

Comentario Legislativo

COMENTARIOS SOBRE LA LEY ORGÁNICA DE NACIONALIZACIÓN DE LA MINERÍA DEL ORO Y DE LA COMERCIALIZACIÓN DEL ORO

Allan R. Brewer-Carías
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Publicado en *Revista de Derecho Público* N° 127,
julio-septiembre 2011, Editorial Jurídica Venezolana,
Caracas 2011 pp. 65-77.

Resumen: Este comentario está destinado a destacar las más importantes previsiones de la Ley Orgánica que reserva al estado las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y auxiliares a éstas de septiembre de 2011, mediante la cual se ha nacionalizado la minería del oro y la comercialización del oro, extinguiéndose de pleno derecho todas las concesiones, autorizaciones y contratos mineros existentes, regulándose la posibilidad de participación de empresas privadas en la minería del oro, solo como socios minoritarios en empresas mixtas del Estado.

Palabras claves: Concesiones mineras; nacionalización; empresas mixtas del Estado, Oro.

Abstract: This article intends to analyze the most important provisions of the Law that Reserves for the State the exploration and exploitation activities of Gold and its related activities of September 2012. This Law nationalized the Gold Mining activities as well as the commercialization of Gold, early terminating the existing mining concessions authorizations and contracts. The Law also provides for the possible participation of private enterprises in gold mining exclusively as minority shareholders in public mixed enterprises.

Key words: Mining Concessions; Nationalization; Mixed Public Enterprises; Gold

I. EL DOMINIO DEL ESTADO SOBRE LAS MINAS DE ORO Y LA NACIONALIZACIÓN DE LA MINERÍA DEL ORO

De acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la Constitución, los yacimientos mineros, incluyendo el oro, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, ubicados bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, pertenecen a la República y son bienes del dominio público, por lo que son inalienables e imprescriptibles.

Ello se repite en la Ley de Minas sancionada por Decreto Ley N° 295 de 5 de septiembre de 1999 (*Gaceta Oficial* N° 5.382 Extraordinario del 28 de septiembre de 1999) en cuyo artículo 2 se precisó que “Las minas o yacimientos minerales de cualquier clase existentes en el territorio nacional pertenecen a la República, son bienes del dominio público y por tanto inalienables e imprescriptibles.” Y ahora lo repite la Ley orgánica que reserva al estado las

actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y auxiliares a éstas (Decreto Ley N° 8.413 de 23 de agosto de 2011 (*Gaceta Oficial* N° 39.759 del 16 de septiembre de 2011), en cuyo artículo 3, relativo a la “naturaleza jurídica de los yacimientos de oro” existentes en el territorio nacional cualquiera que sea su naturaleza, se insiste en que “pertencen a la República y son bienes del dominio público y atributos de la soberanía territorial del Estado, por lo tanto inalienables, imprescriptibles y carentes de naturaleza comercial por ser recursos naturales no renovables y agotables.”

Esta aclaratoria final, por supuesto, no es más que un soberano disparate, pues no hay en el mundo ni en toda la historia de la humanidad un recurso natural no revocable y agotable que no sea tan comercial como el oro. Una cosa es que los recursos mineros sean del dominio público, que lo son desde siempre, y otra que los mismos tengan o no carácter comercial. Esto último no quita lo primero, y menos lo quita la ignorancia del “jurista” redactor del decreto presidencial.

Ahora bien, a pesar de tratarse de bienes del dominio público, las actividades de exploración y explotación y aprovechamiento de los recursos mineros de oro, en ese contexto, había estado regulada en la Ley de Minas en cuyo artículo 7 se disponían las siguientes modalidades conforme a las cuales se podían realizar: a) Directamente por el Ejecutivo Nacional; b) Concesiones de exploración y subsiguiente explotación; c) Autorizaciones de Explotación para el ejercicio de la Pequeña Minería; d) Mancomunidades Mineras; y, e) Minería Artesanal.

La Ley de Minas, por otra parte, establecía la posibilidad de que el Estado cuando el Ejecutivo Nacional así lo considerase conveniente al interés público, se podía reservar mediante Decreto, “determinadas sustancias minerales y áreas que las contengan, para explorarlas o explotarlas solo directamente por órgano del Ministerio de Energía y Minas, o mediante entes de la exclusiva propiedad de la República” (Art. 23).

Por último, dado el interés público envuelto en las actividades mineras, el artículo 3 de la Ley de Minas dispuso que la materia regida por dicha ley “se declara de utilidad pública,” particularmente a los efectos expropiatorios de acuerdo con el artículo 15 de la Constitución, lo que repite ahora la Ley Orgánica de nacionalización de la minería del Oro, al declarar en su artículo 4, como “de utilidad pública e interés social los bienes y obras vinculadas con la reserva” prevista en dicha Ley, es decir, específicamente la minería del oro. Además, la Ley Orgánica estableció que sus disposiciones “son de orden público, y se aplicarán con preferencia a cualquier otra del mismo rango” (Art. 36). Sin embargo, se precisó que en todo lo no previsto en dicha Ley Orgánica, “se aplicará supletoriamente la Ley de Minas y su reglamento” (art. 36).

