

Sobre la aplicación del principio de estoppel en la práctica del CIADI *

Tatsiana USHAKOVA**.

Sumario: I. Introducción. II. Aproximación conceptual. 1. Referencias a las formas de *estoppel* en el Derecho anglosajón. 2. Aportaciones al concepto del Derecho internacional. 3. Menciones no explícitas. III. Aplicación junto con conceptos fronterizos. 1. *Estoppel* y actos propios. 2. *Estoppel* y renuncia. 3. *Estoppel* y acto unilateral del Estado. IV. Carácter procesal y sustantivo: 1. Invocación en el contexto de la objeción a la jurisdicción. 2. Implicación en las cuestiones de fondo. 3. Eficacia. V. Conclusiones.

RESUMEN: Sobre la aplicación del principio de *estoppel* en la práctica del CIADI

El objetivo principal de este estudio consiste en analizar la aplicación del *estoppel* en la práctica del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones (CIADI). Por un lado, en este análisis, se tiene en cuenta la particularidad del sistema del CIADI, como un sistema de arbitraje entre un Estado y un sujeto privado de otro Estado; y, por otro lado, el origen y naturaleza del *estoppel*. Como demuestra la práctica jurisprudencial y arbitral, la complejidad de este concepto repercute en su aplicación. Se manifiesta a través de múltiples formas: el *estoppel by conduct*, el *estoppel by representation*, el *promissory estoppel*, el *proprietary estoppel*, el *estoppel by acquiescence*, el *estoppel by convention* y otras. Puede invocarse como un principio del Derecho anglosajón y del Derecho internacional. Asimismo, el *estoppel* se aplica junto con conceptos fronterizos, tales como *non concedit venire contra factum proprium*, la renuncia y el acto unilateral del Estado, y adopta tanto modalidad procesal como sustantiva.

* Este estudio se llevó a cabo en el marco de los proyectos SEJ2004–07880 “La promoción y la protección de las inversiones en el nuevo orden económico y la solución de controversias entre Estados y entre inversor y el Estado receptor (unilateralismo versus multilateralismo)” y CCG06–UAH/HUM–0588 “El arbitraje internacional de inversión: estudio de la práctica del CIADI y otras instituciones”, y durante la estancia en el Centro Europeo de Integración y Orden Económico Internacional Wilhelm Merton de la Universidad de Frankfurt, en julio y agosto de 2007.

** Doctora en Derecho. Abogada. Profesora de la Universidad Rey Juan Carlos.

PALABRAS CLAVE: *ESTOPPEL* – PRINCIPIOS GENERALES – INVERSIONES EXTRANJERAS – ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES – CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A LAS INVERSIONES (CIADI).

ABSTRACT: *On the Application of the Principle of Estoppel in ICSID Practice*

The main purpose of this article is to analyze the application of estoppel in the practice of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). On the one hand, this analysis takes into consideration the peculiarity of the ICSID system as a system of arbitration between a State and a private national of other State, and, on the other hand, the origin and nature of estoppel. As demonstrated by the case law and arbitration practice, the complexity of this concept affects its application. It manifests through multiple ways: the estoppel by conduct, the estoppel by representation, the promissory estoppel, the proprietary estoppel, the estoppel by acquiescence or the estoppel by convention. It can be invoked as a principle of Common Law and International Law. The Estoppel is also applied with concepts such as non concedit venire contra factum proprium, the waiver and the unilateral act of the State and adopts both procedural and substantive form.

KEYWORDS: *ESTOPPEL* – GENERAL PRINCIPLES – INTERNATIONAL INVESTMENT – INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION – INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID).

I. Introducción

En este estudio se plantea, como objetivo principal, el análisis de la aplicación del *estoppel* en la práctica arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones (CIADI).

La particularidad del sistema del CIADI reside en varios aspectos. Por un lado, se trata de un arbitraje mixto entre un sujeto privado y un Estado. En consecuencia, el árbitro no está llamado a proteger un orden jurídico nacional, como en el arbitraje privado, ni tampoco el orden internacional, como en el arbitraje interestatal¹. El papel del árbitro del CIADI se inscribe en las líneas modernas de la globalización y el liberalismo, y consiste en proteger las inversiones extranjeras. La pretendida neutralidad hace que el sistema gane la confianza del inversor frente a otros foros². Por otro lado, en cuanto al Derecho aplicable, las normas convencionales internacionales carecen de la suficiente precisión, y dejan al tribunal arbitral un margen de manobra considerable.

¹ J. Verhoeven, "Conclusions", en Ch. Leben (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Paris, 2006, pp. 365–366.

² Vid. J. Díez-Hochleitner, "Protección diplomática v. arbitraje de inversiones", *Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, 2005, pp. 469–470.

Tal apreciación tiene que ver, entre otros aspectos, con una interpretación amplia del concepto de inversión y del consentimiento para el arbitraje del Centro que, a su vez, conlleva un “desequilibrio” a favor del inversor, achacado con frecuencia al sistema del CIADI³.

En este marco jurídico complejo, que experimenta una “contractualización” e “internacionalización” paralelas, encuentra una perfecta cabida el principio de *estoppel*⁴. De entrada, debe reconocerse que el principio se ha estudiado en numerosos trabajos, tanto desde la perspectiva del Derecho anglosajón⁵, en el que hunde sus raíces, como desde la perspectiva del Derecho internacional, en el que se asimila, generalmente, a través de la práctica arbitral y la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) y la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En este sentido, debe tenerse en cuenta la génesis de la institución en el Derecho anglosajón y el Derecho internacional público. Con este propósito, el método empleado en el estudio, básicamente inductivo, debe completarse con la técnica de investigación deductiva, como aconsejan los especialistas en la materia⁶.

Además, el estudio del *estoppel* con referencia a los dos sistemas jurídicos mencionados permite detectar algunas tendencias generales propias del fenómeno actual de fragmentación del ordenamiento jurídico internacional. Es cierto que su reflejo en la labor del CIADI, vinculada a la materia de las inversiones internacionales, no es tan manifiesto como en otros ámbitos, por ejemplo, en el Derecho comercial o en el Derecho medioambiental. No obstante, y, ante todo,

³ Vid. las reflexiones de varios participantes de las mesas redondas en el coloquio, entre otros, B. Audit, P. Juillard y J. Bourdeau en Ch. Leben (dir.), *op. cit.*, pp. 185–190.

⁴ En términos generales, afirma W. Friedmann: “...so many of new domains of international law are no longer clearly allocable to either public or private law but constitute a blend of both” (cf. “The Uses of ‘General principles’ in the Development of International Law”, *Am. J. Int’l L.*, vol. 57, 1963, 279–299, p. 281).

⁵ El término “Derecho anglosajón” se utiliza para referirse al contexto histórico, sin perjuicio de que actualmente sea más oportuna la referencia a la tradición “angloamericana”. Vid. CDI *Informe del Grupo de Estudio sobre fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*; A/CN.4/L.676 de 29 de julio de 2005, p. 5., en que se cita a H. Lauterpacht, “The So-Called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law”, *British Yearb. Int’l L.*, vol. XII, 1931, pp. 31–62. Del mismo modo, A. Martin insiste en conveniencia del uso del término “Derecho angloamericano”, en A. Martin, *L’estoppel en droit international public. Précédé d’un aperçu de la théorie de l’estoppel en droit anglais*, París, 1979, p. 9.

⁶ En esta primera etapa, debe reconocerse que “dans ce domaine comme dans beaucoup d’autres, la démarche pour comprendre le principe d’estoppel, doit être deductive” (cf. Ch. Vallée, “Quelques observations sur l’estoppel en droit des gens”, *Rev. gen. dr. int. pub.*, vol. 77, 1973, pp. 950–999, esp. p. 962).

desde el punto de vista de los sujetos implicados, los arbitrajes del CIADI anuncian con insistencia la formación de un nuevo subsistema del Derecho internacional, a caballo entre el ámbito público y privado.

II. Aproximación conceptual

1. Referencias a las formas de estoppel del Derecho anglosajón

El concepto de *estoppel* se vincula tradicionalmente al Derecho anglosajón. Sin duda, su desarrollo y sistematización se debe, principalmente, a los países de influencia del sistema de *common law*. Puede afirmarse incluso que el principio de *estoppel* constituye “uno de los apogemas jurídicos más característicos” de este sistema⁷. No obstante, la asociación del *estoppel* al Derecho anglosajón no impide que se le reconozca ciertas pretensiones de universalidad, tanto en sus raíces terminológicas como en el contenido jurídico⁸.

⁷ E. Pecourt García, “El principio del ‘estoppel’ en el Derecho internacional público”, *REDI*, vol. XV, 1–2, 1962, 97–139, p. 98.

⁸ Para explicar el origen del término *estoppel*, en los estudios de los juristas anglosajones, es un lugar común la referencia a la fuente histórica de E. Coke, *Institutes of the Laws of England or a Commentaries on Littleton*, 19ª ed., 1832, vol. II, s. 667, 35ª, publicada en 1628. *Vid.*, entre otros, la referencia correspondiente en J. Cartwright, “Protecting Legitimate Expectation and Estoppel in English Law”, *Electronic J. Comp. L.*, vol. 10, nº 3, 2006, p. 2, en: <http://www.ejcl.org> (consultado el 30 de septiembre de 2007); E.J. Cooke, *The Modern Law of Estoppel*, Oxford, 2000, p. 6; L.F. Everest (ed.), *Law of Estoppel*, 3ª ed., Londres, 1923, p. 1; P. Feltham, D. Hochberg y T. Leech (eds.) *Spencer Bower. The Law Relating to Estoppel by Representation*, 4ª ed., Londres, 2004, p. 3 (en adelante se cita como *Spencer Bower*); S. Wilken, *The Law of Waiver, Variation and Estoppel*, Oxford, 2006, p. 93. En su citado pasaje, Coke afirma que “*estop*’ cometh of the French word *estoupe*, from whence the English word *stopped*: and it is called an *estoppel* or *conclusion*, because a man’s own act or acceptance stoppeth or closeth up his mouth to allege or plead...”. Como reconoce Lord Denning en el asunto *McIlkenny v. Chief Constable of the West Midlands*, no es un caso excepcional en la práctica inglesa. Un gran número de términos jurídicos son de origen francés, como consecuencia de la conquista normanda de 1066. Del mismo modo, era común para la época celebrar los juicios en francés–normando. Al escribir en francés jurídico, Littleton utilizó la expresión: *pur ceo que le baron est estoppe a dire*. Así, por avatares del destino, un término asociado a la cultura jurídica anglosajona posee raíces continentales. Pese al reconocimiento del origen normando del término recogido en la fuente histórica, los juristas anglosajones consideran, con razón, que no conviene insistir en los aspectos etimológicos y, por tanto, en la influencia de la terminología jurídica de distintos países en el Derecho anglosajón. De hecho, al igual que el mencionado “*estop*”, muchos de los términos contienen la misma raíz común para todos ellos. En esta línea de ideas, algunos autores ponen de relieve que la raíz etimológica de la palabra *estoppel* proviene del latín, al igual que la palabra france-

Así como la raíz del término anglosajón *estoppel* se descubre en otros idiomas, el contenido jurídico del concepto se encuentra formulado en otros ordenamientos jurídicos. H. Lauterpacht expresa esta opinión en los siguientes términos: “*It might seem that this is a doctrine exclusively confined to English law... But this is so only in form. In substance, the principle underlying estoppel is recognised by all systems of private law...*”⁹.

Esto ocurre debido a la enorme utilidad de la idea central que constituye el fundamento para la edificación del concepto jurídico de *estoppel*¹⁰. Se trata de la situación en la que el cambio de opinión es inaceptable, incluso en ausencia de obligaciones contractuales. De este modo, el *estoppel* representa un mecanismo jurídico para reforzar las consecuencias de los actos y declaraciones¹¹. En palabras de Sir F. Pollock, es un concepto sencillo y poco técnico y, probablemente, el instrumento más potente y flexible de la jurisprudencia¹².

La aceptación o no aceptación de la universalidad del concepto de *estoppel* tiene una repercusión importante en la determinación de su naturaleza jurídica en el Derecho internacional. En efecto, la constatación de la presencia de un instrumento similar en la mayoría de los sistemas jurídicos permitiría afirmar que estamos ante un principio general, en el sentido del art. 38 del Estatuto de la CIJ de la ONU.

