centro. El CIADI significó para Venezuela un apoyo para mostrar seguridad y protección a las inversiones extranjeras en los tratados bilaterales de inversión; ya que las soluciones de controversias no se centraban en los tribunales nacionales, sino que se contaba con un Centro Internacional que garantizaba de manera imparcial las soluciones de cualquier conflicto protegiendo los intereses y derechos tanto del Estado receptor como del inversionista extranjero.

Sin duda alguna la adhesión de Venezuela al CIADI significó por varios años una forma segura de promoción y protección a las inversiones extranjeras; no obstante, a inicios del año 2012 se manifestó públicamente que el país saldría del Convenio CIADI, situación que produjo muchas interrogantes acerca de la solución de conflictos en materia de inversiones y sobre el área de inversiones extranjeras en general. Tejera (2012) afirma que “el 24 de enero de 2012, Venezuela denunció el Convenio CIADI” (p. 75), situación que produjo mucha incertidumbre en el ámbito del arbitraje de inversiones; y que concluyó al ser definitiva la salida de Venezuela del CIADI el 25 de Julio del 2012. Muchas preguntas surgieron ante esta situación ¿De qué manera se vería afectada Venezuela ante su salida del CIADI? ¿Cuál sería su repercusión sobre las inversiones extranjeras?, es importante analizar si esta decisión afecta a las inversiones extranjeras y por ende al proceso económico del país.

Es importante tomar en cuenta que aunque Venezuela efectivamente se retiró del Convenio CIADI, existen suscritos por el país una variedad de tratados bilaterales de inversión en donde Venezuela se comprometía a solucionar sus diferencias con otros Estados por el proceso arbitral ante el CIADI, cabe destacar que el retiro de Venezuela del CIADI no implica la terminación de cada uno de estos tratados antes suscritos, ¿Cómo quedaría la situación jurídica en dichos tratados bilaterales de inversión?; esta interrogante tiene una respuesta y es que la salida de Venezuela del CIADI no termina los tratados suscritos en los que se acordó someter el arbitraje ante

el CIADI, cada uno de ellos tendría que terminarse de manera independiente y luego volver a elaborar un nuevo tratado bilateral de inversión con el Estado correspondiente, donde se enuncia por cuál otro centro nacional o internacional se solucionarían los conflictos.

No se ha conocido la elaboración de nuevos tratados bilaterales de inversión con todos los Estados en los que se había suscrito tratados bilaterales de inversión, con el objeto de modificar la cláusula arbitral; sin embargo, esto es un proceso que hay que aplicarlo, para dejar un marco de transparencia y de protección que llene el vacío que dejó la salida de Venezuela del CIADI en esta área; o por el contrario; reconsiderar volver a formar parte del convenio CIADI para así brindar una estabilidad a las inversiones extranjeras en el área de solución de controversias. Hay que considerar objetivamente que el hecho de que Venezuela no forme parte del Convenio CIADI, no evita que surjan demandas por otros Estados en el área de inversiones extranjeras, es decir; Venezuela puede ser demanda así no forme parte del Convenio CIADI; por ello es importante tener claro este tema para prevenir la formas de soluciones.

También hay que analizar cómo afecta esta decisión el proceso económico del país y si alejaría las inversiones extranjeras, puede que no haya sido una buena decisión el dejar de forma parte del CIADI, puede que ello haya originado que muchos inversores, desviara sus inversiones hacia otros Estados obviando a Venezuela y que por ese motivo se perdieran inversiones extranjeras que contribuían satisfactoriamente a la economía nacional; por ello se piensa que es necesario reconsiderar esta decisión o por el contrario, dejar claro en los tratados bilaterales suscritos ante qué organismos se solucionan las posibles controversias que pudieran surgir. No obstante, se sobreentiende que los procesos arbitrales que surgieren con aquellos Estados con los que se acordó someter ante el CIADI cualquier diferencia, se regirán por lo dispuesto en los artículos 21 y 23 del Decreto N° 356, el cual establece respectivamente que:

Cualquier controversia que surja entre el Estado venezolano y el país de origen del inversionista internacional con el cual no se tenga vigente un tratado o acuerdo sobre inversiones, en relación con la interpretación y aplicación de lo previsto en el presente Decreto-Ley, será resuelta por vía diplomática. Si no se llegase a un acuerdo dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de inicio de la controversia, el Estado venezolano propiciará el sometimiento de la controversia a un Tribunal Arbitral cuya composición, mecanismo de designación, procedimiento y régimen de gastos serán acordados con el otro Estado. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán definitivas y obligatorias (Art. 21).