Ahora bien, el régimen general establecido en la Ley de Minas en relación específicamente con la minería del oro, ha sido reformado mediante el mencionado Decreto Ley N° 8.413 de 23 de agosto de 2011 (*Gaceta Oficial* N° 39.759 del 16 de septiembre de 2011), contenido de la Ley orgánica que reserva al estado las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y auxiliares a éstas, mediante el cual se han regulado los siguientes aspectos enumerados en su artículo 1°: (i) el “relativo al régimen de las minas y yacimientos de oro;” (ii) “la reserva al Estado de las actividades primarias, conexas y accesorias al aprovechamiento de dicho mineral,” y (iii) “la creación de empresas para su ejercicio.”

Este Decreto Ley, se dictó, en cuanto a la reserva al Estado que contiene, en las previsiones de los artículos 12 y 302 de la Constitución, y en cuanto a la potestad del Presidente de la República para dictarlo conforme al artículo 236.8 de la Constitución, en el artículo 1.9 de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y

Fuerza de Ley, en las Materias que se Delegan de 17 de diciembre de 2011 (*Gaceta Oficial* N° 6.009 Extraordinario, de fecha 17 de diciembre de 2010).

El propósito fundamental de esta nacionalización o reserva al Estado de la actividad de minería del oro, tal como se precisa en el artículo 1° de la ley Orgánica, fue fundamentalmente la de:

“revertir los graves efectos del modelo minero capitalista, caracterizado por la degradación del ambiente, el irrespeto de la ordenación territorial, el atentado a la dignidad y la salud de las mineras mineros y pobladoras pobladores de las comunidades aledañas a las áreas mineras, a través de la auténtica vinculación de la actividad de explotación del oro con la ejecución de políticas públicas que se traduzcan en el vivir bien del pueblo, la protección ambiental y el desarrollo nacional.”

Lo menos que puede decirse de esta motivación de la Ley Orgánica de nacionalización de la minería del oro, es que ninguno de esos efectos enumerados es consecuencia de “modelo minero capitalista” alguno, pues si ha habido en Venezuela un sector de la economía altamente intervenido por el Estado esa ha sido precisamente la minería del oro. Esos efectos, si existen, sólo son atribuibles al propio Estado por falta de cumplimiento de las previsiones de la ley. Basta recordar las previsiones del artículo 5 de la Ley de Minas, donde se dispone que las actividades mineras reguladas por dicha Ley, se deben llevar “a cabo científica y racionalmente, procurando siempre la óptima recuperación o extracción del recurso minero, con arreglo al principio del desarrollo sostenible, la conservación del ambiente y la ordenación del territorio,” imponiéndose a los titulares de derechos mineros además de la observancia de la Ley, las siguientes obligaciones que el Estado estaba en la obligación de exigir:

1. Ejecutar todas las operaciones a las cuales se refiere esta Ley, con sujeción a los principios y prácticas científicas aplicables a cada caso;
2. Tomar todas las providencias necesarias para impedir el desperdicio de los minerales;
3. Cumplir todas las disposiciones que le sean aplicables, establecidas en las leyes, decretos, resoluciones y ordenanzas, sin perjuicio de los derechos mineros que ostentan; y,
4. Proporcionar a los funcionarios del Ministerio de Energía y Minas, todas las facilidades que sus empleados puedan necesitar para el mejor desempeño de sus funciones.

Además, se estableció en el artículo 15 de la Ley de Minas, que “las actividades mineras deben efectuarse con acatamiento a la legislación ambiental y a las demás normativas que rigen la materia,” a cuyo efecto se creó en la ley una “Comisión Permanente, de carácter interministerial, integrada por el Ministerio de Energía y Minas, el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, el Ministerio de Finanzas y el Ministerio de la Defensa.”

De ello resulta que todo efecto que pudiera haberse derivado del ejercicio de la minería del oro que en Venezuela y que haya podido significar degradación del ambiente, irrespeto de la ordenación territorial, atentado a la dignidad y la salud de los mineros y pobladores de las comunidades aledañas a las áreas mineras, y la eventual falta de auténtica vinculación de la actividad de explotación del oro con la ejecución de políticas públicas que se traduzcan en el vivir bien del pueblo, la protección ambiental y el desarrollo nacional, es sólo y únicamente atribuible al propio Estado y a su falta de conducción política de la actividad; lo que evidentemente no se garantiza que vaya a cambiar al efectuarse la nacionalización de la misma.

II. EL ÁMBITO DE LA RESERVA DE LA MINERÍA DEL ORO Y DE LA COMERCIALIZACIÓN DEL ORO Y LA MILITARIZACIÓN DE LAS ZONAS AURIFERAS

La Ley Orgánica de Nacionalización de la minería del oro, como su nombre lo sugiere, reservó al Estado por razones de conveniencia nacional y carácter estratégico, no sólo “las actividades primarias” en materia de exploración y explotación de oro, sino la actividades “conexas y auxiliares al aprovechamiento del oro;” a cuyo efecto en su artículo 2, define por actividades primarias: “la exploración y explotación de minas y yacimientos de oro,” y por actividades conexas y auxiliares: “el almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercialización interna y externa del oro, en cuanto coadyuven al ejercicio de las actividades primarias.”

La consecuencia directa de esta reserva fue la asunción por parte del Estado conforme al artículo 302 de la Constitución, de la realización de las actividades de la minería del oro, lo que implica como principio, la exclusión de derecho alguno que pudieran haber tenido los particulares de poder realizar las actividades económicas de su preferencia, como lo dispone el artículo 112 de la Constitución en materia de minería del oro.