No obstante, la similitud entre el *estoppel* en el Derecho anglosajón y otras instituciones en el Derecho continental, como, por ejemplo, la aquiescencia, la prescripción o los actos propios, se observa tan solo

sa “*étoupe*” o la española “*estopa*”. Vid. J. Puig Brutau, “La doctrina de los actos propios”, en *Estudios de Derecho comparado*, Barcelona, 1951, p. 98; F. Jiménez García, *Los comportamientos recíprocos en Derecho internacional*, Madrid, 2002, p. 49. Cabe añadir, pues, al saber jurídico anglosajón el saber popular español, concentrado en el proverbio “no bastan estopas para tapar tantas bocas”.

⁹ H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law (with Special Reference to International Arbitration)*, Londres, 1927, p. 204. “Puede parecer que esta doctrina es propia exclusivamente del Derecho inglés... pero es cierto tan solo en la forma. En esencia, el principio que subyace al *estoppel* lo reconocen todos los sistemas de Derecho privado...”. La traducción es de la autora.

¹⁰ Vid. las aportaciones de distintos ordenamientos jurídicos nacionales, entre ellos, canadiense, escocés, estadounidense, holandés, inglés, italiano, japonés y sudafricano, en el estudio comparado de B. Fauvarque-Cosson (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, París, 2006.

¹¹ E.J. Cooke, *op. cit.*, p. 1.

¹² F. Pollock, *The Expansion of the Common Law*, 1904, p. 108. También, citado por Lord Wright en *Canada and Dominion Sugar Company Ltd. v. Canadian National (West Indies) Steamship Ltd.* [1946] AC 46, PC, p. 55.

en el núcleo del concepto, pero no en la totalidad de sus elementos característicos. Ni siquiera en la doctrina y la jurisprudencia británicas existe un consenso sobre la noción de *estoppel*¹³. Es más, a raíz del desarrollo que ha sufrido la institución del *estoppel* en el Derecho anglosajón, se expresan serias reservas sobre la posibilidad de unificar bajo un único concepto la multitud de sus manifestaciones en la teoría y la práctica.

Inicialmente, y como ponen de relieve los celebres *Commentaries on Littleton*, citados antes, apenas se distinguía entre los tres conceptos: *estoppel by matter of record*, *by matter in writing*, y *by matter in pais*. Sin embargo, durante el periodo posterior y hasta nuestros tiempos, se ha producido una proliferación de los conceptos y una modificación de sus contenidos. Como consecuencia, por un lado, llega a cuestionarse la pertenencia de algunos de ellos a la misma institución. Se plantea una situación aparentemente paradójica, en la que puede haber más diferencias entre dos formas de *estoppel* en el Derecho británico, que entre una de ellas y un concepto similar del sistema jurídico continental. Por otro lado, y de manera paralela con el fenómeno descrito, se produce una confusión conceptual entre formas de *estoppel* originariamente distintas.

Lord Denning describe el estado actual de la institución del *estoppel* comparándola, de manera metafórica, con una casa con muchas habitaciones:

*“By our time we have so many rooms that we are apt to get confused between them. Estoppel per rem judicatam, issue estoppel, estoppel by deed, estoppel by representation, estoppel by conduct, estoppel by acquiescence, estoppel by election or waiver, estoppel by negligence, promissory estoppel, proprietary estoppel, and goodness knows what else. These several rooms have this much in common: they are all under one roof. Someone is stopped from saying something or other, or doing something or other. But each room is used differently from the others”*¹⁴.

¹³ E. Pecourt García, *loc. cit.*, p. 99.

¹⁴ *McIlkenny v. Chief Constable of the West Midlands* [1980] 1 QB 283, p. 317. “En estos momentos, disponemos de tantas habitaciones que tendemos a perdernos en ellas. *Estoppel per rem judicatam*, *issue estoppel*, *estoppel by deed*, *estoppel by representation*, *estoppel by conduct*, *estoppel by acquiescence*, *estoppel by election* o *waiver*, *estoppel by negligence*, *promissory estoppel*, *proprietary estoppel*, y quién sabe qué más. Estas habitaciones tienen algo en común: todas están bajo el mismo techo. A alguien se le impide decir algo o llevar a cabo alguna acción. Pero cada habitación se utiliza de manera distinta de las otras”. La traducción es de la autora.

La pluralidad de formas que adopta el *estoppel*, propia al Derecho anglosajón, queda en evidencia en los arbitrajes del CIADI. Una de las referencias más completas y desarrolladas al *estoppel* en el Derecho interno aparece el caso *AMCO v. Indonesia*, un caso paradigmático en la materia¹⁵. A diferencia de muchos otros casos, en el presente, el Tribunal arbitral hace una breve pero ilustrativa digresión al concepto, comenzando por el del *common law*. De este modo, sitúa el origen del *estoppel* en el Derecho anglosajón. Sin embargo, establece que sus componentes se apoyan en la exigencia de la buena fe, propia de todos los sistemas jurídicos internos. Junto con ello, afirma que la doctrina del *estoppel*, tal y como se configura en el sistema anglo-americano, es inherente a este y no se aplica en todos sus detalles¹⁶. Se adhiere, en definitiva, a la idea expresada, entre otros, por el juez panameño R.J. Alfaro en el asunto *Templo de Preah Vihear*¹⁷, de que el *estoppel* del sistema anglosajón no se reproduce en todas sus múltiples manifestaciones en el sistema internacional y se limita a algunos conceptos puntuales, en concreto, al *estoppel by representation*. Para reflejar los elementos del concepto anglosajón útiles para el ámbito internacional, cita dos definiciones: una, de una fuente doctrinal, y otra, de la jurisprudencia inglesa.

En cuanto a la primera, se trata de la definición del *estoppel by representation*:

“Where one person (“the representor”) has made a representation to another person (“the representee”) in words or by acts or conduct or (being under a duty to the representee to speak or act) by silence or inaction, with the intention (actu-

¹⁵ Párr. 47 de la Decisión sobre la jurisdicción de 25 de septiembre de 1985, en el caso *AMCO v. Indonesia*, *ICSID Reports*, t. 1, p. 407.

¹⁶ Un ejemplo más radical de la desvinculación de la doctrina del *estoppel* lo representa el caso *Generation Ukraine, INC. v. Ucrania*. El párr 6 (e) del Laudo de 16 de septiembre de 2003, que se refiere a las cuestiones de jurisdicción y de admisibilidad, reza: “*The application of the doctrine of estoppel [...] is refuted on the basis that Ukrainian law does not recognize such a concept*”. ARB/00/9, consultado en la Web CIADI: [http:// www.worldbank.org/icsid/](http://www.worldbank.org/icsid/).

¹⁷ En su opinión particular en el caso *Templo de Preah Vihear*, de 1962, R.J. Alfaro expresa esta idea de la siguiente manera: “*When compared with definitions and comments contained in Anglo-American legal texts we cannot fail to recognize that while the principle, as above enunciated, underlies the Anglo-Saxon doctrine of estoppel, there is a very substantial difference between the simple and clear-cut rule adopted and applied in the international field and the complicated classifications, modalities, species, sub-species and procedural features of the municipal system. In thus results that in some international cases the decision may have nothing in common with the Anglo-Saxon estoppel, while at the same time notions may be found in the latter that are manifestly extraneous to international practice and jurisprudence*” (Asunto *Templo de Preah Vihear*, *CIJ Recueil*, 1962, p. 40).

*al or presumptive), and with the result, of inducing the representee on the faith of such representation to alter his position to his detriment, the representor in any litigation which may afterwards take place between him and the representee, is estopped, as against the representee, from making, or attempting to establish by evidence, any averment substantially at variance with his former representation, if the representee at the proper time, and in the proper manner, objects thereto*¹⁸.

Por lo que se refiere a la otra definición, se la extrae del caso *Maclaine v. Gatty*:

*“Where A has by his words or conduct justified B in believing that a certain state of facts exists, and B has acted upon such belief to his prejudice, A is not permitted to affirm against B that a different state of facts existed at the time”*¹⁹.

En el caso *Rachel S. Grynberg and others v. Grenada*, se hace referencia al *Amco II*, para invocar la doctrina de *collateral estoppel*²⁰. El Estado demandado afirma que el *collateral estoppel* es un principio general ampliamente aplicable por los tribunales internacionales, que representa una de las variaciones de *res judicata*²¹. En el plano conceptual, tal alusión nos remite a la primera forma histórica del *estoppel*, a saber, el *estoppel by record* o *estoppel per rem judicatam*. Como afirma el Presidente del Tribunal en el caso *Amco II*, el Profesor Higgins, el citado principio general consiste en lo siguiente:

¹⁸ La definición, con las correspondientes referencias a la jurisprudencia británica, puede consultarse en *Spencer Bower*, p. 4. “Cuando una persona (*the representor*) ha hecho una representación (*a representation*) a otra persona (*the representee*) en palabras o por actos o comportamientos o (hallándose bajo el deber de hablar o de actuar a la parte representada) por el silencio o la inacción, con la intención (real o presunta), y con el resultado de inducir a la parte representada en la fe de tal representación para alterar su posición en su perjuicio, la parte que ha realizado la representación, en cualquier litigio que pueda tener lugar entre esta y a la que recibe la representación, pierde el derecho a hacer o intentar demostrar mediante pruebas, cualquier afirmación sustancialmente en desacuerdo con su representación anterior, si la parte que pruebe la representación, en el momento adecuado y en la forma adecuada, objeta tales actuaciones”. La traducción es de la autora.

¹⁹ *Maclaine v. Gatty*, [1921], AC 376, p. 382. “Cuando A, con sus palabras o conducta, hace creer a B que existe un cierto estado de hechos, y B ha actuado, debido a tal creencia, en perjuicio suyo, A no puede afirmar frente a B un estado diferente de los hechos”. La traducción es de la autora.

²⁰ Párrs. 4.6.4 ss. del Laudo de 10 de diciembre de 2010, en el caso *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg, and RSM Production Corporation v. Grenada*, ARB/10/6.

²¹ *Vid.*, con más detalle, las particularidades de aplicación del *collateral estoppel* en la jurisprudencia norteamericana en: R.D. Gordon, “Only One Kick at the Cat: a Contextual Rubric for Evaluating Res Judicata and Collateral Estoppel in International Commercial Arbitration”, *Florida J. Int’l L.*, n° 18, 2006, en particular, pp. 3 ss.

*"[A] right, question or fact distinctly put in issue and distinctly determined by a court of competent jurisdiction as a ground of recovery, cannot be disputed"*²².

Otro ejemplo de invocación de una de las categorías del *estoppel* en el Derecho anglosajón lo contiene el Laudo de 24 de enero de 2003, en el caso *Zhinvali Development Limited v. Georgia*²³. La parte demandante en el caso fundamenta la existencia del *estoppel* en los siguientes motivos:

*"Georgia represented to ZDL on more than one occasion, both orally and writing, that it would execute an agreement with ZDL... ZDL relied on these representations in continuing to negotiate with Georgia, foregoing business opportunities, and investing substantial resources in developing the project... That reliance directly resulted in substantial injury"*²⁴.

En esta argumentación, están presentes todos los elementos necesarios propios del concepto genérico del *estoppel* en el Derecho anglosajón. Aunque la parte demandada se refiere a este como *promissory estoppel*, y asimismo sitúa el acento en el elemento de promesa que realizó el Gobierno de Georgia para ejecutar el acuerdo entre las partes, apunta también otros elementos del concepto, como su propio comportamiento debido a tal promesa y el perjuicio que sufrió al desaprovechar otras oportunidades.

Un arbitraje más del CIADI, en que podemos encontrar referencias a distintos conceptos del *estoppel* del Derecho anglosajón, es el caso *Tanzania Electric Supply Company Limited v. Tanzania*²⁵. En particular, aparecen unas reflexiones al respecto en la Decisión sobre asuntos preliminares, de 22 de mayo de 2000. El Tribunal analiza los aspectos relacionados con el concepto actual de *estoppel* en el Derecho anglosajón y en el Derecho de Tanzania. En los años veinte, este último incorporó una serie de nociones del Derecho anglosajón, in-

²² Párr. 30 de la Decisión sobre la Jurisdicción de 10 de mayo de 1988, en el caso *Amco Asia Corporation v. Indonesia*, ARB/81/2. "No puede volver a discutirse [un] derecho, una cuestión o un hecho considerado y determinado claramente de manera distinta por un tribunal competente". La traducción es de la autora.

²³ Párrs. 244 a 248, del Laudo de 24 de enero de 2003, en el caso *Zhinvali Development Limited v. Georgia*, *ICSID Reports*, t. 10, pp. 55–56.