Cualquier controversia que se suscite en relación con la aplicación del presente Decreto-Ley, una vez agotada la vía administrativa por el inversionista, podrá ser sometida a los Tribunales nacionales o los Tribunales Arbitrales venezolanos, a su elección (Art. 23).

De acuerdo a esto, se entiende que en el caso de surgir cualquier controversia ante el inversionista extranjero y el Estado venezolano, primero debe tratarse de buscar las soluciones de la misma por la vía diplomática y la administrativa, y en caso se agotarse las posibilidades de arreglo por dichas vías; el inversionista puede escoger entre someter las diferencia ante los Tribunales Nacionales o ante los Tribunales Arbitrales venezolanos a su elección, lo que significa que si sólo toma en cuenta estos dos artículos en el proceso de solución de controversias en área de inversiones extranjeras, se aleja toda posibilidad de que dichos procesos arbitrales pueden ser llevados ante un tribunal arbitral internacional, ya que sólo los tribunales venezolanos

ya sea por vía ordinaria o arbitrales, son aptos para llevar cualquier proceso de solución de conflictos.

Esta situación no significa que sea negativa del todo, pues se acuerda la solución por los tribunales nacionales; sin embargo, es necesario dejar claro en los tratados bilaterales de inversión ante qué organismo venezolano se llevaría las soluciones de controversias. No obstante, si es así, también puede tener algunas desventajas ya que los procesos de solución de controversias que antes eran llevados de forma internacional, podrían congestionar aún más nuestros tribunales nacionales, no hay que olvidar que el arbitraje internacional proporciona la ventaja de que permite descongestionar los procesos llevados ante los tribunales locales, así como también proporciona la ventaja de la celeridad.

Por todo lo expuesto, se vuelve a retomar la concepción de que la salida de Venezuela del CIADI implicaría algunas repercusiones desfavorable en el ámbito de la protección de las inversiones extranjeras, pudiendo traer desventajas para el proceso de solución de controversias; se es de la opinión que es necesario que sea reconsiderada tal decisión de una forma objetiva y buscar una forma de protección para las inversiones extranjeras que de manera positiva las haga crecer y no menguar. Es necesario contar con una plataforma internacional de protección para las inversiones extranjeras, el apoyo del CIADI para la solución de controversias brindaba seguridad a los inversionistas extranjeros, para cualquier situación que pusiera en riesgo su inversión, así mismo le brindaba a Venezuela una protección como país receptor de la inversión; ya que las decisiones del CIADI plasmadas en los Laudos Arbitrales, eran imparciales y de acuerdo a las leyes.

Como ya se ha dicho hay también otros centros internacionales que sirven de apoyo internacional para la solución de controversias como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), o las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral);

es cuestión de acordar en los tratados bilaterales de inversión si puede llevarse los procesos para solución de controversias por algún otro centro internacional, o si sólo se llevará, a cabo por los tribunales ordinarios nacionales o de arbitrajes venezolanos a escogencia de las partes. No hay que olvidar que el derecho de aplicar el arbitraje está fundamentado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 258; señalando el último aparte de dicho artículo 258 que: “La Ley promoverá el arbitraje, la conciliación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.

Las Inversiones Extranjeras en Venezuela como País Receptor y su Seguridad Jurídica

Establecer la situación jurídica de Venezuela luego de su salida del CIADI es un proceso que debe efectuarse y aclararse con la mayor transparencia requerida, pues es necesario que en el ámbito de las inversiones extranjeras quede asentado las formas en que se realizará el proceso de solución de posibles controversias que puedan surgir. Hay que formular mecanismos de seguridad que protejan y sirvan de escudo para los riesgos de la inversión extranjera, que por situaciones inherentes a su naturaleza mercantil se suscite para cualquiera de las partes, ya sea para Venezuela como país receptor o para el inversor extranjero. Sin duda aclarar los centros a los que se debe acudir para la solución de controversias, luego de la salida del CIADI, ayudaría a no poner el país en desventaja en el ámbito internacional para la captación de las inversiones extranjeras.

Prevenir riesgos que pudieran surgir es una decisión inteligente, pues es evidente que en toda actividad económica puede haber riesgos, y las inversiones extranjeras no excluyen los mismos; Venezuela como país receptor de la inversión extranjera debe tener una plataforma de protección para cualquier diferencia internacional que pudieran surgir con otros Estados. La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras

debe cubrir todo su contexto, es decir; no solamente hay que aclarar la situación del arbitraje internacional para las inversiones extranjeras luego de la salida del país del CIADI, sino que también hay que prevenir cualquier riesgo que pueda afectar a la inversión extranjera, a sus inversores y por ende proteger al país de cualquier demanda internacional. Cubrir los riesgos sobre expropiaciones, control de cambio, cambios de leyes o nuevos reglamentos, entre otros.