A tal efecto, el artículo 5 de la Ley de nacionalización al referirse al ejercicio de las actividades reservadas, que las mismas sólo pueden ser ejercidas:

En primer lugar, “por la República o a través de sus institutos públicos, o empresas de su exclusiva propiedad, o filiales de éstas,” es decir, por personas jurídicas estatales de derecho público o derecho privado; y

En segundo lugar, “por Empresas Mixtas,” en las cuales la República o alguna de las empresas de su exclusiva propiedad, o filiales de éstas, “tenga control de sus decisiones y mantenga una participación, mayor del cincuenta y cinco por ciento (55%) del capital social.”

Esta reserva, por supuesto, afectó permisos ambientales otorgados a proyectos mineros por lo cual la Disposición Transitoria Primera de la ley Orgánica dispuso respecto de los que se encontrasen en ejecución para el momento de la entrada en vigencia de la ley Orgánica, que debían permanecer vigentes y se debían entender transferidos a las empresas a las cuales se le asigne la continuidad de la ejecución de dichos proyectos, siempre y cuando no se modifique de manera sustancial el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales esos permisos fueron otorgados.

Por otra parte, en cuanto a las solicitudes de concesiones y de autorización para el ejercicio de la pequeña minería, que se encontrasen en curso para el momento de entrada en vigencia de la Ley Orgánica, se dispuso en la Disposición Transitoria Segunda de la misma, que se dejaban sin efecto por decaimiento en su objeto.

La Ley Orgánica, por otra parte, en su artículo 27 declaró el mineral de oro y a las áreas mineras auríferas, como estratégicos para la Nación, a los fines de la declaratoria de zonas de seguridad a las que se refiere la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación. En consecuencia, de acuerdo con la misma norma, se procedió a la militarización de dichas zonas, al disponer la ley que corresponde a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana:

- “1) Mantener las condiciones de seguridad y de orden interno en las áreas sujetas al desarrollo de la actividad de exploración y explotación del oro,
- 2) Cooperar con las autoridades competentes en la materia, para la fiscalización y control de la actividad minera.
- 3) Desarrollar planes y programas de formación y fomento de la seguridad para resguardar las actividades de exploración y explotación en áreas mineras auríferas.

- 4) Combatir los ilícitos que se cometan en contra del ambiente y los intereses del Estado, en las áreas donde se desarrollen actividades mineras de oro.
- 5) Participar activamente en la atención y desarrollo de las comunidades y pueblos indígenas que hagan vida en las zonas mineras.
- 6) Colaborar con las autoridades civiles en el mantenimiento de la paz, tranquilidad y orden público.
- 7) Enfrentar las amenazas que atenten contra la soberanía e independencia de la Patria, así como aquellas amenazas al desarrollo de la actividad minera.
- 8) Proporcionar el apoyo logístico y de seguridad a la Superintendencia de Fiscalización del Oro, en el ejercicio de sus competencias.”

Debe señalarse, por otra parte, que conforme al artículo 21 de la Ley Orgánica, la reserva al Estado hecha en la ley no sólo abarcó las actividades de la minería de oro, sino la venta y comercialización del oro. A tal efecto, se dispuso en dicha norma que “todo el oro que se obtenga como consecuencia de cualquier actividad minera en el territorio nacional, será de obligatoria venta y entrega a la República Bolivariana de Venezuela, a través del ministerio del poder popular competente, o del ente o entes que éste designe.” Como consecuencia, se estableció que “la República o los entes públicos designados al efecto ejercerán el monopolio de la comercialización del oro, en los términos que establezcan las políticas que dicte el Ejecutivo Nacional al respecto;” quedando excluidas del ámbito de aplicación de la ley de nacionalización, “la comercialización de las joyas de oro de uso personal.”

En todo caso, corresponde al Ejecutivo Nacional, por órgano del ministerio del poder popular competente, la función de coordinar con las demás ramas del Poder Público, las medidas y acciones necesarias para garantizar el cumplimiento de la Ley Orgánica (art. 33).

Por último, debe mencionarse que a pesar de la reserva al Estado decretada, y que abarca las actividades primarias y conexas o auxiliares, en cuanto al ejercicio de actividades conexas o auxiliares, la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Orgánica dispuso que “hasta que el ministerio con competencia en materia de minería dicte la resolución correspondiente,” quienes realicen las actividades conexas o auxiliares, salvo la referida a la comercialización nacional e internacional del oro, quedan habilitadas para seguir ejerciendo dichas actividades.

Por otra parte, en cuanto a las empresas del Estado que hasta la publicación en *Gaceta Oficial de la Ley Orgánica* fueran titulares de asignaciones directas o derechos mineros vinculados con el mineral de oro, las mismas quedaron habilitadas para seguir realizando dichas actividades, en las mismas áreas correspondientes a los títulos extinguidos, hasta tanto el ministerio del poder popular con competencia en la materia las modifique.

III. LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DE LAS CONCESIONES, AUTORIZACIONES Y CONTRATOS MINEROS PARA LA EXPLOTACIÓN DE ORO

La reserva al Estado de las actividades de minería de oro establecida en la Ley Orgánica de nacionalización de la minería de oro no sólo implicó el establecimiento del régimen de reserva hacia el futuro, sino hacia el pasado, la extinción obligatoria y anticipada de las concesiones, autorizaciones y títulos mineros, de que se habían otorgado en el país conforme a la ley de Minas de 1945 y de 1999.