²⁴ *Ibid.*, p. 55. "Georgia aseguró a ZDL en numerosas ocasiones, tanto oralmente como por escrito, que se ejecutaría un acuerdo con ZDL... ZDL se apoyó en estas 'representaciones' en el subsiguiente proceso de negociación con Georgia, renunciando a oportunidades comerciales e invirtiendo importantes recursos en el desarrollo del proyecto... Esta confianza tuvo como resultado directo un daño sustancial". La traducción es de la autora.

²⁵ Párrs. 97 a 108, de la Decisión sobre los asuntos preliminares, de 22 de mayo de 2000, en el caso *Tanzania El. Supply Company Ltd. v. Tanzania*, *ICSID Reports*, t. 8, pp. 266–269.

cluida la de *estoppel*. En principio, valora si el concepto en ambos sistemas jurídicos ha experimentado un desarrollo paralelo o, en cambio, el concepto propio del Derecho de Tanzania se ha quedado “congelado” desde los años 20. Pero, finalmente, llega a la conclusión de que las disposiciones de la legislación nacional en materia de prueba son suficientemente exhaustivas y no admiten referencias para completarlas por otras disposiciones análogas de otros sistemas jurídicos.

En cuanto al concepto *per se*, admite una multitud de categorías de *estoppel*, como el *estoppel by conduct*, el *estoppel by representation*, el *promissory estoppel*, el *proprietary estoppel*, el *estoppel by acquiescence* y el *estoppel by convention*. Tras mencionar las categorías, el Tribunal concluye:

*“All these categories are directed towards the same fundamental purpose, namely, protection against the detriment which would flow from a party’s change of position if the assumption or expectation that led to it were permitted to be denied. The foundation of the doctrine is in all cases the concept of unconscionability”*²⁶.

Con todo, de los ejemplos citados no puede deducirse el predominio de una categoría determinada del concepto de *estoppel*. Los tribunales del CIADI manejan distintas categorías alegadas por las partes en el arbitraje y les atribuyen distintas matices en función del contexto de aplicación. No obstante, y pese a la variación terminológica, permanece la idea central del concepto de referencia. Los tribunales, en general, evitan entrar en demasiados detalles para justificar el uso de una u otra categoría, y se atienen a la esencia del *estoppel* con sus elementos básicos.

2. Aportaciones al concepto del Derecho internacional

En el Derecho internacional, al igual que ocurre en el Derecho anglosajón, el concepto de *estoppel* debe su desarrollo a la jurisprudencia. Desde el siglo XIX, el *estoppel* se ha utilizado ampliamente en la práctica arbitral y judicial internacional. Los primeros ejemplos de su aplicación aparecen, como es de esperar, en los procedimientos arbitrales sobre las controversias entre los países anglosajones o con su

²⁶ Párr. 103, de la Decisión sobre los asuntos preliminares, de 22 de mayo de 2000, en el caso *Tanzania El. Supply Company Ltd. v. Tanzania*, *ICSID Reports*, t. 8, p. 268. “Todas estas categorías se dirigen hacia el mismo objetivo fundamental, a saber, la protección contra el perjuicio que se derivaría del cambio en la posición de una parte, si pudiese negarse la presunción o la expectativa que llevó a ella. El fundamento de la doctrina es, en todos los casos, el concepto de la inconsistencia”. La traducción es de la autora.

participación. En efecto, el arbitraje internacional se caracteriza por su flexibilidad, entre otros aspectos, en lo relativo al Derecho aplicable²⁷, y los juristas anglosajones procuran introducir en el procedimiento los principios propios del ordenamiento jurídico de origen. En sus inicios, el arbitraje sirve para resolver los contenciosos entre el Reino Unido y los Estados Unidos surgidos en la guerra de independencia americana y, en este contexto, se invoca el *estoppel*. Así, en 1854, el representante americano hizo una alusión expresa a la noción de *estoppel* ante la Comisión mixta de Londres, establecida por el tratado anglo-norteamericano de 2 de febrero de 1853²⁸. En 1856, en el caso *Croft*, uno de los argumentos de Gran Bretaña se fundamentaba en el *estoppel* utilizado para impedir negar las alegaciones británicas con fundamento en la conducta previa de Portugal²⁹. En 1893, el concepto se invocó en el arbitraje sobre el mar de Bering entre Estados Unidos y Gran Bretaña³⁰. En este arbitraje, Lord Hannen descartó la existencia de la institución de la prescripción en el Derecho internacional, y sugirió la posibilidad de una argumentación basada en el *estoppel*. Como es sabido, la Conferencia de Paz de 1899 consolida la experiencia arbitral y contribuye al futuro desarrollo del arbitraje voluntario, mediante la codificación del derecho consuetudinario en la Convención de la solución pacífica de las controversias internacionales, de 29 de julio de 1899, instrumento que regula el procedimiento arbitral y crea la Corte Permanente de Arbitraje.

En la primera mitad del siglo XX, disminuye la importancia del arbitraje en el plano internacional y, en cambio, adquiere fuerza el procedimiento judicial ante las cortes internacionales. En este período, el *estoppel* empieza a jugar un papel destacado, en particular en los litigios territoriales, primero en las actuaciones de la CPJI³¹ y, tras la segunda guerra mundial, de la CIJ³².

²⁷ Vid., al respecto, M.P. Andrés Sáenz de Santa María, *El arbitraje internacional en la práctica convencional española*, Oviedo, 1982, pp. 26–27; F.J. Quel López, *La interpretación, revisión y nulidad de las sentencias arbitrales internacionales*, Bilbao, 2000, p. 47.

²⁸ El ejemplo lo cita E. Pecourt, *loc. cit.*, p. 101.

²⁹ El laudo citado por A. De Lapradelle y N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, 1855–1972, París, 1923, pp. 1–37.

³⁰ Vid. el laudo en J.B. Moore, *History and Digest of the international arbitration to which the United States has been a party*, Washington, 1898, pp. 755–961.

³¹ Entre los ejemplos de la jurisprudencia de la CPJI que aborda el concepto de *estoppel*, podemos citar los siguientes asuntos: *Fábrica Chorzow, competencia*, Sentencia de 26 de julio de 1927, CPJI, serie A, n° 7, y *fondo*, Sentencia de 13 de septiembre de 1928, CPJI, serie A, n° 17; *Competencia de la Comisión Europea del Danubio*, Opinión consultiva de 8 de diciembre de 1927; *Empréstitos serbios*, Sentencia de 12 de julio de 1929,

En muchas ocasiones, la Corte fundamenta sus pronunciamientos en los principios generalmente aceptados en la práctica arbitral y los tribunales nacionales³³. Los aplica, en particular, cuando

“One Party cannot avail himself of the fact that the other has not fulfilled some obligation or has not had recourse to some means of redress, if the former Party has, by some illegal act, prevented the latter from fulfilling the obligation in question, or from having recourse to the tribunal which would have been open, to him”³⁴.

Al respecto, afirma H. Lauterpach que, mediante esta práctica, la CPJI preparaba el terreno para reconocer la operatividad del principio de *estoppel*, un principio de origen anglosajón y, aparentemente, un principio general del Derecho³⁵.

La práctica judicial en relación con el *estoppel* está repleta de debates entre las partes y los propios jueces sobre el alcance del concepto. El análisis de los casos, ya realizado en muchos estudios, permite reflexionar sobre la naturaleza del concepto y sus elementos constitutivos. De entrada, se percibe la oposición entre la interpretación amplia y restrictiva del *estoppel*. La jurisprudencia conoce supuestos tanto de

CPJI, serie A, n° 20; Empréstitos brasileños, Sentencia de 12 de julio de 1929, *CPJI, serie A, n° 21; Estatuto jurídico de Groenlandia Oriental*, Sentencia de 5 de abril de 1933, *CPJI, serie A/B, n° 47; Losinger*, Decisión sobre la competencia de 27 de julio de 1936, *CPJI, serie A/B, n° 69*.

³² Entre los ejemplos de la jurisprudencia de la CIJ, poseen especial relevancia los siguientes asuntos: *Oro monetario tomado en Roma*, Sentencia de 15 de junio de 1954, *CIJ Recueil* 1955; *Nottebohm, segunda fase*, Sentencia de 6 de abril de 1954, *CIJ Recueil* 1955; *Sentencia arbitral del rey de España de 23 de diciembre de 1906*, Sentencia de 18 de noviembre de 1960, *CIJ Recueil* 1960; *Templo Preah Vihear*, Sentencia de 26 de mayo de 1961, *CIJ Recueil*, 1962; *Barcelona Traction, excepciones preliminares*, *CIJ Recueil* 1964; *Plataforma continental del mar del Norte*, Sentencia de 20 de febrero de 1969, *CIJ Recueil* 1969; *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra esta*, Sentencia de 26 de noviembre de 1984, *CIJ Recueil* 1984; *Golfo de Maine, fondo*, *CIJ Recueil* 1984; *Elettronica Sicula*, Sentencia de 20 de julio de 1989, *CIJ Recueil*, 1989; *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria, excepciones preliminares*, *CIJ Recueil*, 1998; *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima (el Salvador/ Honduras), solicitud de intervención*, Sentencia de 13 de septiembre de 1990, *CIJ Recueil* 1990.

³³ H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge, 1982, pp. 168 ss.

³⁴ *The Factory of Chorzów (Clame for Indemnity)*, *Jurisdiction, Series A, n° 9* (1927), p. 31. “Una Parte no puede valerse del hecho de que la otra no haya cumplido alguna obligación o no haya recurrido a algún medio de reparación, si la primera Parte ha impedido, por algún acto ilícito, cumplir con la obligación de que se trate, o recurrir al tribunal”. La traducción es de la autora.

³⁵ H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge, 1982, pp. 169. En esta página y siguientes, se analiza la aplicación del *estoppel* en la jurisprudencia internacional.

una como de otra. El ejemplo más significativo de la interpretación amplia lo ofrece el asunto, ya citado, del *Templo de Preah Vihear*, de 1962³⁶, más en concreto, en la opinión particular del juez Alfaro en su celebre y muchas veces recordado pasaje:

“Whatever term or terms be employed to designate this principle such as it has been applied in the international sphere, its substance is always the same: inconsistency between claims or allegations put forward by a State, and its previous conduct in connection therewith, is not admissible (allegans contraria non audiendus est). Its purpose is always the same: a State must not be permitted to benefit by its own inconsistency to the prejudice of another State (nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam). A fortiori, the State must not be allowed to benefit by its inconsistency when it is through its own wrong or illegal act that the other party has been deprived of its right or prevented from exercising it (nullus commodum capere de sua injuria propria). Finally, the legal effect of the principle is always the same: the party which by its recognition, its representation, its declaration, its conduct or its silence has maintained an attitude manifestly contrary to the right it is claiming before an international tribunal is precluded from claiming that right (venire contra factum proprium non valet)”³⁷.

No obstante, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, predomina la apreciación restringida del *estoppel*³⁸, que se inspira en la teoría del *estoppel by representation* del *common law*. El concepto restringido se caracteriza por una serie de elementos³⁹. Destacan, en primer lugar, aquellos que constituyen la situación susceptible de

³⁶ Vid. sobre el asunto E. Pecourt García, “El principio del ‘estoppel’ y la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el caso del *Templo de Preah Vihear*”, *REDI*, vol. XVI, 1–2, 1963, 153–166.

³⁷ *Templo de Préah Vihear*, *CIJ Recueil*, 1962, p. 40. “Cualquiera que sea el término o términos empleados para designar este principio, tal y como se ha aplicado en el ámbito internacional, su esencia es siempre la misma: no es admisible la contradicción entre las reclamaciones o alegaciones presentadas por un Estado y su conducta previa al respecto (*allegans contraria non audiendus est*). Su propósito siempre es el mismo: no se debe autorizar a un Estado a beneficiarse de sus propias contradicciones en perjuicio de otro Estado (*nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*). A fortiori, al Estado no le está permitido beneficiarse de sus contradicciones cuando, debido a sus propios actos equívocos o ilícitos, se ha privado a la otra parte de sus derechos o del ejercicio de estos derechos (*nullus commodum capere de sua injuria propria*). Finalmente, el efecto jurídico del principio siempre es el mismo: cuando una parte, con su reconocimiento, representación, declaración, conducta o silencio, ha mantenido una actitud manifiestamente contraria al derecho que reclama ante un tribunal internacional, la reclamación de ese derecho es inadmisibles (*venire contra factum proprium non valet*). La traducción es de la autora.