Debe haber una adecuación entre la actuación de la administración pública y el contenido de la norma en el ámbito de las expropiaciones, tema que se explicó en capítulo I del presente trabajo de grado, ya que el inversor extranjero debe estar seguro de que su inversión no será expropiada, pues para ello deben consolidarse fuertes razones que justifiquen la causa de utilidad pública o interés social, efectuándose el pago oportuno de una justa indemnización. Sin embargo es aun de mayor importancia establecer un marco de seguridad jurídica para las inversiones extranjeras, garantizando que una vez que sea admitida y establecida en el país no se producirá expropiación alguna sobre los activos o instalaciones físicas relacionados con su establecimiento y en general con la inversión extranjera, protegiendo y garantizando su integridad total en Venezuela como país receptor.

Debe haber un marco de protección para todos los tratados bilaterales de inversión o aquellos que realicen con otros Estados, en cuanto a cualquier cambio en las legislaciones venezolanas que involucren el desenvolvimiento jurídico de las inversiones extranjeras en el país; así mismo garantizar seguridad en caso de la creación futura de nuevas legislaciones dentro de esta área o que de forma global se interconecte con las mismas; evitando así cualquier riesgo futuro producto de un cambio de ley o de la creación de nuevos reglamentos. Así mismo se debe prevenir cualquier riesgo en toda la balanza económica del país, buscando las formas de protección; prevenir riesgos producidos por control de cambios o manejos de las divisas, que sin duda podría afectar las inversiones extranjeras.

Controlar los riesgos fiscales ya que la tributación puede generar riesgos desfavorables en lugar de ser un incentivo a la inversión. De igual manera controlar la seguridad en las relaciones bilaterales entre Estados, ya que cualquier cambio desfavorable entre Venezuela y otro Estado con el cual llevaba vínculos comerciales, puede generar fuertes riesgos a las inversiones que se hayan suscritos entre ambos Estados; prevenir los riesgos en caso de cambio de las relaciones bilaterales, tratando de conservar las relaciones comerciales de manera objetiva, de manera que las inversiones extranjeras no se vean afectadas y por ende la economía nacional. Los vínculos comerciales y los tratados bilaterales de inversión deben ser sólidos desde el inicio de la relación comercial, previniendo cualquier riesgo en todo el entorno y que pueda ser desfavorable para las inversiones extranjeras.

La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras en Venezuela como país receptor es un tema complejo, que abarca analizar minuciosamente todos los riesgos que pudieran surgir en su ámbito, prevenirlos desde el inicio de la relación comercial, dejándolos claramente establecidos en los tratados bilaterales de inversión, garantizan un clima de estabilidad, protección y seguridad para las mismas; y que para el inversionista extranjero representaría la certeza de saber que el país su inversión está segura. Es notorio que en la actualidad Venezuela atraviesa por una crisis económica que afecta a toda la nación y la población en general; las inversiones extranjeras pueden ser una vía para fortalecer el país y salir de esta crisis económica que afecta el país. Venezuela es un país con muchas riquezas y potencial, las inversiones extranjeras y las nacionales son siempre mecanismos necesarios para el desarrollo económico de una nación.

El apoyo del Estado al sector privado nacional, al comercio y a las inversiones extranjeras es una alternativa que se debe apoyar, ya que está de por medio una nación y una sociedad en general. De manera objetiva, olvidando cualquier desacuerdo político ya sea dentro del país o con otros Estados internacionales se debe analizar los mecanismos que puedan favorecer económicamente a nuestro país y salir

ya de una vez de esta crisis que afecta el país. Es necesario el apoyo internacional para la protección a las inversiones ya que no es bueno aislarse de un sistema que en la actualidad está más bien avanzando hacia la globalización. Garantizar la seguridad jurídica de las inversiones extranjeras cubriendo todo los riesgos que pudieran surgir es un método que generaría confianza internacional.

Las inversiones extranjeras y la importancia de su seguridad jurídica en Venezuela es un tema interesante y amplio, en el presente trabajo de grado se ha querido plasmar en un análisis global y con este capítulo se cree haber alcanzado el análisis de todos los objetivos propuestos. La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras, protegiendo de manera integral el desarrollo de las mismas y cubriendo todos los riesgos que pudieran generarse, sirve como una forma de promoverlas de manera positiva; ya que el inversor extranjero siempre va a recurrir a un Estado receptor que garantice la seguridad de su inversión sobre cualquier situación o cambio de leyes que pudieran surgir. Las inversiones extranjeras son una vía recomendada para el crecimiento de la economía del país y que sin duda por varias décadas ha beneficiado nuestra nación; es por ello que debemos promoverlas cada día más y garantizar su seguridad jurídica.