La Ley Orgánica, en relación con estas concesiones, autorizaciones y títulos mineros en primer lugar, dispuso su terminación anticipada y obligatoria; en segundo lugar, previó un mecanismo legal para la eventual participación de los antiguos concesionarios en las nuevas empresas mixtas que se establezcan de acuerdo con la ley; y en tercer lugar, estableció que

los bienes y derechos afectos a dichas actividades mineras pasarían en plena propiedad a la República, regulando un régimen de expropiación e indemnización.

En cuanto a las antiguas concesiones mineras, a las autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería y a los contratos para la exploración y explotación de oro que habían sido otorgados y estaban existentes al momento de publicarse la Ley Orgánica, y que no fueran extinguidos “por acuerdo entre las partes,” el artículo 14 de la misma previó que “quedarán extinguidas de pleno derecho, al término de noventa (90) días continuos contados desde la publicación en la *Gaceta Oficial* del presente Decreto Ley (lo que ocurrió el 16 de septiembre de 2011), es decir, el día 16 de diciembre de 2011. De acuerdo con la Disposición Transitoria Sexta de la Ley Orgánica, además, las oficinas de registro público inmobiliario correspondientes, deben dejar constancia de la extinción de las concesiones o de cualquier otro título o derecho minero, estampando la respectiva nota marginal, de oficio o a solicitud del ministerio del poder popular con competencia en la materia minera.

En virtud de la extinción de las concesiones, de las autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería y de los contratos de exploración y explotación de oro, la Ley Orgánica autorizó al ministerio del poder popular competente, “podrá dictar las medidas necesarias a fin de garantizar la continuidad de las actividades mineras que estime convenientes.”

De acuerdo con el artículo 30 de la Ley Orgánica, por último, se declaró que los actos, negocios y acuerdos que se realicen o suscriban a los efectos de la reserva regulada en la misma, así como las cesiones, transferencias de bienes y cualesquiera otras operaciones que generen enriquecimiento o supongan la enajenación, transmisión o venta de bienes destinados a conformar el patrimonio de empresas del Estado, estarán exentos del pago de impuestos, tasas, contribuciones especiales o cualquier otra obligación tributaria (art. 30).

IV. LA TOMA DE POSESIÓN Y CONTROL COMPULSIVO POR PARTE DEL ESTADO DE LOS BIENES AFECTOS A LAS ACTIVIDADES NACIONALIZADAS Y LA POSIBILIDAD DE PARTICIPACIÓN DE LOS ANTIGUOS CONCESIONARIOS EN EMPRESAS MIXTAS PARA LA REALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES RESERVADAS

La Ley Orgánica de nacionalización de la minería de oro, en una forma relativamente similar a lo que ocurrió en materia petrolera en 2007 al extinguirse los Contratos de Asociación (Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas, en *Gaceta Oficial* 38623 de 16-2-2007), dispuso lo que se denomina en el artículo 12 como “proceso de migración,” mediante el cual el Estado debe propender, facilitar y tener como objetivo fundamental, el cambio o transformación de las concesiones mineras, autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería y contratos para la exploración y explotación del oro, a un esquema de Empresa Mixta. Se dispuso, sin embargo, que el ministerio del poder popular con competencia en la materia, debía hacer “especial consideración del caso de la pequeña minería, minería artesanal y mancomunidades mineras.”

A los efectos de llevar adelante el “proceso de migración” o transformación de las concesiones mineras, autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería y contratos para la exploración y explotación del oro para lograr la participación de los interesados en convenios de empresas mixtas con entes del Estado, el artículo 13 de la Ley, a los efectos de conducir las negociaciones pertinentes, dispuso que el ministerio del poder popular con competencia en la materia, debía designar una comisión que debía negociar con los concesionarios, con las personas autorizadas para el ejercicio de la pequeña minería o con los beneficiarios de contratos para la exploración y explotación de oro, la constitución de las Empresas Mixtas. Esas

negociaciones debieron realizarse dentro de los noventa (90) días continuos siguientes a la fecha de publicación de la Ley en *Gaceta Oficial* del presente Decreto Ley, es decir, entre el 16 de septiembre de 2011 y el 16 de diciembre de 2011.

A partir del vencimiento de dicho término de noventa días, es decir, a partir del 16 de diciembre de 2011, el ministerio del poder popular con competencia en la materia o la empresa que éste designase, debía tomar “posesión de los bienes y control de las operaciones relativas a las actividades reservadas, de conformidad con el cronograma que se establezca al efecto;” correspondiendo al mismo ministerio del poder popular con competencia en la materia, la asunción de las “medidas necesarias para garantizar la continuidad” de las actividades mineras (art. 15), a cuyo efecto se le autorizó en la Ley para “solicitar el apoyo de cualquier órgano o ente del Estado.”

De acuerdo con la Ley, se dispuso que correspondía “a las personas naturales o jurídicas vinculadas a la materia, colaborar en la entrega pacífica y ordenada de las operaciones, instalaciones, documentación, bienes y equipos afectos a las actividades” mineras de oro, so pena de la aplicación de las sanciones administrativas y penales que pudieran corresponder, de conformidad con el ordenamiento jurídico (art. 15).

En todo caso, la Ley buscó asegurar la continuación de las actividades a cuyo efecto en su artículo 17 dispuso que el ministerio del poder popular competente, debía tomar las medidas necesarias para garantizar dicha continuidad, previendo que a esos fines los órganos y entes de la Administración Pública debían prestar “la colaboración en la forma exigida en la Constitución y las Leyes de la República Bolivariana de Venezuela.”