³⁸ Vid. sobre la interpretación extensiva y restrictiva, entre otros, vid. Ch. Vallée, *loc. cit.*, pp. 954–963.

³⁹ Entre otros, R. Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Ginebra, 2000, pp. 359–377; A. Martin, *op. cit.*, pp. 272–302; E. Pecourt García, “El principio...”, *loc. cit.*, pp. 102–107.

estoppel, y, en segundo lugar, aquel que representa el efecto o la consecuencia de la situación⁴⁰. Una dualidad análoga se observa también en la sucesión de Estados, otro concepto polémico, incorporado al Derecho internacional desde el ámbito del Derecho interno⁴¹.

A su vez, entre los elementos constitutivos de la situación susceptible de *estoppel*, se distingue entre el elemento *primario*, integrado por una declaración o un comportamiento claro e inequívoco de una parte, y el elemento *secundario*, es decir, una confianza efectiva, legítima y de buena fe de la otra parte directamente basada en el comportamiento de la primera parte⁴². A este bloque de elementos cabe añadir otro más, consistente en los daños o perjuicios que sufre la primera parte a raíz de la modificación de la declaración o del comportamiento *primarios*⁴³. Como explica R. Kolb, durante un largo período de evolución del *estoppel* en el Derecho internacional, hasta los años 60, la condición de perjuicio no constituía un elemento *sine qua non* del concepto. No obstante, la doctrina moderna y, en particular, la jurisprudencia internacional insisten en su existencia⁴⁴.

En cuanto a la consecuencia o el efecto de la situación descrita, constituye uno de los elementos del concepto, y se manifiesta en una imposibilidad por la parte que realizó la declaración o adoptó el comportamiento primario de oponerse al mismo o de pronunciarse en sentido contrario.

¿Cómo refleja la práctica arbitral del CIADI el concepto de *estoppel* elaborado en el Derecho internacional? Sin duda, el estudio y análisis de los casos permite observar una semejanza en el uso del concepto en los litigios ante las CPJI y CIJ y en los arbitrajes del CIADI. Se observa el alejamiento de las categorías complejas y detalladas del Derecho anglosajón y la aproximación al concepto básico, acuñado por el Derecho internacional. Podemos encontrar una serie de referencias tanto a la doctrina como a la jurisprudencia internacionales en algunos de los casos ante el CIADI.

⁴⁰ Encontramos la distinción entre la situación y el efecto en el concepto de *estoppel* en *ibíd.*, pp. 101–102.

⁴¹ En el concepto de la sucesión de Estados, se distingue entre la situación de hecho o las transformaciones territoriales de un Estado, y sus efectos jurídicos o transferencia de los derechos y obligaciones de un Estado a otro. *Vid.*, al respecto, T. Ushakova, *La sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas: el caso de la URSS*, Madrid, 2006, p. 6 ss.

⁴² La distinción entre el elemento primario y secundario del *estoppel* la apunta E. Peccourt García, "El principio...", *loc. cit.*, p. 103.

⁴³ Este tercer elemento del concepto lo menciona R. Kolb, *op. cit.*, p. 365.

⁴⁴ *Ibíd.*

Como en el apartado anterior, el arbitraje más ilustrativo para los objetivos del presente estudio es el caso *AMCO v. Indonesia*, en el que el Tribunal pone el acento en la combinación de dos elementos del concepto de *estoppel*: el perjuicio para una parte y la ventaja para la otra. Con este objetivo, cita a Alfaro en el caso de *Templo de Preah Vihear*. La esencia del pasaje se resume en los términos siguientes: “A State must not be permitted to benefit by its own inconsistency to the prejudice of another State”⁴⁵. Con todo, el Tribunal arbitral establece una analogía entre el uso de los elementos apuntados, a saber, el beneficio para la parte contra la que se alega el *estoppel* y el perjuicio para la otra, en las relaciones entre los Estados y entre el Estado y un ente o persona privada. Los citados requisitos son aplicables, asimismo, tanto en el ámbito del Derecho internacional, como en el ámbito más específico de las relaciones económicas internacionales.

Debe reconocerse que los elementos señalados se reiteran en varios arbitrajes. Por ejemplo, aparecen en el caso *Pope and Talbot Inc. v. Canadá*. En el laudo provisional de 26 de junio de 2000, el Tribunal hace referencia al concepto de *estoppel* en el Derecho internacional:

“In international law it has been stated that the Essentials of estoppel are (1) a statement of fact which is clear and unambiguous; (2) this statement must be voluntary, unconditional, and authorized; and (3) there must be reliance in good faith upon the statement either to the detriment of the party so relying on the statement or to the advantage of the party making the statement”⁴⁶.

No obstante, para el arbitraje en cuestión, resulta más relevante el primer elemento del concepto, esto es, la declaración de hecho clara y no ambigua. En cambio, en el caso *Ceskoslovenska Obchodni Banka A. S. v. Eslovaquia*, en su Decisión sobre las objeciones a la jurisdic-

⁴⁵ Párr. 47, *ICSID Reports*, t. 1, p. 408. “No debe admitirse que un Estado se beneficie de su propia conducta contradictoria en perjuicio de otro Estado”. La traducción es de la autora.

⁴⁶ Párr. 111 del Laudo provisional (*Interim Award*) de 26 de junio de 2000, en el caso *Pope and Talbot Inc. v. Canadá*, *ICSID Reports*, t. 7, p. 88. “En el Derecho internacional, se ha afirmado que los Fundamentos del *estoppel* son: (1) una declaración de hecho que es clara y no ambigua; (2) esta declaración debe ser voluntaria, incondicional y autorizada, y (3) debe haber confianza de buena fe en la declaración, ya sea en detrimento de los intereses de la parte que ha confiado en la declaración, o bien en beneficio de la parte que presenta la declaración”. La traducción es de la autora. El Tribunal utiliza como fuentes doctrinales: D.W. Bowett, “Estoppel before International Tribunals and its Relations to Acquiescence”, *British Yearb. Int’l L.*, vol. 33, 1957, p. 202 e I. Brownlie, *Public International Law*, 5ª ed., p. 646. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal arbitral en la Decisión sobre la jurisdicción, de 28 de diciembre de 2009, en el caso *Gobierno de la Provincia del Kalimantan Oriental v. PT Kaltim Prima Coal y otros*, ARB/07/03, párr. 211. ICSID web cite en: <http://www.worldbank.org/icsid/>.

ción, de 24 de mayo de 1999, el Tribunal pone el énfasis en el elemento de la confianza:

“An essential element of estoppel is that ‘there must be reliance in good faith upon the statement either to the detriment of the party so relying on the statement or to the advantage of the party making the statement’⁴⁷.

En el caso planteado por el *Gobierno de la Provincia de Kalimantan Oriental v. PT Kaltim Prima Coal y otros*, se insiste en el primer elemento. Se afirma, pues, que la parte demandante no pudo probar que las afirmaciones de la demandada, aun siendo voluntarias, carecían de claridad y no ambigüedad. Además, el Tribunal opina que el Gobierno no pudo probar los daños que sufrió debido a la conducta del demandado⁴⁸.

Del mismo modo, en el caso *Philippe Gruslin v. Malasia*, el árbitro analiza el concepto de *estoppel*, tal y como se plantea en la demanda y en la contestación de la parte demandada⁴⁹. Se centra en dos elementos: la declaración realizada por una parte, y la confianza de la otra parte en tal declaración en su perjuicio o en beneficio de la parte que hizo la declaración. El árbitro reconoce que es un planteamiento correcto, acorde con la aplicación del principio en el Derecho internacional, en particular en el caso *El Salvador v. Honduras*⁵⁰.

En la misma línea de ideas, se sitúa otra referencia a la definición del *estoppel* en el caso *SGS Société Générale de Surveillance SA v. Pakistán*. En la Decisión sobre la objeción a la jurisdicción, de 6 de agosto de 2003, el Tribunal afirma en términos generales:

⁴⁷ Párr. 47 de la Decisión sobre la objeción a la jurisdicción, de 24 de mayo de 1999, en el caso *Ceskoslovenska Obchodni Banka A. S. v. Eslovaquia*, ARB/97/4, en: <http://www.worldbank.org/icsid/>. “Un elemento esencial del *estoppel* es que debe haber confianza de buena fe en la declaración, bien en perjuicio de la parte que ha confiado, bien en beneficio de la parte que ha emitido la declaración”. La traducción es de la autora. En esta decisión, el Tribunal hace referencia a dos fuentes doctrinales: I. Brownlie, *Public International Law*, 4th ed., 1990, pp. 641 y B. Cheng, *General Principles of Law Applied by International Courts and Tribunals*, 1957, p. 141 ss. En concreto, este último reza: “*It is a principle of good faith that ‘a man shall not be allowed to blow hot and cold – to affirm at one time and deny at another... Such a principle has its basis in common sense and common justice, and whether it is called ‘estoppel’, or by any other name, it is one which courts of law have in modern times most usefully adopted.*”

⁴⁸ Párrs. 213–215 la Decisión sobre la jurisdicción, de 28 de diciembre de 2009, ARB/07/03.

⁴⁹ Se trata del Laudo de 27 de noviembre de 2000, emitido por un árbitro único Gavan Griffith QC, en el caso *Philippe Gruslin v. Malasia*, *ISCID Reports*, t. 5, pp. 483–510. *Vid.*, especialmente, pp. 499–500.

⁵⁰ Párr. 20.2, *ISCID Reports*, T. 5, p. 500.

*“Estoppel usually applies where a party has misrepresented the existence of facts and another party has acted upon this misrepresentation to its detriment”*⁵¹.

Cabe añadir que un planteamiento similar se desarrolla en los casos *Pan American Energy v. Argentina* y el *Gobierno de la Provincia del Kalimantan Oriental v. PT Kaltim Prima Coal y otros*⁵².

En su mayoría, los ejemplos analizados demuestran que, en el arbitraje mixto de inversiones exteriores, se perfilan dos elementos del *estoppel*: la declaración o el comportamiento claro e inequívoco de una parte, y la confianza de buena fe en tal declaración o comportamiento de la otra parte, que implica el beneficio de la primera o el perjuicio de la segunda. Aunque el peso de uno u otro elemento cambia en función del caso, hay que señalar que la constatación de todos los elementos reafirma la acogida del concepto de *estoppel* del Derecho internacional en la práctica arbitral del CIADI. Debe matizarse que el elemento del perjuicio para la segunda parte cobra un papel importante y no se discute, como en el Derecho anglosajón o, antiguamente, en el Derecho internacional.

A diferencia de la aceptación generalizada de los elementos constitutivos del concepto, no se detecta tal unanimidad en cuanto a su naturaleza. El espectro de pronunciamientos de las partes implicadas y los tribunales arbitrales varía desde el rechazo de la aplicación de la teoría del *estoppel*, a su aceptación, con matices y sin éstos, como principio general inherente a la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales, y hasta su consideración como una norma consuetudinaria del Derecho internacional. Un ejemplo de rechazo más radical lo representa el caso *General Ukraine Inc v. Ucrania*, en que el Estado ucraniano afirma que no es un concepto aplicable, dado que no está previsto en la legislación nacional ucraniana⁵³. A esta afirmación pueden oponerse una serie de pronunciamientos en los casos *AMCO v. Indonesia*; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egipto*; *Clarín*; *ADC Affiliate Limited and ADC &*

⁵¹ Párr. 122 de la Decisión sobre la objeción a la jurisdicción, de 6 de agosto de 2003, en el caso *SGS Société Générale de Surveillance SA v. Pakistán*, ARB/01/13, ICSID en: <http://www.worldbank.org/icsid/>. “El *estoppel* se aplica, por lo general, cuando una de las partes ha manifestado falsamente la existencia de hechos y la otra parte ha actuado, en su perjuicio, sobre esa tergiversación”. La traducción es de la autora.

⁵² Párr. 207 de la Decisión sobre la jurisdicción, 28 de diciembre de 2009, en el caso *Gobierno de la Provincia del Kalimantan Oriental v. PT Kaltim Prima Coal y otros*, ARB/07/03, en: <http://www.worldbank.org/icsid/>.

⁵³ Párr 6 (e) del Laudo de 16 de septiembre de 2003, que se refiere a las cuestiones de jurisdicción y de admisibilidad, ARB/00/9, consultado en: <http://www.Worldbank.org/icsid/>.