Conclusiones

Las bases jurídicas de las inversiones extranjeras en Venezuela se han analizado en el primer capítulo del presente trabajo de grado como forma inicial de conocer el marco que regula dicha área en nuestro país y su vinculación con los principios y normas internacionales, ya que como se ha manifestado, es imposible centralizar el tema de las inversiones extranjeras de manera local, ya que su entorno se caracteriza por las relaciones internacionales y comerciales con otros Estados. Dichas bases legales deben afianzarse en los modelos creados para su protección para así tener una favorable y segura relación comercial. Los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos internacionales deben ser claros y precisos, basados en normas aceptadas para la protección de las inversiones extranjeras en Venezuela y dentro de los principios y regulaciones aceptados internacionalmente y creados para su común protección.

Hacer un recorrido histórico por la evolución de las inversiones en nuestro país es uno de los objetivos que se analizaron, así como también ha sido de gran aprendizaje el análisis realizado sobre los conceptos propios a la inversión extranjera, como la naturaleza y definiciones de la inversión extranjera directa y la indirecta; todo esto relacionado con el régimen aplicable en Venezuela para cada una de estas figuras claves y otras importantísimas para el desarrollo de las inversiones extranjeras. De igual manera interpretar el régimen de admisión y establecimiento y las formas de registro de la inversión son pasos claves que no podían dejarse de analizar para poder entender pragmáticamente el contexto de las inversiones extranjeras.

Aunado a esto se incorpora lo analizado con respecto al régimen de tratamiento, los principios estandarizados que brindan seguridad jurídica, el arbitraje, los centros de arbitraje, así como los riesgos que deben prevenirse en las inversiones extranjeras; siendo cada uno de ellos los punto de partida para los hallazgos encontrados y

permitieron la comprensión global que se había propuesto para este complejo y actualizado tema, tratando así de entender un poco, ya que por lo difícil de área seleccionada no se puede dar por sentado haberlo analizado todo, más bien es un camino que se abrió y que permite el análisis para entender el ámbito de las inversiones extranjeras y sus seguridad jurídica. Visualizar las inversiones extranjeras y su seguridad jurídica dentro de Venezuela como país receptor y su relación internacional es algo que es necesario vincular, ya que en la actualidad este tema se coloca como un modelo común de reglas aceptadas entre las naciones por medio de ese proceso llamado globalización.

Las inversiones extranjeras es un tema que está formándose cada vez más dentro del sistema mundial de globalización, la mayoría de los países de todo el mundo, casi todos en desarrollo o en vías de desarrollo se han unido en fuertes alianzas, organizaciones o en la creación de leyes y reglas globales para que de manera común regulen las actividades propias al comercio internacional y a las inversiones extranjeras. La cotidianidad y costumbre que por largos años se han identificado en el derecho mercantil internacional en el área de las inversiones, ha permitido que dichas regulaciones globales abarquen temas de relevancia y quizás donde por experiencia se ha conocido que requieren una protección integral que permita una mejor fluidez y confianza, permitiendo que tanto los inversores extranjeros como los Estados receptores tengan un patrón por el cual guiarse para que las actividades realizadas sean las más transparente y seguras dentro de lo aceptado internacionalmente.

Venezuela se ha unido a organizaciones y centros internacionales de protección a la inversión extranjera lo que le ha permitido mantener relaciones comerciales con otros Estados amparados bajo la tutela de la normativa y principios emanados de dichas organizaciones, la prueba es la creación de una gran variedad de tratados bilaterales de inversión y convenios internacionales que durante las décadas de los años 90 y principios del 2000 Venezuela suscribió con otros países, adoptando las reglas y principios comunes emanadas de organizaciones tales como UNCTAD,

CIADI, UNCITRAL, entre otros; lo que representaba una protección a las inversiones. La evolución de las inversiones extranjeras en Venezuela se ha basado en su adaptación a este sistema de protección.

Esas integraciones al sistema mundial han integrado a Venezuela al sistema internacional de protección. Las bases legales que Venezuela ha adoptado para la protección de las inversiones están conectadas a dicho sistema internacional de protección, en el sentido de que el contenido de las leyes locales está acorde con los principios manejados en el contexto internacional. La Constitución Bolivariana de Venezuela manifiesta de modo expreso, el proceso de integración del país al sistema internacional para el desarrollo comercial y de las relaciones internacionales, basándose en la aceptación de los tratados bilaterales como instrumento válido para la adquisición de derechos y obligaciones con otros Estados y sus nacionales. No obstante, son los tratados bilaterales de inversión (BIT) junto con la Ley de Promoción y Protección de Inversiones los instrumentos contentivos de la normativa que regula la protección de las inversiones extranjeras en Venezuela.