Por último debe señalarse que en los casos en los cuales, de acuerdo con la ley Orgánica se produjese la migración hacia empresas mixtas, es decir, la transformación de concesiones autorizaciones o contratos mineros en empresas mixtas, entonces de acuerdo con la Disposición Transitoria tercera, a los efectos de la continuidad de la relación laboral y garantía de pago de los beneficios laborales, se dispuso que los trabajadores que presten servicios a personas naturales o jurídicas titulares de concesiones, autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería o a beneficiarios de los contratos para la exploración y explotación del oro, extinguidos de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica, “mantendrán su continuidad laboral en éstas, garantizándose plenamente el disfrute de sus condiciones y beneficios laborales.”

Sin embargo, dispone la misma norma que “en caso de que el patrono de los trabajadores no migre a la modalidad de Empresa Mixta, el Estado a través del ministerio del poder popular con competencia en la materia minera, garantizará a dichos trabajadores, el pago de sus prestaciones sociales y procurará que sean absorbidos por alguna Empresa Mixta.” Además, se dispuso que “en caso de que algún órgano o ente del Estado, pague por cuenta del patrono obligado, se subrogará en los derechos y acciones del trabajador afectado.”

V. LA EXPROPIACIÓN DE LOS BIENES Y DERECHOS AFECTOS A LAS ACTIVIDADES MINERAS NACIONALIZADAS

La Ley Orgánica de nacionalización de la minería de oro, en todo caso, al establecer la reserva al Estado de las actividades de minería de oro, disponiendo la terminación anticipada de las concesiones, autorizaciones y contratos existentes que concedían a particulares el derecho de realizarlas, a los efectos de que las actividades se continuaran realizando, mediante la toma de posesión y control de los bienes y derechos de los antiguos concesionarios mineros, de los antiguos titulares de autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería y o de los contratistas para la exploración y explotación del oro, procedió a disponer la expropiación de tales bienes y derechos.

A tal efecto dispuso el artículo 16 de la Ley Orgánica, que dichos bienes vinculados con las concesiones, las autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería y los contratos para la exploración y explotación de oro que quedaron extinguidos en virtud de lo establecido en la propia Ley Orgánica, “pasarán en plena propiedad a la República, libre de gravámenes y cargas.”

Se trató por tanto de una expropiación de bienes y derechos por virtud de la Ley orgánica, la cual en todo caso, genera el derecho de los titulares de las antiguas concesiones, autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería y contratos para la exploración y explotación de oro de ser indemnizados de acuerdo con el artículo 115 de la Constitución, es decir, mediante el “pago oportuno de justa compensación.”

La Ley Orgánica, sin embargo, en forma distinta a la garantizada en la Constitución sólo dispuso que la indemnización debida a los expropiados, era la que correspondía al “porcentaje de las inversiones no amortizadas del concesionario o los beneficiarios de contratos para la exploración y explotación de oro, sobre los bienes cuya propiedad se transfiera a la República,” y sólo “según su valor en libro,” y siempre que dichas inversiones hubiesen “sido debidamente notificadas al órgano o ente competente, en el marco del plan de explotación de la concesión o los contratos para la exploración y explotación de oro.”

Se dispuso sin embargo en el mismo artículo 17 de la ley Orgánica que “en el caso de las autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería existentes, el ministerio del poder popular con competencia en la materia, podrá adoptar medidas especiales a los fines de la compensación de sus titulares.”

VI. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS MIXTAS PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES DE LA MINERÍA DEL ORO Y EL ÁMBITO DE SU ACTIVIDAD MINERA

A los efectos de la constitución de las mencionadas empresas mixtas para la realización de las actividades primarias y las condiciones que deben regir la realización de las mismas, de acuerdo con el artículo 6, se requiere de la aprobación de la Asamblea Nacional mediante Acuerdo “adoptado con por lo menos la mayoría simple de los diputados,” a cuyo efecto el Ejecutivo Nacional, por órgano del Despacho ejecutivo con competencia en la materia, debe informar a la Asamblea “de todas las circunstancias pertinentes a dicha constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República.” Debe recordarse, sin embargo, que en todo caso en que se tratase de la constitución de una empresa mixta con otro Estado o con una entidad oficial extranjera o con una sociedad no domiciliada en Venezuela, la exigencia de la aprobación legislativa estaba ya establecida en el 151 de la Constitución.

Estas empresas mixtas mediante las cuales puede desarrollarse la minería del oro, están sometidas en un todo, y en cada caso particular, a los términos y condiciones aprobados mediante Acuerdo que dicte la Asamblea Nacional, así como por las disposiciones que “dicte el Ejecutivo Nacional por órgano del ministerio del poder popular con competencia en la materia.” Así lo dispone el artículo 7 de la Ley Orgánica, agregando una previsión en la cual se dispone que:

“supletoriamente se aplicarán las normas del Código de Comercio y las demás leyes que les fueran aplicables.”

Este agregado, por supuesto, requiere de una advertencia, pues con esta norma lo que se pretende, ni más ni menos, es otorgarle a la Asamblea Nacional para que a través de un Acuerdo (no de una ley) y a un Despacho ministerial, que se denomina “el ministerio del

poder popular con competencia en la materia,” a través de resoluciones ministeriales, la potestad de establecer el régimen jurídico particular aplicable a las empresas mixtas del Estado que se establezcan para el desarrollo de la minería de oro, y en esa forma, poder establecer un régimen distinto al por ejemplo regulado en las previsiones del Código de Comercio, de la Ley Orgánica de la Administración Pública o de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público en materia de sociedades mercantiles del Estado, es decir, de empresas del Estado.

