

## EL CAMINO MÁS FÁCIL

## La denuncia ante Ciadi

ANDRÉS A.  
MEZGRAVIS

Socio de Mezgravis & Asociados (Venezuela). Experto en arbitraje internacional. Miembro del Consejo Consultivo del Anuario Latinoamericano de Arbitraje.



Hasta ahora Bolivia (2007), Ecuador (2009) y Venezuela (2012) han denunciado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio Ciadi). Aunque el propio Convenio Ciadi regula su denuncia, diferentes teorías —con discrepancias importantes— han surgido con respecto a la interpretación de los efectos de dicha denuncia.

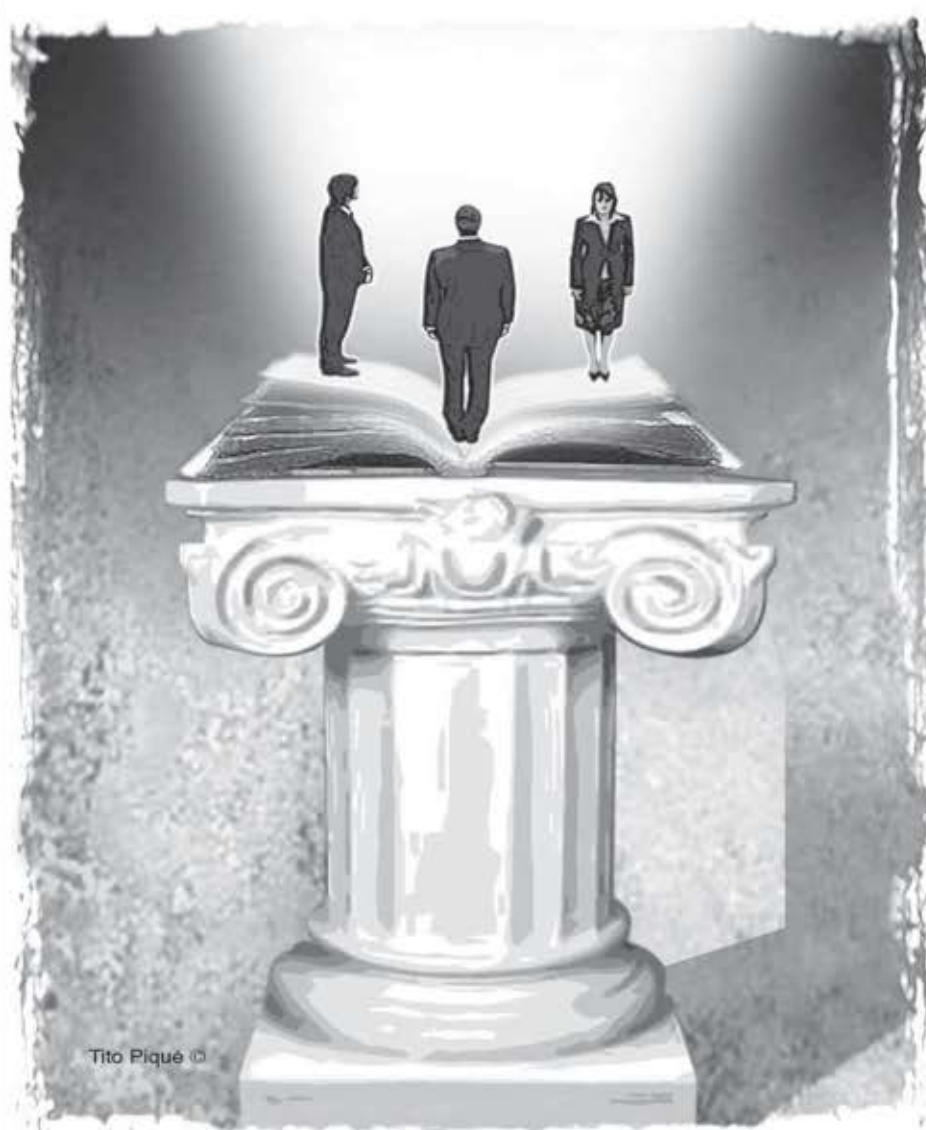
Los problemas objeto de debate entre los comentaristas se han centrado principalmente en la formación del consentimiento y su revocabilidad frente a los inversores. Algunas de estas teorías apoyan la naturaleza contractual de la oferta de arbitraje de los Estados que figura en los tratados bilaterales de inversión (TBI), en los tratados de libre comercio (TLC) o en leyes domésticas, mientras que otros postulan que el consentimiento al arbitraje internacional es una obligación irrevocable.