Dichos acuerdos jurídicos afianzados en los principios internacionales han creado compromisos entre Venezuela y otros países. Venezuela ha suscrito más de dos mil (2.000) Tratados Bilaterales de Inversión para la promoción y protección recíproca de inversiones (BITs). La mayoría de los derechos y garantías que los tratados reconocen también se encuentran contenidos en el Decreto con Rango y Fuerza de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones N° 356, que regula las inversiones extranjeras en Venezuela de todos aquellos inversores nacionales de países con quienes Venezuela no tenga un tratado de inversión suscrito. Valga la pena destacar que en materia de inversión extranjera directa, la misma está regulada por las disposiciones contenidas en el Decreto N° 2095.

Entre las concepciones que han sido de gran aprendizaje y que han permitido alcanzar la comprensión del tema analizado, está lo relativo a las definiciones básicas

vinculadas en el área; las conclusiones del objetivo específico propuesto sobre los conceptos relativos a la inversión extranjera han permitido identificar entre otros la figura del inversor, el cual es la persona física o jurídica que sea nacional de la otra parte contratante y que es el propietario de la inversión extranjera; que a su vez representa todo activo invertido por el inversor extranjero en el territorio de la otra parte contratante, catalogado como el Estado receptor de la inversión por ser donde efectúa dicha inversión. A su vez esa inversión extranjera puede ser directa, es decir; dirigida al capital de una empresa representado por todo aporte proveniente del exterior propiedad de personas naturales o jurídicas.

Las conclusiones referentes al siguiente objetivo específico concerniente al régimen de admisión y establecimiento y los pasos a seguir luego que una inversión es admitida se remiten a expresar la relevancia del Estado receptor para controlar la entrada y el establecimiento de las inversiones propiedad de extranjeros. Para el control de la admisión y establecimiento de las inversiones extranjeras se han creado formas y restricciones que hacen que la inversión extranjera pase o cumpla con minuciosos requisitos legales para su admisión y establecimiento en el territorio de un país receptor, controles estos que están contenidos en la legislación interna del Estado receptor de la inversión.

El establecimiento de la inversión extranjera está supeditado al cumplimiento de las exigencias de la normativa interna del Estado receptor, la cual contiene las reglas sobre circulación de capitales, movilidad de bienes de capital de trabajo, ingreso y permanencia de personas extranjeras, con mención especial a las condiciones de dichos extranjeros en calidad de trabajadores. Para el caso de Venezuela es importante destacar los pasos para el registro de la inversión extranjera ante la SIEX, luego de haber sido establecida.

Por otra parte, en el análisis del siguiente objetivo específico en dónde se analizaron los principios de tratamiento a las inversiones extranjeras,

internacionalmente reconocidos, cabría concluir que el objetivo general de tales principios es brindar a las inversiones extranjeras un trato similar o igual al que se otorga a las inversiones nacionales en condiciones similares, un trato donde no exista discriminación por la procedencia del capital, y en el que se otorgue la mayor equidad posible, quizá con el objetivo de crear igualdad de condiciones entre los inversionistas, no solo entre nacionales y extranjeros, sino entre los mismos extranjeros; es decir, acatando los principios estandarizados de Trato Nacional, Trato de la Nación más Favorecida, y Trato Justo y Equitativo, entre otros.

Dichos principios están contemplados en los tratados bilaterales de inversión; y son establecidos con miras a obtener mayor transparencia, brindar protección y seguridad jurídica a las inversiones extranjeras; siendo vital que exista una coordinación entre tales principios y la normativa interna de cada país, de modo que ésta última no vulnere los principios generales de tratamiento a los capitales extranjeros; de tal modo que la normativa interna esté no solo acorde en cuanto al contenido, sino también en cuanto a la forma, es decir, que su contenido no esté plagado de mandatos discriminatorios, sino que además, tales normas se hagan del conocimiento público, por las vías acordadas, de modo de cumplir con la transparencia, que es necesaria para reafirmar la seguridad jurídica que se ofrece y se persigue.

Las medidas de inversión relacionadas con el comercio (MIC) son acciones utilizadas por los países para lograr atraer inversiones extranjeras a fin de incrementar las tasas de empleo, las exportaciones, los mercados de producto relacionados, y en general, hacer de las inversiones extranjeras un coadyuvante en el crecimiento de la economía del país receptor. En algunas ocasiones se ha dicho que tales medidas de inversión pueden ser consideradas como un requisito de desempeño, que bien puede estar atado o no al otorgamiento de un beneficio o incentivo. Tales requisitos se relacionan, generalmente, con medidas tendentes a incrementar el contenido nacional de la fabricación local, el grado de utilización de insumos y componentes de origen

nacional y con el desempeño de las exportaciones, entre otras cosas relativas al desarrollo de las inversiones.