Ello simplemente sería inconstitucional, pues las leyes sólo se modifican por otras leyes (ART. 218, Constitución), y si bien es cierto que una ley puede prever que sus normas sean de aplicación supletoria respecto de lo que se regule en otras leyes, una ley no puede establecer con carácter general que un conjunto de leyes sea de aplicación supletoria, no a lo dispuesto en leyes especiales, sino de lo dispuesto en actos legislativos que no tienen carácter de ley (Acuerdos) o en actos administrativos (resoluciones ministeriales).

En realidad como se ha dicho, el artículo 36 de la Ley Orgánica lo que dispone es que en todo lo no previsto en ella, “se aplicará supletoriamente la Ley de Minas y su reglamento.”

Ahora bien, las empresas mixtas del Estado que se constituyan para la realización de actividades de minería de oro, por tanto, deben tener por una parte, siempre, un socio público, que debe ser o la República directamente o alguna de las empresas de su exclusiva propiedad, o filiales de éstas, el cual debe tener control de sus decisiones y mantenga una participación, mayor del cincuenta y cinco por ciento (55%) del capital social;” y por la otra, una persona natural o jurídicas que se asocien con los entes o empresas estatales en la constitución de la empresa mixta. En caso de que el socio del ente público en la empresa mixta sea una persona jurídica, el artículo 7 de la ley establece, solo en cuanto a las empresas mixtas “para la realización de actividades primarias” de minería de oro, que las mismas “no podrán ceder, enajenar o traspasar sus acciones, sin la previa autorización del ministerio del poder popular competente, en materia de minería;” teniendo siempre el Estado, en tal caso, el “derecho de preferencia para adquirir dichas acciones.”

Estas empresas mixtas para el desarrollo de la minería del oro, conforme al artículo 35 de la ley Orgánica, se entienden incluidas en la excepción contenida en el artículo 89 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público (*Gaceta Oficial* N° 39.556 del 19 de noviembre de 2010) en el sentido de que no se les aplica el régimen de sistema de crédito público previsto en el Título III de dicha Ley. Dicho

Conforme a dicha norma, sin embargo, a los fines de la certificación de la capacidad de pago, la empresa mixta debe publicar en un diario de circulación nacional y, por lo menos, en un diario de la zona donde tenga su sede principal dentro de los quince días hábiles siguientes a la terminación de su ejercicio económico, un balance con indicación expresa del monto del endeudamiento pendiente, debidamente suscrito por un contador público, inscrito en el Registro de Contadores Públicos en Ejercicio Independiente de la Profesión que lleva la Comisión Nacional de Valores.

Ahora bien, cada una de las empresas mixtas que se establezcan para desarrollar las actividades primarias de minería de oro, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley Orgánica, debe tener un área asignada que ha de ser determinada por el ministerio con competencia en la materia, con la indicación igualmente por dicho ministerio del número de años que durará la asignación para la explotación de mineral de oro, la cual en ningún caso puede ser por más de veinte (20) años, prorrogables por un máximo de dos (2) períodos de hasta diez (10) años cada uno. Estas prórrogas deben ser solicitadas al mismo ministerio con competencia en la materia, “dentro del último tercio antes del vencimiento del período para el cual fue otorgado el derecho” (art. 8).

A los efectos de que las empresas mixtas puedan realizar las actividades mineras, además de la asignación del área respectiva y de la determinación del tiempo de asignación, deben obtener el derecho al ejercicio de todas o parte de las actividades reservada, el cual de acuerdo con el artículo 9 de la ley Orgánica le debe ser transferido por el Ejecutivo Nacional mediante Decreto. El Ejecutivo nacional también podrá transferirles a las empresas mixtas, la propiedad u otros derechos sobre bienes muebles o inmuebles del dominio privado de la República, requeridos para el eficiente ejercicio de tales actividades (art. 9).

La Ley aclara, además, que el Ejecutivo Nacional puede abstenerse de otorgar estos derechos, e incluso puede revocarlos, “en ejercicio de sus potestades soberanas, cuando así convenga al interés nacional, e igualmente, cuando las referidas empresas no den cumplimiento a sus obligaciones.”

En todo caso, al proceder a otorgar derechos mineros a las empresas para realizar actividades primarias, en ese mismo momento, el ministerio del poder popular con competencia en la materia, debe establecer “la alícuota correspondiente a las ventajas especiales,” disponiéndose que los ingresos que se perciban por este concepto, se pueden “destinarse al financiamiento de planes y proyectos de recuperación de las áreas de explotación del oro, al desarrollo social de las comunidades donde tiene lugar dicha explotación, incluidas las comunidades mineras e indígenas, educación, salud y demás aspectos necesarios para fomentar el buen vivir del pueblo”(art. 20).

VII. EL RÉGIMEN DE LAS ACTIVIDADES MINERAS REALIZADAS POR LAS EMPRESAS MIXTAS

Tal como lo indica el artículo 10 de la Ley Orgánica, la realización de las actividades primarias de minería de oro por parte de las empresas mixtas se efectúa “a todo riesgo de quienes las realicen.”

En consecuencia, “la República no garantiza la existencia del mineral de oro, o que éste sea industrial y económicamente explotable, ni se obliga a saneamiento legal o contractual.” De acuerdo con la misma norma de la Ley, tales circunstancias se considerarán incorporadas y aplicables, aún cuando no se hicieren constar en el Decreto que otorgue el derecho al desarrollo de tales actividades.