ADMC Management Limited v. Hungría y Desert Line Projects LLC v. Yemen. En todos los supuestos citados, se reconoce que el *estoppel* es un principio general, reflejado en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales. Es particularmente ilustrativo, al respecto, el pasaje del Laudo de 6 de febrero de 2008, en el caso *Desert Line Projects LLC v. Yemen*, que se refiere al *estoppel* como

“... the fundamental general principle of law commonly known as a legal doctrine of *estoppel*, which originated over twelve centuries ago in the Islamic Jurisprudence under the name ..., the precise wording of which can be translated in English to read: ‘whoever tries to undo what he previously undertook, such act on his part shall be turned against him’⁵⁴.”

Frente a estas posturas tendentes a considerar el *estoppel* como un principio general, destaca la argumentación del demandante en el caso *Marvin Feldman v. México*, basada, entre otros argumentos, en la consideración del *estoppel* como parte del Derecho internacional consuetudinario, argumento que refuta el Tribunal⁵⁵.

Al igual que la doctrina mayoritaria del Derecho internacional, la práctica del CIADI tiende a conceder al *estoppel* la naturaleza de principio general inherente a la mayoría de los sistemas jurídicos internos.

3. Menciones no explícitas

Pese que, para el objetivo del presente estudio, es más importante analizar las referencias explícitas al concepto de *estoppel*, el análisis no sería completo sin aludir a las menciones no explícitas.

En ocasiones, y como hemos podido comprobar, el CIADI es muy cauteloso a la hora de definir el concepto y, más aún, la naturaleza del *estoppel*. Para evitar tal compromiso, las partes en el arbitraje y los árbitros optan por eludir el término y referirse a los principios generales propios de la mayoría o algunos sistemas jurídicos o a los medios de prueba.

⁵⁴ Párr. 207 de Laudo de 6 de febrero de 2008, en el caso *Desert Line Projects LLC v. Yemen*, ARB/05/17, consultado en: <http://www.worldbank.org/icsid/>. “...El principio general fundamental del derecho comúnmente conocido como doctrina legal del *estoppel*, que se originó hace más de doce siglos en la jurisprudencia islámica bajo el nombre... cuya redacción precisa puede traducirse al inglés como sigue: ‘quien intenta deshacer lo que previamente realizó, tal acto, a su vez, tiene que volverse en contra suya’”. La traducción es de la autora.

⁵⁵ *Vid.* el párr. 62 del laudo de 16 de diciembre de 2002, en el caso *Marvin Feldman v. México*, ARB(AF)/99/1, consultado en: <http://www.worldbank.org/icsid/>.

Puede citarse, como uno de los ejemplos de mayor ambigüedad, la apreciación del tribunal en el Laudo de 12 de abril de 2002, en el caso *Middle East Cement Shipping and Handling Co. SA v. Egipto*. Al hablar de los medios de prueba y las normas aplicables a ellos, comparte aquellos que reconoce B. Cheng en *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, y hace referencia a los arts. 33 a 37 del Procedimiento del CIADI relevantes para el caso, en especial el art. 34.1º. En este sentido, continúa:

*“In evaluating the evidence before it under Rule 34 (1), the Tribunal is aware of certain principles accepted in earlier international cases which have some relevance here. While it does not seem necessary to go into much detail in this regard ...”*⁵⁶.

Del mismo modo, aunque ya en otro contexto, se observa la cautela del tribunal del CIADI, en su Decisión sobre la jurisdicción, de 27 de noviembre de 1985, en el caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egipto*. En este caso, la cuestión del *estoppel* se plantea en relación con la posibilidad de la parte demandante de acudir a los distintos tribunales. En la citada decisión, el tribunal analiza el argumento basado en el *estoppel*, esgrimido por Egipto en los siguientes términos:

*“Egypt also contends that Claimants’ consent to ICSID jurisdiction is invalid because it contravenes general principles of international law. Specifically, Egypt argues that there is a general principle of international law, found also in most national laws, which forbids self-contradiction to the prejudice of another”*⁵⁷.

A continuación, el tribunal reconoce que el principio de *estoppel* se ha aplicado por los tribunales internacionales “en ocasiones”, pero no procede a hacerlo en ese caso:

⁵⁶ Párr. 94 del Laudo de de 12 de abril de 2002, en el caso *Middle East Cement Shipping and Handling Co. SA v. Egipto*, ARB/99/6, *ICSID Reports*, t. 7, p. 192. “En la evaluación de las pruebas, en virtud del art. 34.1º, el Tribunal es consciente de ciertos principios aceptados en casos internacionales anteriores que tienen alguna relevancia aquí. Aun así, no parece necesario entrar en muchos detalles al respecto...”. La traducción es de la autora.

⁵⁷ Párr. 62 de la decisión sobre la jurisdicción de 27 de abril de 1985, en el caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egipto*, *ICSID Reports*, t. 3, p. 123. “Egipto sostiene también que no es válido el consentimiento de los Demandantes a la jurisdicción del CIADI, porque contraviene los principios generales del Derecho internacional. Concretamente, Egipto sostiene que existe un principio general del Derecho internacional, que se encuentra también en la mayoría de los sistemas nacionales, que prohíbe la auto-contradicción en perjuicio del otro”. La traducción es de la autora.

“There is in this case no inconsistency in pursuing alternative remedies, nor does it appear to the Tribunal that the Claimants, in so doing, are in any way acting contrary to good faith”⁵⁸.

Curiosamente, en el arbitraje anterior, en el marco del CCI, la parte demandante también invoca el *estoppel*, en un contexto distinto, pero, igualmente, sin explicitar el término:

“... the Government contravened a general principle (recognized both under Roman law as well as under common law tradition) whereby a party is barred from taking a contrary course of action (i.e. alleging or denying a certain fact or state of facts) after inducing by its own conduct the other party to do something which the latter would not have done but for such conduct of the former party”⁵⁹.

Las referencias implícitas al *estoppel* no se limitan a los casos citados. Marcan, sin duda, una cierta reticencia de los tribunales arbitrales a conceptualizar el principio y establecer sus pautas de aplicación. Tal reticencia se engloba en una de las tendencias de integración de los principios de los ordenamientos internos en el Derecho internacional, a saber, la que A. Verdross denomina “recepción espontánea, manifestada en la adhesión implícita y tácita de los Estados”⁶⁰.

III. Aplicación junto con conceptos fronterizos

En la doctrina y jurisprudencia internacional, a veces resulta muy difícil, si no imposible, trazar la frontera entre el concepto de *estoppel* y algunos conceptos fronterizos. Esta particularidad se observa tanto en el ámbito del Derecho interno como del Derecho internacional. A veces, puede darse la circunstancia de que, de manera paradójica, los conceptos fronterizos y el *estoppel* se asemejen más que dos formas de *estoppel* entre sí.

⁵⁸ Párr. 63. *Ibid.* “En este caso, no hay contradicción en la búsqueda de los recursos alternativos; tampoco al Tribunal le parece que, en tal búsqueda, los Demandantes actúen en contra de la buena fe”. La traducción es de la autora.

⁵⁹ Párr. 51 del Laudo de 11 de marzo de 1983, en el caso *SPP (Middle East) Ltd and SPP Ltd v. Egypt*, ICC Arbitration YD/AS NO. 3493, *ICSID Reports*, t. 3, p. 66. “...el Gobierno contraviene un principio general (reconocido tanto en el Derecho romano, como en la tradición del *common law*) por el cual se prohíbe a una Parte seguir un curso de acción contrario (es decir, negando un determinado hecho o estado de cosas) después de inducir, por su propia conducta, a la otra parte a hacer algo que esta no hubiera hecho si no hubiese sido por esa conducta de la parte anterior”. La traducción es de la autora.

⁶⁰ A. Verdross, “Les principes généraux de droit en la jurisprudence internationale”, *Recueil des Cours*, 1933, p. 204.

1. Estoppel y actos propios

En el contexto de la aplicación del *estoppel* junto con otros conceptos o doctrinas fronterizas, puede mencionarse su frecuente alegación junto con la doctrina de los actos propios. Valga recordar que esta última es inherente al Derecho español y encuentra su formalización en la prohibición de ir contra los propios actos (*non concedit venire contra factum proprium*), que puede considerarse como uno de los casos de aplicación de la buena fe⁶¹. La práctica del CIADI presenta varios ejemplos de invocación por las partes de estos dos conceptos en los litigios con participación de los países iberoamericanos. Al respecto, cabe mencionar los casos *Victor Pey Casado y Fundación Española la Presidente Allende v. Chile*⁶², también conocido como caso *Clarín*; *Camuzzi Internacional S. A. v. Argentina*⁶³; *Total S. A. v. Argentina*⁶⁴ y, especialmente, *Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. Chile*⁶⁵.

Así, en el Proyecto de Sentencia en el caso *Clarín*, el *estoppel* y la doctrina de los actos propios se equiparan en su aplicación en materia de nacionalidad. Se afirma que “el principio de *estoppel* (y de *non concedit venire contra factum proprium*) es indiscutiblemente un principio de Derecho internacional”⁶⁶.

En el mismo sentido, en el caso *Camuzzi Internacional S. A. v. Argentina*, Argentina impugna la jurisdicción del CIADI en base a la doctrina del *estoppel* o de los actos propios. En concreto, en el argumento “v” sostiene que las compañías involucradas en el litigio someten las cuestiones litigiosas a otros tribunales. Así, según Argentina, Camuzzi solicita insistentemente la aplicación de la ley de emergencia

⁶¹ Vid. el estudio clásico y ampliamente citado de L. Díez-Picazo, *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1963.

⁶² Vid. los párrs. 31 y 225 del Proyecto de Sentencia, depositada en el CIADI desde el junio de 2005 y comunicada a las Partes el 13 de septiembre de 2006, ARB/98/2. Las reflexiones correspondientes no se reproducen en el Laudo final dictado en el caso el 8 de mayo de 2008. Con carácter general, sobre los casos que afectan a Chile, entre otros: R. Mayorga y otros, *Inversión extranjera. Régimen jurídico y solución de controversias*, Santiago, 2004, pp. 263–269.

⁶³ Párr. 15 de la Decisión sobre excepción a la jurisdicción, de 10 de junio de 2005, ARB/03/7, en: <http://icsid.worldbank.org>.

⁶⁴ Párr. 40 de la Decisión sobre objeción a la jurisdicción, de 25 de agosto de 2006, ARB/04/1, en: <http://icsid.worldbank.org>.

⁶⁵ Vid. los párrs. 119 y 120 del Laudo de 21 de agosto de 2007, ARB/04/7, en: <http://icsid.worldbank.org>.

⁶⁶ Párr. 225 del Proyecto de Sentencia, depositada en el CIADI desde el junio de 2005, y comunicada a las Partes el 13 de septiembre de 2006, ARB/98/2.

en cuanto a Edersa, pero, por otra parte, señala que la aplicación de esta ley produjo daños a las inversiones a otros dos concesionarios. Del mismo modo, en calidad de parte demandada, Argentina fundamenta su objeción a la jurisdicción del CIADI en el caso *Total S. A.*, en la teoría del Derecho continental, a saber, la de “actos propios”, conocida en el Derecho internacional bajo el término de *common law estoppel*⁶⁷. A su vez, se apoya en los precedentes arbitrales de los años 20 y los más recientes precedentes en el marco del CIADI, tales como los casos *SGS v. Pakistán* y *SGS v. Filipinas*.

Por lo que respecta al caso *Vieira*, el principio de *estoppel* y la doctrina de los actos propios se invocan, de nuevo, en el contexto de las objeciones a la jurisdicción planteadas por Chile. La parte demandante afirma que “Chile renunció a su derecho para oponerse a la jurisdicción del CIADI, al haberse sometido al procedimiento de consultas amistosas a la luz del art. 10 del Acuerdo, reconociendo así la existencia de una controversia a la que debía aplicarse el mismo y, por ende, someterse para su solución a la jurisdicción del CIADI en caso de que las consultas amistosas fueran infructuosas”⁶⁸. El Tribunal arbitral cita el pasaje correspondiente de *Vieira* de su Memorial de Contestación:

“El *estoppel* puede ser considerado como la pérdida de derechos para un Estado que, debido a su actitud, ha creado una determinada situación jurídica, la cual llevó a otra persona a actuar en consecuencia. Así, dicho Estado se ve imposibilitado de manifestarse en sentido contrario a su primera actitud. Se apoya en el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios”⁶⁹.

De este modo, los ejemplos de la práctica del CIADI mencionados indican que el *estoppel* y la doctrina de actos propios se aplican de manera indistinta o complementaria.