El punto álgido en cuanto a las medidas de inversión se centra en que en ocasiones la utilización de esta herramienta viola el derecho de trato nacional que se ampara en el Tratado de la Organización Mundial de Comercio (OMC), del cual Venezuela forma parte, así como también en la obligación de eliminación general de las restricciones cuantitativas, contenida igualmente en dicho acuerdo, de modo que la imposición de estas medidas, ya sea que las mismas estén atadas o no a un beneficio, debe ser estudiada minuciosamente a fin de evitar sanciones de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

Dentro de este contexto de política de atracción de inversiones, también nos encontramos con la figura de los contratos de estabilidad jurídica, respecto de los cuales se concluyó, que los mismos están más dentro del derecho público que del privado debido a su regulación, siendo contratos atípicos que persiguen garantizar estabilidad de las obligaciones adquiridas por el Estado receptor, así como de los regímenes de exportaciones y de los otros beneficios o incentivos que se hubiesen acogido en ellos, durante un tiempo determinado. En Venezuela la utilización de este instrumento como mecanismo de atracción de capitales extranjeros, supone el cumplimiento de unas condiciones específicas para poder disfrutar del beneficio, condiciones estas que no atentan contra las disposiciones del Acuerdo MIC de la OMC.

El último objetivo específico propuesto en el análisis del trabajo de grado está orientado al tema del arbitraje de inversión como medio de solución de conflictos y los centros de arbitraje. Se concluye en este capítulo que el arbitraje es el proceso por el cual las partes acuerdan someter sus controversias, todas o algunas, existentes o futuras, al conocimiento de un tribunal arbitral y no a los tribunales nacionales. Para las inversiones extranjeras el arbitraje más frecuente es el arbitraje internacional o el

arbitraje comercial internacional, porque es una controversia entre Estados y debe considerarse lo dispuesto en los tratados bilaterales de inversión. Con respecto a los centros de arbitraje internacional, existen varios creados para tal fin; pero para los efectos analizados solo se reseñó la importancia del Centro Internacional Para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), así mismo la situación de Venezuela ante la decisión de salir del CIADI.

El CIADI servía de gran apoyo para la promoción y protección de las inversiones extranjeras en Venezuela, ya que sus decisiones como tribunal arbitral representadas en los laudos arbitrales, se acordaban con fundamento en las leyes y los principios internacionales; tratando las soluciones de acuerdo a la ley y de forma imparcial; era un centro de solución de controversias confiable, tanto para Venezuela, como Estado receptor, como para el inversionista extranjero. En Julio del año 2012 Venezuela dejó de formar parte del convenio CIADI, creando expectativas relacionadas con la protección de las inversiones y las formas que en adelante se realizarían las soluciones de controversias entre Estados. De igual forma se considera que dicha decisión puede acarrear consecuencias negativas para la promoción de las inversiones extranjeras, pues su falta puede hacer que el inversionista extranjero desvíe las inversiones a otro Estado.

Sin duda la salida de Venezuela del CIADI es un tema que debe reconsiderarse, ya que también hay que tomar en cuenta que en la mayoría de los tratados suscritos por Venezuela era el CIADI el organismo encargado de la solución de controversias por la vía arbitral. A este respecto se opina que se debe adoptar las medidas para determinar ante qué organismos y por cuál vía habrán de solucionarse los futuros conflictos en materia de si sólo se presentarán ante la vía jurisdiccional, siendo los tribunales nacionales el foro competente, o podrán presentarse igualmente ante un centro de arbitraje, debiendo también aclararse si éste último puede ser nacional o internacional. Mientras más transparencia haya en este sentido más seguridad habrá

para las inversiones extranjeras, pues Venezuela necesita en estos momentos de crisis económica trabajar en medidas de inversión favorable a la nación.

Como conclusión general sobre el objetivo general propuesto determinado por el análisis de las inversiones extranjeras en Venezuela y el control de su seguridad jurídica se resume que efectivamente Venezuela cuenta con un entramado legal de estándar internacional que prevé la protección de las inversiones extranjeras que se asienten en nuestro país, así como un conjunto de tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones, que funcionan no solo como mecanismos de atracción de capitales sino como marco de protección de las inversiones venezolanas en el exterior, es decir, en el territorio de esos Estados con quienes se han suscrito los mencionados tratados.