En todo caso, las empresas mixtas autorizadas para el ejercicio de las actividades de minería de oro, debe realizarlas “empleando las mejores prácticas científicas y tecnológicas, procurando la óptima recuperación o extracción racional del recurso aurífero, respetando la conservación ambiental y la ordenación del territorio” (art. 29).

Se dispuso además que dichas empresas mixtas pueden efectuar las gestiones necesarias para el ejercicio de las actividades que se les hayan transferido y podrán además, a tales efectos, “celebrar los correspondientes contratos, todo conforme a las disposiciones de este Decreto Ley u otras que le fueran aplicables” (art. 11).

En relación con las actividades que desarrollen las empresas mixtas, o en cualquier otra forma, que implique la extracción de oro, la ley dispuso una “regalía minera de oro” conforme a la cual, de las cantidades de oro extraídas de cualquier mina o yacimiento, como regalía, “el Estado tiene derecho a una participación de trece por ciento (13%),” asignándose al Ejecutivo Nacional el establecimiento de los parámetros para ello (art. 18). Esta regalía, sin embargo, puede ser rebajada por el Ejecutivo Nacional, por órgano de ministerio del poder popular con competencia en la materia, “hasta un límite del tres por ciento (3%)” exclusivamente respecto de “las empresas mixtas vinculadas a proyectos mineros de interés social, con la participación de comunidades indígenas, pequeños mineros y mineras, mineros y mineras

artesanales agrupados en cooperativas o empresas de propiedad social comunal.” Conforme al artículo 38 de la Ley Orgánica, el régimen de la regalía entra en vigencia al término de 60 días continuos a partir de la publicación de la misma, es decir, el 16 de febrero de 2012.

En todo caso, la regalía, conforme se dispone en el artículo 19, puede ser exigida por el Ejecutivo Nacional “en especie o en dinero, total o parcialmente,” de manera que si no lo exigiere de otra manera, se debe entender “que opta por recibirla totalmente en dinero.”

En estos casos en los que se decida recibir la regalía en dinero, la empresa mixta que desarrolle las actividades primarias, debe pagar el precio de las cantidades correspondientes, que deben ser “medidas donde determine las normas técnicas que se dicten al efecto, a valor de mercado o valor convenido o en defecto de ambos a un valor fiscal fijado por el liquidador.” A tal efecto el ministerio del poder popular con competencia en la materia, a través de la Superintendencia Nacional del Oro, debe liquidar la planilla correspondiente, la cual debe ser pagada al Fisco Nacional dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la recepción de la misma (art. 19).

En cambio, cuando el Ejecutivo Nacional decida recibir la regalía en especie, el mismo artículo 19 de la ley permite que se pueda utilizar “para los efectos de beneficio, transporte y almacenamiento, los servicios de la empresa que designe a tal efecto, la cual deberá prestarlos hasta el lugar indicado, y recibirá el precio que se convenga por tales servicios.” Sin embargo, a falta de acuerdo, el precio debe ser fijado por el ministerio del poder popular con competencia en la materia.

La Ley Orgánica, además, estableció diversas normas que repiten lo ya regulado en la ley de Minas, sobre las limitaciones legales a la propiedad privada derivada de la minería del oro. Así, el artículo 22, dispone que las empresas mixtas que realicen actividades primarias, están facultadas “para solicitar” la constitución de servidumbres, la ocupación temporal y la expropiación de bienes, para la realización de sus objetivos.

En cuanto a las servidumbres que deban constituirse sobre terrenos de propiedad privada, la ley dispone que la misma puede convenirse con los propietarios de los mismos. Sin embargo, de no lograrse el avenimiento, las empresas mixtas que realicen actividades primarias, pueden dirigirse al ministerio del poder popular con competencia en la materia, a los fines de que el mismo decida sobre las modalidades en que deben operar las servidumbres, al cual le corresponderá autorizar el comienzo de los trabajos, una vez obtenidos los permisos ambientales destinados al resguardo ecológico (art. 23). Se estableció así, un régimen de constitución de servidumbres mineras puramente administrativa, sin intervención judicial.

En cuanto a la ocupación temporal, el artículo 24 de la Ley Orgánica establece que la misma debe formularse por la empresa mixta que realice actividades primarias, igualmente ante el ministerio del poder popular con competencia en materia de minería, el cual debe estudiar la solicitud, el cual puede acordarla en el caso de que la misma sea necesaria para preservar la continuidad de las actividades objeto de la reserva establecida en la ley Orgánica, y mantener su control. De nuevo, se regula en la ley Orgánica, una ocupación temporal netamente administrativa, sin intervención judicial.

Esta ocupación temporal administrativa, además, cuando se dicte por el ministerio sobre los bienes objeto de la solicitud, de acuerdo con la misma norma del artículo 24, tiene una duración de seis meses, renovables por seis meses más, “sin necesidad de que medie el proceso de expropiación por causa de utilidad pública o interés social” el cual, en todo caso, se debe ventilar con la modalidad prevista en la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o interés social.

Por otra parte, de acuerdo con la Ley Orgánica, el ministerio del poder popular con competencia en la materia, debe ejercer “la planificación, promoción, formulación de políticas públicas en el sector,” y la “regulación, administración, seguimiento y fiscalización técnica de las actividades mineras,” lo cual comprende “lo relativo al desarrollo, conservación, aprovechamiento y control de dichos recursos auríferos, así como el estudio de mercado, análisis, fijación de precios y el régimen de la inversión nacional y extranjera en el sector.”