Las diferentes posturas se pueden dividir en cuatro grupos: (i) el enfoque contractual pero que considera la oferta revocable antes de su aceptación; (ii) la oferta firme; (iii) la que considera que no se trata de una oferta sino de una obligación internacional derivada de un acto unilateral del Estado y (iv) el enfoque contractual, pero que considera que la oferta será irrevocable si ha creado expectativas legítimas.

Por nuestra parte, hemos indicado que estamos de acuerdo con el profesor Schreuer sobre la naturaleza contractual de la oferta de arbitraje hecha por los Estados a los inversores, pero, desde nuestro punto de vista, este tipo de ofertas pueden ser irrevocables en los casos en que se han creado expectativas legítimas para los inversionistas.

## DERECHO DE INVERSIONISTAS

Hasta ahora, la atención se ha centrado en la revocabilidad o no del consentimiento del Estado frente al 'beneficiario directo' de esa oferta que es el inversionista. Es decir, en la relación Estado-inversor. Sin embargo, el artículo 72 no se refiere únicamente a los derechos de los inversionistas, sino que también menciona



Tito Piqué ©

las obligaciones relativas a la jurisdicción del Ciadi, perfeccionadas entre los Estados antes de la denuncia del Convenio Ciadi.

Tenemos la impresión de que a esta segunda relación Estado-Estado poca atención se le ha prestado. Si bien hay que analizar con mucho detenimiento el contenido de cada TBI o TLC, porque pueden presentar importantes diferencias, la generalidad de ellos contienen obligaciones bilaterales (Estado-Estado), mediante las cuales un Estado se compromete (antes de cualquier potencial denuncia del Convenio Ciadi) a ofrecer arbitraje Ciadi a los nacionales del otro Estado parte de dicho tratado. Esta obligación relativa a la jurisdicción del Ciadi se perfecciona no cuando el inversor acepta dicho ofrecimiento, sino en el momento y con la ratificación del TBI o TLC por ambos Estados. Desde ese instante, cada uno de los Estados parte está obligado a ofrecer recíprocamente arbitraje Ciadi a los nacionales del otro Estado.

## OBLIGACIONES

No se requiere que el inversor solicite el arbitraje para que nazca o se perfeccione dicha obligación. Una cosa es el cumplimiento de la obligación y otra su nacimiento. La obligación de ofrecer arbitraje nace y se perfecciona en el momento de la ratificación del TBI o TLC que la contiene, y se cumple cuando el Estado accede efectivamente al arbitraje Ciadi.

La obligación de ofrecer arbitraje también se mantiene incólume luego de la denuncia del Convenio Ciadi por un doble motivo: i) está contenida en un tratado (TBI o TLC) que es autónomo al Convenio Ciadi, y ii) porque así lo contempla expresamente su artículo 72. Esta última disposición también constituye una excepción a los requisitos de nacionalidad previstos en el artículo 25.1 del Convenio Ciadi.

Si la obligación de ofrecer arbitraje Ciadi a los nacionales del otro Estado parte se perfeccionó antes de la notificación de la denuncia, entonces el Estado denunciante o el nacional del Estado denunciante podrán ser parte de un arbitraje Ciadi.

Como puede observarse, dependiendo de la redacción del respectivo tratado, podría ser un error grave —por inminente falta de jurisdicción— acudir a algunos de estos foros alternativos si en realidad el arbitraje Ciadi está disponible.

Como suele ocurrir, el camino fácil no pareciera ser una buena opción ni para los inversionistas que quieren evitar las discusiones antes indicadas ni para los Estados que quieren eludir los compromisos internacionales adquiridos. ▀

## Caso Nova Scotia c. Venezuela

La generalidad de los TBI y TLC contemplan, además del Mecanismo Complementario del Ciadi, foros de arbitraje alternativos —como Uncitral—, en caso de que el arbitraje Ciadi no esté disponible. Es nuestra opinión que las dificultades interpretativas no pueden equipararse a una indisponibilidad del arbitraje Ciadi. Al respecto, resulta muy ilustrativo lo señalado en el caso Nova Scotia c.

Venezuela. En este caso se analizó el significado de "disponibilidad" del mecanismo complementario. El demandante argumentó que significaba "presente o listo para su uso inmediato" o "algo con una sólida perspectiva de éxito". Para fundamentar su posición se basó en testimonios de expertos como el profesor Rudolph Dolzer, quien llegó a la conclusión de que el Me-

canismo Complementario del Ciadi no puede considerarse como disponible cuando hay una "duda razonable" sobre si las partes podrán utilizarlo. El tribunal rechazó los argumentos del demandante y aclaró que "disponible" se relaciona con la posibilidad de ejercer el derecho a iniciar el arbitraje sea conforme a las reglas del CIADI o las reglas del mecanismo complementario.