No obstante, lo dicho anteriormente se puede afirmar que es importante aplicar un control sobre la normativa interna, pues la misma, en efecto también regula la instalación, ejecución, evolución y protección de las inversiones extranjeras, valga recordar que este tipo de inversiones está sometida a las mismas condiciones de instalación y funcionamiento que las inversiones nacionales, ello con el objetivo de evitar que surjan situaciones que le puedan ser desfavorables. Igualmente se deben controlar los riesgos fiscales, ya que la tributación es uno de los factores más ponderado en la toma de decisiones de los inversores. De igual manera controlar la seguridad en las relaciones bilaterales entre Estados, y mirar las relaciones entre Estados de modo objetivo, de manera que si cambian las relaciones diplomáticas preserven las de índole comercial o económicas.

Controlar los riesgos relacionados con el control de cambio y el manejo de divisas y todo tipo de riesgo que por su naturaleza económica o comercial pueda afectar directamente a las inversiones extranjeras. Así mismo, se debe brindar seguridad jurídica en el ámbito de la aplicación correcta de los procedimientos en materia de expropiación, ya que el inversor extranjero debe estar seguro de que su inversión solo

será expropiada dando estricto cumplimiento a los procedimientos establecidos para tales efectos, es decir, cuando existan causas de utilidad pública o interés social que lo justifiquen, siguiendo el debido proceso y efectuando la justa indemnización mediante un pago oportuno, y en moneda libremente convertible. Es muy importante crear un marco de seguridad jurídica en el que el inversor extranjero confíe de que su inversión será tratada favorablemente y se le garantizará que no se producirá expropiaciones o medidas equivalentes que le impidan el desarrollo de su inversión.

Referencias Bibliográficas

- Alarcón D, B. (2000). *La apertura económica y el régimen de la inversión extranjera en Venezuela* (1ra ed.). Caracas: UCAB
- Araque B, L A. (2011). *Manual del Arbitraje Comercial* (1ra ed.). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana
- Araujo J, J. (2005). *Derecho de las redes y servicios de telecomunicaciones*. Caracas: Paredes Libros Jurídicos, C.A
- Candal I, M. (2009). *Régimen impositivo aplicable a sociedades en Venezuela* (2da ed.). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello
- Barragán, J. Tineo, L. Rodríguez, M. Misle, J. Rojas, L. Corrales, W. Rivera, M. Genua, G. Torres, R. Márquez, G. Mestas, A. Astudillo, F. Castro, J. Zuloaga, A. De León, I. Hernández, O. (2000). *La OMC un espacio normativo un reto para Venezuela. Asociación venezolana de derecho y economía*. Venezuela: VELEA
- Betancourt C, M. Rodríguez C, V. (2010). *Introducción al estudio del derecho de los tratados*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales
- Blasseti, R C. Cabanellas, G. Correa, C M. Czar de Z, S. Lipszyc, D. Mastaglia, G T. Moncayo V H, A. Negro, S C. Nuñez, J F. Orcalli G. (2004). *Temas de derecho industrial y de la competencia, derecho del comercio internacional, acuerdos regionales y OMC*. Buenos Aires: Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura
- Brewer C, A. (2001). *El régimen legal de las ofertas públicas de adquisición de acciones y toma de control de empresas* (1ra ed.). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana
- Cabanellas D L C, G. (1982). *Derecho de las inversiones extranjeras* (2da ed.). Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Canova G, A. Herrera O, L. Anzola S, k. (2009). *Expropiaciones o vías de hecho*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial Extraordinaria* 5.453, Marzo 24, 2000
- Código de Comercio. *Gaceta Oficial* N°475 del 21 de Diciembre de 1.955. Caracas, Venezuela

Código Orgánico Tributario. *Gaceta Oficial* N° 37.305 del 17 de Octubre de 2001.
Caracas, Venezuela

Consejo Nacional de Promoción de Inversiones. (2011). Informe de inversiones
Venezuela 2011. CONAPRI.

Cova A, L. (2010). *Comercio internacional incluyendo el comercio electrónico*.
Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección De Inversiones Nro.
356 (1999, Octubre 3). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*
N° 5.390, Octubre 22, 1999

Decreto Reglamentario Nro. 2.095 (1992, Febrero 13). *Gaceta Oficial de la*
República Bolivariana de Venezuela N° 34.930, Marzo 25, 1992

Díaz C, H. (2011). *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje. Teoría*
general del arbitraje (1ra ed.). Caracas: LEGIS

Dos Santos, O M. (2000). *Contratos internacionales en el ordenamiento jurídico*
venezolano. Valencia: Vadell Hermanos Editores, C.A

Escobar R, L. (2008). *La cláusula de la nación más favorecida en los convenios para*
evitar la doble tributación. Caracas: Ediciones Liber

Fernández, F L. (1994). *Temas sobre inversiones extranjeras y control de cambios*.
Vol. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado - Editorial de Derecho
Reunidas