2. Estoppel y renuncia

Junto con la doctrina de actos propios, la práctica del CIADI incorpora la institución de la renuncia (*waiver*). La referencia a la renuncia se plantea con frecuencia por los Estados demandados para evitar la jurisdicción del CIADI, más proteccionista en relación con el inversor, y remitir el asunto a los tribunales internos. Así, por ejemplo, en el caso *Total S. A.*, Argentina alega lo siguiente:

⁶⁷ Párr. 40 de la Decisión de 25 de agosto de 2006, ARB/04/1.

⁶⁸ Párr. 119 del Laudo de 21 de agosto de 2007, ARB/04/7.

⁶⁹ *Ibid.*

“According to the Respondent, the Claimant, by agreeing to a clause providing for exclusive jurisdiction of domestic courts, waived its consent to the jurisdiction of the ICSID to hear the dispute. Article 26 of the ICSID Convention provides for the exclusive jurisdiction of the Centre, ‘unless otherwise stated’”⁷⁰.

Recuérdese que, en este supuesto, Argentina sigue el razonamiento de Pakistán, en alegaciones similares. En el caso *SGS v. Pakistán*, el Estado demandado reitera una serie de objeciones contra el procedimiento ante el CIADI, basadas en las doctrinas de *lis pendens*, *waiver* y *estoppel*⁷¹. Como consta en la Decisión del Tribunal,

“Pakistan has argued that SGS waived its right to seek relief under the ICSID Convention when it initiated the Swiss legal proceedings... It also alleges estoppel on the same facts. But objections on waiver and estoppel assume that the causes of action and relief sought in the different proceedings are all identical. This is not so here and where there is no identity of cause of action or remedy sought, there can be no waiver or estoppel”⁷².

Otro ejemplo de invocación de las doctrinas del *estoppel* y la renuncia (*waiver*) aparece en el caso *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Hungría*⁷³, en que ambos conceptos se plantean contra la actuación del Estado. Se le deniega la posibilidad de alegar la ilegalidad y la no ejecución de los acuerdos suscritos. Al respecto, el laudo arbitral contiene la siguiente reflexión:

“These Agreements were entered into years ago and both parties have acted on the basis that all was in order. Whether one rests this conclusion on the doctrine of estoppel or a waiver it matters not”⁷⁴.

⁷⁰ Párr. 41 de la Decisión de 25 de agosto de 2006, ARB/04/1. “Según el Demandado, el Demandante, al aceptar una cláusula de jurisdicción exclusiva de los tribunales nacionales, renunció a su consentimiento a la jurisdicción del CIADI para conocer del litigio. El art. 26 del Convenio del CIADI establece la competencia exclusiva del Centro, ‘a menos que se indique lo contrario’ “. La traducción es de la autora.

⁷¹ *Vid.*, en particular, los párrs. 46, 47, 118 y 122 de la Decisión sobre objeciones a la jurisdicción de 6 de agosto de 2003, en el caso *SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Pakistán*, ARB/01/13, *ISCID Reports*, t. 8, p. 406–451.

⁷² Párr. 118. “Pakistán ha argumentado que, cuando se inició el procedimiento judicial en Suiza, SGS renunció a su derecho a buscar protección bajo las normas del Convenio del CIADI... También alega el *estoppel* en base a los mismos hechos. Pero las objeciones fundadas en la renuncia y el *estoppel* suponen que son idénticas las causas de la acción y la reparación que se solicita en los diferentes procesos. Esto no es así aquí, cuando no existe la identidad de causa de acción o solución que se pretende; en este caso, no puede haber ni renuncia ni *estoppel*”. La traducción es de la autora.

⁷³ Párr. 475 del Laudo de 2 de octubre de 2006, en el caso *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Hungría*, ARB/03/16, consultado en: <http://icsid.worldbank.org>.

⁷⁴ *Ibid.*

Por último, en el caso *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Jordania*, el Tribunal ilustra su razonamiento con una referencia al *estoppel* y a la renuncia (*waiver*). En concreto, según el Tribunal,

*“A claimant may be barred from bringing one alleged violation because of estoppel or from bringing another because of waiver”*⁷⁵.

En este supuesto, el Laudo se refiere a los dos como conceptos diferentes, pero que conducen a las mismas consecuencias.

Todo lo expuesto prueba que el *estoppel* y la renuncia pueden invocarse indistintamente para reforzar la coherencia en el comportamiento de las partes, tal y como se ha observado en la relación entre el *estoppel* y los actos propios.

3. *Estoppel* y acto unilateral del Estado

A diferencia de los actos propios y la renuncia, que se alegan en relación con los comportamientos y declaraciones tanto de los inversores como de los Estados, el acto unilateral tan solo puede vincular a un Estado. Así, de entrada, la esencia del acto unilateral reside en la actuación de la primera parte, autora de la declaración, y no en la confianza tácita de la segunda parte.

En este mismo sentido, el Relator Especial de la CDI sobre el tema de los actos unilaterales del Estado, V. Rodríguez Cedeño, en su tercer informe trazó la diferencia entre el *estoppel* y los actos unilaterales. En primer lugar, apuntó que...

*“... the characteristic element of estoppel was not the State’s conduct but the reliance of another State on that conduct [...] In one view, the fundamental factors in the case of estoppel was the conduct of the addressee whereas, conversely in the case of a unilateral act the addressee’s conduct added nothing, save in exceptions”*⁷⁶.

⁷⁵ Párr. 97 del Laudo de 18 de mayo de 2010, en el caso *Ata Construction, Industrial and Trading Company v. Jordania*, ARB/08/2, consultado en: <http://icsid.worldbank.org>. “Un demandante puede enfrentarse al impedimento para alegar una violación debido al *estoppel* o, para alegar otra, debido a la renuncia”. La traducción es de la autora.

⁷⁶ *Vid.* el párr. 27 del UN Doc. A/CN.4/505 de 2000, Tercer Informe de V. Rodríguez Cedeño, nombrado como Relator Especial en la 49ª Sesión de la CDI, en 1997. “... el elemento característico del *estoppel* no era la conducta del Estado, sino la confianza del otro Estado en esa conducta [...] Según una opinión, los factores fundamentales en el caso del *estoppel* eran la conducta del destinatario, mientras que, por el contrario, en el caso de un acto unilateral, la conducta del destinatario no añadía nada, salvo en supuestos excepcionales”. La traducción es de la autora.

En segundo lugar, el Relator Especial constató que el *estoppel* no es un acto en sí mismo, sino una situación que se produce como efecto de una serie de actos o circunstancias:

*“Estoppel was not, as such, either a unilateral or bilateral legal act, but a situation or an effect which was produced in certain circumstances in the context of both legal and ordinary acts and which had a specific impact on a legal relationship between two or more subjects of international law”*⁷⁷.

Asimismo, el *estoppel* no se considera como un acto, sea unilateral o bilateral, ni crea obligaciones jurídicas. En cambio, el acto unilateral supone tales obligaciones para su autor y, en este sentido, puede crear el *estoppel*. De este modo:

*“Estoppel could result from a unilateral act when that act had prompted by the addressee to base itself on the position expressed by the State that was the author of the act. Estoppel formed part of the topic in that it constituted one of the possible consequences of a unilateral act (addressed to the effects of unilateral acts). [...] it should be considered within the framework of the effects of unilateral acts”*⁷⁸.

Sin embargo, la distinción no parece tan nítida, teniendo en cuenta la notable dosis de ambigüedad que caracteriza a ambos conceptos. En cuanto a los actos unilaterales, en última instancia, su capacidad para crear efectos jurídicos reside en su carácter consensual o no consensual. La consideración exclusiva de la actuación del autor de la declaración se fundamenta tan solo en la voluntad del autor, y lleva a un enfoque de interpretación subjetivo⁷⁹. Asimismo, los actos unilaterales deben considerarse necesariamente en combinación con sus efectos, lo que nos sitúa en el ámbito de aplicación del *estoppel*.

La “delgada línea roja” que separa los dos conceptos es aún menos nítida en la práctica arbitral del CIADI. El caso *Vieira* es muy ilustrativo al respecto⁸⁰. En este supuesto, junto con el *estoppel*, se plantean

⁷⁷ *Ibid.* “El *estoppel* no era, como tal, un acto jurídico unilateral o bilateral, sino una situación o un efecto producido en determinadas circunstancias, en el contexto de actos jurídicos u ordinarios, y que tenía un impacto específico en una determinada relación jurídica entre dos o más sujetos del Derecho internacional”. La traducción es de la autora.

⁷⁸ *Ibid.* “El *estoppel* podría resultar de un acto unilateral cuando ese acto indujese al destinatario a basarse en la posición expresada por el Estado autor del acto. El *estoppel* formaba parte del tema en tanto en cuanto constituía una de las posibles consecuencias de un acto unilateral (remitiendo a los efectos de los actos unilaterales) [...] debe considerarse en el contexto de los efectos de los actos unilaterales”. La traducción es de la autora.

⁷⁹ *Vid.* M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, 2007, pp. 345–355.

⁸⁰ *Vid.*, en particular, los párrs. 167 a 196, del Laudo de 21 de agosto de 2007, ARB/04/7.

varios conceptos fronterizos, entre otros, los actos propios y la renuncia, pero, además, la aquiescencia y el acto unilateral del Estado. En particular, se lleva a cabo una interpretación de las actuaciones de Chile, con el fin de dotarlas de carácter concluyente, a efectos del reconocimiento de la jurisdicción del CIADI. La parte demandante alega el *estoppel*, basado en la firma de las actas de las consultas amistosas y la participación en estas. Asimismo, según la parte demandante, al haber realizado estos actos, Chile “reconoció el carácter de inversor extranjero de Vieira, así como la existencia de una controversia que, al no haber existido un arreglo sobre el fondo del asunto, se habilitó para ser sometida a la jurisdicción del CIADI”⁸¹. Mediante esta argumentación, Vieira pretende refutar la defensa del Estado chileno, basada en los informes de la CDI de la ONU sobre los actos unilaterales del Estado. En primer lugar, afirma que, tras las consultas y la firma del acuerdo amistoso, este se configuró como un acto bilateral y no unilateral. En segundo lugar, se fundamenta en las supuestas incoherencias en el planteamiento de la demandada. Así, al citar el caso de *Nottebom*, mencionado a su vez por el Relator Especial de la CDI en el Séptimo Informe sobre los actos unilaterales del Estado, en realidad invoca un párrafo favorable a la demandante que versa sobre la renuncia de los derechos y la aceptación de reclamaciones. Por último, alega que haya actuado de buena fe, en su perjuicio y en beneficio de Chile, sobre la base de las declaraciones y la conducta de esta durante las consultas amistosas.

Por su parte, Chile fundamenta su defensa en el concepto de los actos unilaterales del Estado y, especialmente, en el hecho indudable de que el consentimiento del Estado es necesario para que se genere una obligación. En el caso *Nottebom*, ya mencionado, se establece que el consentimiento a participar en negociaciones o la participación efectiva no entraña en sí misma la aceptación de la reclamación de la contraparte, “cuando no se hubiera expresado ese abandono o aceptación y cuando no surja indiscutiblemente de la actitud adoptada”⁸². Es más, de acuerdo con el art. 25.1º del Convenio de Washington, el consentimiento para la jurisdicción del Centro debe prestarse en forma escrita y no puede deducirse de un comportamiento, aquiescencia o silencio. Con todo, en este punto concreto, el Tribunal deniega la pretensión de Vieira formulada a través del principio del *estoppel* y la doctrina de los actos propios, y sostiene que las actuaciones de Chile de

⁸¹ Párr. 167.

⁸² Párr. 168.

ninguna manera pueden significar una aceptación incondicional a la jurisdicción del CIADI y, mucho menos, una renuncia para objetarla⁸³.

IV. Carácter procesal y sustantivo

1. Invocación en el contexto de la objeción a la jurisdicción

En su jurisprudencia, los tribunales británicos siguen, casi unánimemente, la tesis de que el *estoppel* es tan solo una regla de prueba (*rule of evidence*), aplicable en el ámbito procesal, y no puede ser una causa de acción (*cause of action*)⁸⁴. Del mismo modo, se niega al *estoppel* la naturaleza “ofensiva”, y se insiste en su carácter exclusivamente “defensivo”. Se dice, de manera metafórica, que el *estoppel* *uses as a shield, and not as a sword*. No obstante, como matiza al respecto R. Kolb, hay que distinguir entre los aspectos “defensivo” y “ofensivo” y los ámbitos de aplicación procesal y material⁸⁵. Es decir, el carácter “defensivo” no implica automáticamente la naturaleza procesal, y puede ser propio de una norma sustantiva.