En tal sentido, conforme a la ley Orgánica, dicho ministerio es el órgano nacional competente en todo lo relacionado a la administración del oro y en consecuencia tiene la facultad de ingresar a las áreas e inspeccionar las actividades y trabajos inherentes a los mismos (art 25).

Por último, a los efectos de la fiscalización de los ingresos públicos por las actividades mineras, la ley Orgánica creó un nuevo órgano permanente, denominado “Superintendencia de Fiscalización del Oro,” como servicio desconcentrado, adscrito al ministerio del poder popular con competencia en materia de finanzas, a los fines de fiscalizar, liquidar y recaudar la regalía y las ventajas especiales establecidas en la Ley Orgánica (art. 26). La organización, estructura y funcionamiento de la Superintendencia de Fiscalización del Oro se debe determinar en el reglamento orgánico del ministerio respectivo.

La Ley Orgánica, por otra parte, regula el supuesto conforme al cual las empresas mixtas autorizadas para el ejercicio de las actividades primarias de minería de oro encuentren minerales diferentes a los autorizados, en cuyo caso les impone la obligación de comunicarlo inmediatamente al ministerio del poder popular con competencia en la materia, el cual de ser procedente, puede disponer de los mismos para su aprovechamiento, conforme a las modalidades previstas en la Ley de Minas (art. 28).

VIII. EL RÉGIMEN SANCIONATORIO

La ley orgánica estableció un régimen sancionatorio, regulando a tal efecto un conjunto de infracciones administrativas y de delitos.

En cuanto a las infracciones administrativas el artículo 31 de la ley dispuso que será sancionado con multa de 400 a 1.000 Unidades Tributarias (UT), quienes:

1. No se inscriban en los registros que establezca el ministerio competente, como propietario o poseedor de ciertas clases de bienes.
2. No colaboren con las fiscalizaciones que instruya el ministerio competente.
3. Presenten al ministerio competente informaciones falsas, fuera de plazo o imprecisas.

Estas sanciones pecuniarias deben ser impuestas mediante resolución del ministerio con competencia en materia de minería, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En cuanto a los delitos, el artículo 32 de la ley Orgánica estableció el de “ejercicio ilegal de las actividades mineras de oro, al disponer que toda persona natural o los socios y directores de las personas jurídicas, que por si o por interpuesta persona, realicen las actividades primarias, conexas o auxiliares relativas a la minería de oro sin cumplir con las formalidades a las que se refiere la ley Orgánica, deben ser penadas con prisión de seis meses a seis años.

IX. EL RÉGIMEN JURIDICCIONAL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El artículo 34 de la Ley Orgánica dispuso que:

“todos los hechos y actividades objeto de la normativa contenida en el presente Decreto Ley, se regirán por las leyes de la República Bolivariana de Venezuela, y las controversias que de los mismos deriven, estarán de manera exclusiva y excluyente sometidas a la jurisdicción de sus tribunales, en la forma prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

En relación con esta norma debe recordarse que todos los hechos y actividades realizados en el país, en virtud del principio de la territorialidad, en principio se rigen por la legislación nacional; de manera que si nada se dispone expresamente en contrario en el texto de la ley, todas las situaciones jurídicas derivadas de cualquier ley, se rigen por la “ley nacional.”

Por otra parte, la ley Orgánica además, dispuso que las controversias que se deriven de sus disposiciones estarán sometidas de manera exclusiva y excluyente a la jurisdicción de los tribunales venezolanos, dejando claro que el Estado venezolano en las materias reguladas en la ley no renuncia a la jurisdicción venezolana. Por tanto, las controversias que surjan con ocasión de la reserva al Estado de la minería del oro, de la toma de posesión de bienes de los antiguos concesionarios o titulares de derechos por el Estado, de la expropiación de los mismos y de la posible constitución de empresas mixtas por migración de los antiguos concesionarios o titulares de derechos mineros, como socios minoritarios de las mismas, solo pueden ser resueltos por la jurisdicción nacional.

Además, por ejemplo, las controversias derivadas de las decisiones contenidas en el Decreto Ley y su aplicación, sin duda, en principio también están sometidas a la jurisdicción venezolana, por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de impugnación por razones de inconstitucionalidad de las normas de la Ley Orgánica ante la Jurisdicción Constitucional, o de la impugnación de los actos administrativos que conforme a ella dicte el Ejecutivo Nacional, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Pero ello no implica, en forma alguna, la anulación en virtud de la ley Orgánica de las cláusulas que hubieran podido haber sido insertas en las concesiones o contratos mineros cuya terminación anticipada y unilateral se ha resuelto por la Ley Orgánica, por ejemplo, relativas a la sumisión de las controversias que deriven de la ejecución, cumplimiento e incumplimiento de las mismas a alguna jurisdicción arbitral, incluso fuera de Venezuela, como lo autoriza el artículo 151 de la Constitución. Igualmente la previsión de la Ley Orgánica no implica que los inversionistas extranjeros que tengan posibilidad de acceso alguna jurisdicción arbitral internacional no puedan acudir a la misma en virtud de las previsiones de la Ley de protección y promoción de Inversiones de 1999 o de algún Convenio Bilateral de protección de Inversiones que pueda protegerlos.