Fernández de la Gándara, L. Calvo C, A L. (1993). *Derecho mercantil internacional*
(2da ed.). Madrid: Editorial Tecnos, S.A

García, J., Genua, G. (2004). *Acuerdos Económicos Internacionales*. Caracas: IESA

Guajardo, C A. (1999). *Comercio internacional y globalización*. Argentina:
Ediciones Jurídicas Cuyo

Guerra, V H. Madrid M, C. Pérez P, Y. (2012). *Estudios de derecho internacional*
privado homenaje a Tatiana Maekelt. (1ra ed.). Caracas: Universidad Católica
Andrés Bello

Guerrero, M E. (2012). *Venezuela en el Mercosur*. Caracas: Vadell Hermanos
Editores, C.A

Informe de admisión y establecimiento sobre desarrollo del comercio, UNCTAD
Julio, 2003

- Landáez O, L. A. (2009). *El comercio electrónico nueva tecnología e internet*. Caracas: Vadell Hermanos Editores, C.A
- Ley aprobatoria del Acuerdo entre el gobierno de la República de Venezuela y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa para la promoción y protección recíproca de inversiones. Bruselas - Caracas: *Gaceta Oficial* N° 37.357, Enero 04, 2002
- Ley aprobatoria del Acuerdo entre el gobierno de la República de Venezuela y el gobierno de la República Francesa para la promoción y protección recíproca de inversiones. Caracas: *Gaceta Oficial* N° 37.896, Marzo 11, 2004
- Ley de Arbitraje Comercial (1998). *Gaceta Oficial* N° 36.430, Abril 7, 1998
- Ley del Banco Central de Venezuela (2002). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* 5.606, Octubre 18, 2002
- Ley de Caja de Valores (1996). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* 36.020, Agosto 13, 1996
- Ley de Impuestos Sobre la Renta (2010). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* 38.628, Febrero 16, 2007
- Ley de Mercado de Valores (2010). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* 39.489, Agosto 17, 2010
- Ley Orgánica de Aduanas (2008). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* 38.875, Febrero 21, 2008
- Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* 36.920, Marzo 28, 2000
- Mac Lean U, R. (1982). *Derecho del comercio internacional*. Bogotá: Editorial Temis, S.C.A.
- Manual para la elaboración del trabajo especial de grado en área de derecho para optar por el título de especialista. UCAB
- Manual para la elaboración del trabajo especial de grado y el trabajo de grado de maestría en el área de derecho. UCAB
- Marín, Z. (2010). *Rol de la lex mercatoria en la contratación internacional venezolana del siglo XXI*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales

- Maza Z, D F. (1964). *Venezuela una economía dependiente*. Caracas: Universidad Central de Venezuela
- Morles H, A. (2006). *Régimen legal del mercado de capitales* (2da ed.). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello
- Morles H, A. (2008). *Mercados de instrumentos financieros e intermediación*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello
- Muci B, J A. (2007). *El derecho administrativo global y los tratados bilaterales de inversión*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana
- Reglamento del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección De Inversiones Nro. 1.867 (2002, Julio 11). Julio 11, 2002
- Rodríguez Y, J. (2010). *Curso práctico de impuesto sobre la renta* (5ta ed.). Caracas: Corporación Marca, S.A
- Publicación del Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio. OMC, 1994
- Publicación sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión. Incentivos. UNCTAD, 2004
- Publicación temática sobre acuerdos internacionales de inversión II. UNCTAD, 2011
- Sanoja O, M. (2011). *História socio cultural de la economía venezolana*. Caracas: Banco Central de Venezuela
- Talero R, S. (2008). *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*. Bogotá- Colombia: Editorial Temis S.A.
- Tejera P, V. (2012). *Arbitraje de inversiones en Venezuela* (1ra ed.). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana
- Tempone, R E. (2003). *Protección de inversiones extranjeras* (1ra ed.). Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina
- Torrealba, J. G. (2008). *Promoción y protección de las inversiones extranjeras en Venezuela*. Caracas: LitoFormas
- Tratado Bilateral de Inversión (1988, Enero 28). Acuerdo entre el gobierno de la República de Venezuela y el gobierno de Canadá para la promoción protección de inversiones. Caracas: *Gaceta Oficial* N° 5.207, Enero 20, 1998

Universidad Católica Andrés Bello (2010). Disposiciones generales sobre trabajo especial de grado

Valeri A, P. (2009). *Curso de derecho comercial internacional* (2da ed.). Caracas: Ediciones Liber

Valeri A, P. (2010). *Curso de derecho mercantil*. Caracas: Ediciones Liber

Zambrano, F. (2002). *Comercio internacional y salvaguardias comerciales*. Caracas: Editorial Atenea