Por analogía con el ámbito interno anglosajón, el *estoppel* en el Derecho internacional se emplea generalmente en la jurisprudencia, y se encuadra dentro de la teoría de la prueba. En este sentido, E. Pecourt García recuerda que el *estoppel* se configura como una imposibilidad de alegación⁸⁶. Asimismo, se conocen casos concretos de no admisibilidad de la prueba ante la jurisdicción internacional, a saber, la no admisibilidad, en primer lugar, de las pruebas “irrelevantes” para la solución del litigio y, en segundo lugar, de los hechos de pública notoriedad. Pero, además, ciertos hechos, aun siendo relevantes para el proceso, por determinadas circunstancias quedan adjetivados en el caso concreto, de modo que no pueden alegarse. En esta esfera se ubica el *estoppel* y, debido a esta ubicación, se afirma con frecuencia que es un principio procesal⁸⁷ o, al menos, en palabras de A. Remiro Brotons, que “sería bueno mantenerlo en el ámbito estrictamente proce-

⁸³ Párr. 206.

⁸⁴ *Vid.* explicaciones y ejemplos más detallados en E.J. Cooke, *op. cit.*, p. 24 ss y en *Spencer Bower*, p. 12; J. Cartwright, “Protecting Legitimate Expectations and Estoppel: English Law”, B. Fauvarque-Cosson, *op. cit.*, pp. 321–348, esp. p. 324 ss.

⁸⁵ R. Kolb, *op. cit.*, p. 385.

⁸⁶ E. Pecout García, “El principio...”, *loc. cit.*, p. 114.

⁸⁷ “*Estoppel is, nowadays, regarded as a general principle of international procedural law*”, *cf.* L.O. Baptista, “Parallel arbitrations – Waivers and estoppel”, en B.M. Cremades y J.D.M. Lew (eds.), *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, International Chamber of Commerce, París, 2005, p. 135.

sal si queremos garantizar un aparato conceptual operativo y una función específica, aunque residual, dentro del Derecho internacional”⁸⁸.

En su vertiente procesal, en que se manifiesta su carácter preferentemente defensivo, el *estoppel* se invoca con mayor frecuencia en el contexto de la objeción a la jurisdicción del CIADI. Las pretensiones de las partes basadas en el *estoppel* se analizan en numerosas decisiones sobre la jurisdicción de los tribunales arbitrales al respecto, como, por ejemplo, las adoptadas en los casos *AMCO v. Indonesia*, de 25 de septiembre de 1983; *Ceskoslovenska Obchodni Banka S.A. v. Eslovaquia*, de 24 de mayo de 1999; *SGS S.A. v. Pakistán*, de 6 de agosto de 2003; *SGS S.A. v. Filipinas*, de 29 de enero de 2004; *Camuzzi Internacional S.A. v. Argentina*, de 10 de junio de 2005; *Total S.A. v. Argentina*, de 25 de agosto de 2006; *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd v. Malasia*, de 17 de mayo de 2007; *Waguhi Elie George Saig and Clorinda Vecchi v. Egipto*, de 11 de agosto de 2007, y *Gobierno de la Provincia de Kalimantan Oriental v. PT Kaltim Prima Coal Rio Tinto PLC, BP P.L.C., Pacific Resources Investment Limited BP International Limited, Sangatta Holding Limited, Kalimantan Limited*, de 28 de diciembre de 2009.

Con carácter general, los argumentos basados en el *estoppel* se invocan por las partes para completar o reforzar las disposiciones sobre la jurisdicción del CIADI de los arts. 25 a 27 del Convenio de Washington de 1965⁸⁹. Uno de los más frecuentes es el relativo a la ante-

⁸⁸ A. Remiro Brotóns, *Derecho internacional*, Valencia, 2007, p. 309.

⁸⁹ El Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, por el que se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento [el Banco Mundial (BM)] y sometido a los gobiernos de los Estados miembros del BM para su consideración el 18 de marzo de 1965. El Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países. En la fecha de 1 de octubre de 2011, el Convenio cuenta con 157 Estados firmantes y 147 Estados que han depositado el instrumento de ratificación. Consultado en: <http://icsid.worldbank.org>. Tal y como dispone el Capítulo II sobre la Jurisdicción del Centro, “(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado. (2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”: (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del art. 28 o en el apartado (3) del art. 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la naciona-

rior sumisión de la diferencia a otros tribunales. Así, en el caso *SGS S.A. v. Pakistán*, el Estado, por un lado, alega que, en virtud del art. 26 del Convenio de Washington, el tribunal CIADI carece de competencia si las partes han acordado someter la diferencia a otros tribunales y, por otro, añade que la SGS renunció a su derecho a someter la diferencia al CIADI cuando inició el procedimiento en Suiza, e invoca el *estoppel* paralelamente con la renuncia⁹⁰. El Tribunal desestima la pretensión de Pakistán, al considerar que la causa de acción en los distintos procedimientos también es distinta y, por lo tanto, no cabe ni renuncia ni *estoppel*.

De la misma manera, en el caso *Camuzzi International S.A. v. Argentina*, el Estado se apoya en el hecho de que las “compañías involucradas decidieron someter las cuestiones litigiosas a otros tribunales”⁹¹. Este argumento forma parte de una serie de alegaciones relacionadas con los requisitos del art. 25, tales como la inexistencia de una disputa de naturaleza jurídica, la falta de *ius standi* de la parte

alidad del Estado parte en la diferencia; y (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero. (3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que este notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria. (4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior (art. 25).

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio (art. 26).

(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo. (2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia (art. 27)”.

⁹⁰ Párrs. 48 y 118 de la Decisión sobre la Objeción a la jurisdicción, de 6 de agosto de 2003, ARB/01/13, en: <http://icsid.worldbank.org>

⁹¹ Párr. 15 de la Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, de 10 de junio de 2005, ARB/03/7, en: <http://icsid.worldbank.org>

demandante, la inmadurez de la reclamación y la validez cuestionable del consentimiento de Argentina.

Representa un supuesto similar el caso *Total S.A. v. Argentina*. Según lo alegado por Argentina, la parte demandante renunció a la jurisdicción del CIADI, al haber suscrito la cláusula de la competencia de los tribunales nacionales⁹². Argentina concluye que

*“Total has waived its consent to arbitrate under the ICSID Convention by agreeing to a clause recognizing a different jurisdiction. As a result, the written consent required by Article 25 of the ICSID Convention is lacking as to the Claimant since it has consented instead to accept the jurisdiction of the domestic courts”*⁹³.

En este caso, sirven de precedentes para el Estado demandado los antes citados *SGS v. Pakistán* y *SGS v. Filipinas*.

El caso *Cobierno de la Provincia de Kalimantan Oriental v. PT Kaltim Prima Coal y otros* resulta interesante porque, a diferencia de la mayoría de los supuestos ante el CIADI, se inicia por el Gobierno de una Provincia de Jordania contra personas jurídicas. En este supuesto, ambas partes del arbitraje alegan el *estoppel*.

*“On the one hand, the BP/Rio Tinto Respondents argue that the GPEK is estopped from asserting any right under the Framework Agreement as it sought to annul the Agreement. On the other hand, the Claimant submits that the Respondents are estopped from raising lack of jurisdiction because of the position they took in the proceedings before the Indonesian courts”*⁹⁴.

El Tribunal decide abordar los argumentos del Gobierno en primer lugar, ya que, según su criterio, las alegaciones de la parte demandada adquieren relevancia solo si prosperan las pretensiones del Gobierno basadas en el *estoppel*.

⁹² Párr. 41 de la Decisión sobre la objeción a la jurisdicción, de 25 de agosto de 2006, ARB/04/1, en: <http://icsid.worldbank.org>

⁹³ *Ibid.* “Total ha renunciado su consentimiento para el arbitraje bajo el Convenio del CIADI al acordar una cláusula que reconoce una jurisdicción diferente. En consecuencia, falta la aceptación escrita requerida por el art. 25 del Convenio del CIADI, debido a que el Demandante aceptó la jurisdicción de los tribunales nacionales”. La traducción es de la autora.

⁹⁴ Parr. 203 la Decisión sobre la jurisdicción, de 28 de diciembre de 2009. “Por un lado, los Demandados *BP / Rio Tinto* sostienen que el GPEK no pueden hacer valer cualquier derecho derivado del Acuerdo Marco, cuando trató de anular el acuerdo. Por otro lado, el Demandante alega que los Demandados perdieron el derecho a plantear la falta de jurisdicción, debido a la posición que adoptaron en el procedimiento ante los tribunales de Indonesia”. La traducción es de la autora.

Como se demuestra al final, los argumentos del Gobierno no se aceptan. Es más, el Tribunal añade que, aun admitiendo el *estoppel*, nada hubiera podido argumentar contra la falta de requisitos según el art. 25 del Convenio de Washington, perfectamente explícitos en lo relativo a las subdivisiones de un Estado. Con todo, el Tribunal llega a la conclusión de la falta de competencia en este caso⁹⁵.

2. Implicación en las cuestiones de fondo

En el ámbito anglosajón, un indicio de cambio en el planteamiento del *estoppel* con carácter “defensivo” se anuncia en el conocido caso *Central London Property Trust Limited v. High Trees House Limited*, que contribuye a la consolidación de la forma de *promissory estoppel*⁹⁶. En este asunto, Lord Denning afirma:

*“The courts have not gone so far as to give a cause of action in damages for the breach of such promise, but they have refused to allow the party making it to act inconsistently with it. It is in that sense and that sense only, that such a promise gives rise to an estoppel”*⁹⁷.

De este modo, aun sin atreverse a apoyar expresamente la aplicación del *estoppel* como causa de acción, Lord Denning sugirió la conveniencia de explorar este camino. La sugerencia se fundamentaba en varias razones: en primer lugar, en la propuesta de revisión de la ley correspondiente que había planteado el Comité de Revisión en 1937; en segundo lugar, en las tendencias de evolución de la propia institución, que había ganado terreno desde los tiempos de los casos clásicos y, por último, en el Derecho norteamericano, que se había encaminado en esta dirección⁹⁸. Con carácter más reciente, el jurista norteamericano G. Maggs afirma que los jueces crearon las distintas doctrinas del *estoppel* para prevenir las injusticias, tanto en el ámbito procesal como material. En efecto, el *estoppel* está firmemente establecido e incorporado en el ordenamiento jurídico norteamericano, y

⁹⁵ Parr. 218.

⁹⁶ *Central London Property Trust Limited v. High Trees House Limited* [1947], KB 130. El asunto introduce el principio de *High Trees*, también conocido como *promissory estoppel*.

⁹⁷ *Central London Property Trust Limited v. High Trees House Limited* [1947], KB 130, p. 134. “Los tribunales no han ido tan lejos como para dar una causa de acción por daños y perjuicios por el incumplimiento de esta promesa, pero se han negado a permitir que la parte que la emite actúe de manera incompatible con ella. En ese sentido, y solo en ese, tal promesa da lugar a un *estoppel*”. La traducción es de la autora.

⁹⁸ E.J. Cooke, *op. cit.*, p. 36.

“...no one seriously contemplates doing away with what the Suprem Court has called the ‘venerable doctrine of estoppel’”⁹⁹.

Según este autor, el *estoppel* puede crear una causa de acción o generar otros derechos no previstos en la legislación, aunque, con más frecuencia, su función consiste en impedir a la parte formular determinadas pretensiones legales¹⁰⁰. Debe añadirse, al respecto, que no solo la práctica norteamericana ha potenciado la aplicación del *estoppel* como causa de acción. La misma línea se ha desarrollado en el Derecho australiano¹⁰¹.

Por lo que se refiere al Derecho británico, los ejemplos del uso “ofensivo” del *estoppel* se observan dentro de la forma del *proprietary estoppel*¹⁰². La doctrina correspondiente sostiene que, si una persona ha actuado en su perjuicio bajo el convencimiento de que otra persona le había transmitido o iba a transmitirle ciertos derechos de propiedad, esta segunda persona no puede insistir en sus derechos de propiedad, si tal insistencia entra en contradicción con el convencimiento sobre la situación que tiene la primera persona. Con el paso del tiempo, esta forma deja de referirse tan solo a la propiedad, y empieza a aplicarse en el contexto más amplio de las obligaciones comerciales¹⁰³.

Junto con la extensión de la aplicación del *estoppel* como “causa de acción”, se replantea también su ámbito de acción meramente procesal. De este modo, se llega a la conclusión de que el posicionamiento

⁹⁹ “Nadie contempla seriamente la supresión de lo que el Tribunal Supremo ha llamado la ‘venerable doctrina del *estoppel*’ “. La traducción es de la autora. G.E. Maggs, “Estoppel and Textualism”, in J.C. Reitz y D.S. Clark (eds.), *Am J. Comp. L.*, vol. 54 (supplement: *American Law in the 21st Century: U.S. National Reports to the XVIIth International Congress of Comparative Law*) 2006, 167–186, p. 171. *Vid.*, también, G.E. Maggs, “Report concerning the United States of America”, B. Fauvarque–Cosson, (dir.), *op. cit.*, 415–444.

¹⁰⁰ G.E. Maggs, “Estoppel and Textualism”, *loc. cit.*, pp. 183 y 184.

¹⁰¹ *Spencer Bower*, p. 22; Ph. Pimsolle, “Distinction entre le principe de l’estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international”, *Journ. dr. int.*, 4, 1998, pp. 915–918, en B. Fauvarque–Cosson, “Rapport Général”, B. Fauvarque–Cosson (dir.), *op. cit.*, pp. 22–23.

¹⁰² E.J. Cooke, *op. cit.*, p. 42 ss. Este autor sostiene que el caso *Taylor’s Fashion Ltd. v. Liverpool Victoria Trustees Co. Ltd.* es, probablemente, el asunto más significativo del siglo XX para ilustrar la operatividad del *proprietary estoppel*. *Vid.*, también, sobre el concepto del *proprietary estoppel* J. Cartwright, “Protecting Legitimate Expectation and Estoppel in English Law”, *Electronic J. Comp. L.*, vol. 10, n° 3, 2006, pp. 4–5.

¹⁰³ E.J. Cooke, *op. cit.*, pp. 51 ss. *Vid.*, también, los ejemplos de la jurisprudencia que cita la autora. En cambio, Cartwright insiste en la aplicación de la doctrina de *proprietary estoppel* en el marco del derecho de propiedad. J. Cartwright, “Protecting Legitimate Expectation and Estoppel in English Law”, *Electronic J. Comp. L.*, vol. 10, n° 3, 2006, p. 4.

del *estoppel* dentro del procedimiento probatorio no implica su naturaleza exclusivamente procesal. Es más, en la doctrina del Derecho internacional, hay autores que lo califican, sin duda alguna, como una norma de carácter sustantivo¹⁰⁴. Así, F. Jiménez García sostiene, con razón, que el *estoppel*, debido a su naturaleza de principio general del Derecho, no solo actúa como una mera excepción perentoria de inadmisibilidad, que impide al tribunal en cuestión conocer sobre el asunto, sino que constituye un argumento de fondo relativo a los derechos de las partes implicadas. De ahí que resulte imposible mantener en términos absolutos que el *estoppel* solo puede entrañar excepciones y nunca acciones¹⁰⁵.

Hay quién afirma que todo ello conlleva “la peligrosa desorbitación”¹⁰⁶ del concepto en la práctica jurisprudencial, que hace que se le dote de una virtualidad que supera sus propios límites. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la misma tendencia experimenta todo principio jurídico, dotado, por su naturaleza, de cierto grado de indeterminación. Como todo principio, al aplicarse a supuestos concretos, el *estoppel* entra en contacto con una realidad mucho más compleja que la hipótesis doctrinal en la que se encuadró.

Asimismo, la aplicación del *estoppel* en la práctica del CIADI no se reduce exclusivamente al ámbito procesal. En muchos supuestos, las cuestiones preliminares y de jurisdicción se vinculan directamente con el fondo del asunto. Tal circunstancia se debe a la difícil distinción entre lo procesal y lo material en un caso determinado pero, ante todo, a la dualidad del concepto de *estoppel*. Lo pone de manifiesto la argumentación de la parte demandada en el caso *Wast Management Inc. v. México*. El Estado mexicano constata que,

“... al decidir si un tribunal internacional tenía o no competencia, debería exigirse de dicho tribunal que decidiera alguna cuestión que también se vinculara con el fondo”.

Citó a este respecto *The Sennar*, una decisión de la Cámara de los Lores de Inglaterra. En dicho caso, una cuestión decidida por una corte danesa, que rechazó la competencia, se tomó como *res judicata* en los procedimientos sobre el fondo en una Corte de Inglaterra. Al respecto, Lord Brandon expresó lo siguiente:

¹⁰⁴ D. Bowett, *loc. cit.*, p. 176; E. Pecourt García, “El principio...”, p. 115.

¹⁰⁵ F. Jiménez García, *op. cit.*, pp. 245 ss.

¹⁰⁶ En este punto, sigo el razonamiento de E. Pecourt García, “El principio...”, *loc. cit.*, p. 118.

"The argument ... was that the judgement of the Dutch Court of Appeal was procedural in nature, in that it consisted only of a decision that a Dutch court had no jurisdiction to entertain and adjudicate on the appellants' claim, and did not pronounce in any way on the question whether the claim itself, or any substantive issue in it... would succeed or fail. In my opinion, this argument is based on a misconception with regard to the meaning of the expression 'on the merits' as used in the context of the doctrine of issue estoppel... Looking at the matter negatively a decision on procedure along is not a decision on the merits. Looking at the matter positively a decision on the merits is a decision which establishes certain facts proved or not in dispute, states what are the relevant principles of law applicable to such facts and expresses a conclusion with regard to the effect of applying those principles to the factual situation concerned. If the expression 'on the merits' is interpreted in this way... there can be no doubt whatever that the decision of the Dutch Court of Appeal in the present case was a decision on the merits for the purposes of the application of the doctrine of issue estoppel..."¹⁰⁷.

En la misma línea de ideas, que obliga a conectar los argumentos procesales y de fondo, se pronuncia el Tribunal en el caso *Camuzzi International S.A. v. Argentina*. El Tribunal desestima la pretensión del Estado demandado basada en el *estoppel*. En esta etapa procesal, considera *prima facie* que Argentina

"... no aportó elementos suficientes para demostrar la posible existencia de los elementos constitutivos del estoppel en relación con el asunto relativo a la jurisdicción y competencia del Tribunal. Los argumentos de la Demandada a este respecto y los elementos fácticos pertinentes están relacionados con el fondo de la controversia y, por ende, serán examinados cuando el Tribunal examine el fondo del asunto"¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Párr. 45 de la Decisión del Tribunal sobre la Objeción Preliminar de México relativa al Procedimiento Previo, de 26 de junio de 2002, en el caso *Wast Management Inc. v. México*, ARB(AF)/00/3, en: <http://icsid.worldbank.org>. "El argumento fue que... la sentencia de la Corte de Apelación holandesa poseía naturaleza procesal, por lo que consistía solo en una decisión de que un tribunal holandés no tenía competencia para conocer y pronunciarse sobre la demanda de los recurrentes, y no se pronunció, en modo alguno, sobre la cuestión de si la propia demanda, o cualquier otra cuestión de fondo en ella... tendría que prosperar o no. En mi opinión, este argumento se basa en una concepción errónea con respecto al significado de la expresión 'sobre el fondo' que se utiliza en el contexto de la doctrina del *issue estoppel*... Viendo el asunto negativamente, una decisión sobre el procedimiento no es una decisión sobre el fondo. Viendo la cuestión de manera afirmativa, una decisión sobre el fondo es la que establece ciertos hechos probados o no en el conflicto, afirma cuáles son los principios jurídicos pertinentes aplicables a tales hechos y expresa una conclusión con respecto a los efectos de la aplicación de estos principios a la situación de hecho de que se trate. Si la expresión 'sobre el fondo' se interpretase de esta manera... no podría haber ninguna duda de que la decisión de la Corte de Apelación holandesa en el presente caso fue una decisión de fondo, a los efectos de la aplicación de la doctrina *issue estoppel*...". La traducción es de la autora.

¹⁰⁸ Párr. 64 de la Decisión sobre excepción a la jurisdicción, de 10 de junio de 2005, ARB/03/7, en: <http://icsid.worldbank.org>.

El caso *Waguih Elie George Saig and Clorinda Vecchi v. Egipto* contiene otro ejemplo de remisión al fondo de la alegación contra la jurisdicción basada en el *estoppel*. Primero la parte demandante, y después el propio Tribunal, en su Decisión sobre la jurisdicción, consideran que las disposiciones del art. 25 del Convenio de Washington contienen elementos exhaustivos para determinar las cuestiones de competencia y, por tanto, no procede introducir elementos adicionales de *estoppel*. El Tribunal concluye:

*“Such matters should be addressed at the merits stage. For these reasons the Tribunal finds that the estoppel arguments raised by Respondant as objections to jurisdiction are not upheld. Since these issues are more properly matters for the merits...”*¹⁰⁹.

Por último, puede citarse el caso *Marvin Feldman v. México*, en que el demandante alegó el *estoppel* en relación con el plazo de prescripción y el mismo fundamento de la reclamación¹¹⁰. En este supuesto, en su Decisión Provisional, el Tribunal Arbitral remitió al fondo del asunto una serie de alegaciones del demandante basadas en el *estoppel*. Y, posteriormente, en el Laudo arbitral, recalcó la ampliación de invocación del *estoppel* a la base misma de la reclamación, y analizó las líneas de argumentación de las partes al respecto.

Esencialmente, el demandante alega haber mantenido una serie de reuniones con funcionarios de la SHCP de mediano y alto rango, para tratar el tema de la reanudación de las exportaciones de cigarros de CEMSA bajo el régimen de devolución del IEPS. Durante dichas reuniones, la administración fiscal mexicana le dio garantías verbales¹¹¹. Asimismo, en relación con el *estoppel*, sostiene que una declaración acerca de cómo se aplica una ley es una declaración de hecho, pero, acto seguido, matiza que tal distinción, a saber, entre una declaración de hecho y de derecho, no resulta relevante para el Derecho internacional. Según la demandante, puede utilizarse el *estoppel* para negar ambas declaraciones, así como sus consecuencias legales.

¹⁰⁹ Párrs. 67, 101 y 212 de la Decisión sobre la objeción a la jurisdicción, de 11 de agosto de 2007, en el caso *Waguih Elie George Saig and Clorinda Vecchi v. Egipto*, ARB/05/15, en: <http://icsid.worldbank.org>. “Tales cuestiones deberían abordarse en la etapa de fondo. Por estas razones, el Tribunal considera que no proceden los argumentos de *estoppel* planteados por los Demandados como objeciones a la jurisdicción. Así, estas cuestiones son más bien pertinentes al fondo del asunto”. La traducción es de la autora.

¹¹⁰ *Vid.* el capítulo “G” *Cuestiones adicionales de jurisdicción, en particular*, G.1 “El *estoppel* en relación con el plazo y el fundamento de la reclamación”, el párr. 53 ss del Laudo de 16 de diciembre de 2002, en el caso *Marvin Feldman v. México*, ARB(AF)/99/1, en: <http://icsid.worldbank.org>.

¹¹¹ Párr. 55 del Laudo.

“El Derecho fiscal local no tiene la función ni autoridad para establecer o refutar la teoría del *estoppel*. La doctrina del *estoppel*, basada en el interés jurídico fundamental de la previsibilidad, la seguridad y la consistencia, es de particular importancia en el contexto del TCLAN, sistema concebido para proteger y promover el comercio y la inversión entre las partes”¹¹².

En su defensa, México niega que se haya llegado a cualquier acuerdo verbal y, a su vez, matiza que, si hubiese existido un acuerdo oral, este no tendría efectos jurídicos de conformidad con el Derecho mexicano¹¹³. El demandado insiste en que, de conformidad con los sistemas fiscales de los tres países miembros del TCLAN, los contribuyentes no pueden argumentar un *estoppel* para evitar la aplicación de las leyes fiscales. En términos generales, el *estoppel* tiene un efecto únicamente por lo que se refiere a las declaraciones de hechos, no a la interpretación del Derecho. En este caso, el supuesto *estoppel* resulta no de las declaraciones de hecho, sino de las declaraciones, si las hubo, relativas al significado del IEPS en un acuerdo sobre el método utilizado para calcular el IEPS. México pretende contrarrestar la pretensión del demandante mediante la deducción del criterio adoptado por los tres países del TCLAN en materia de *estoppel*, que podría ser de relevancia para considerar el *estoppel* en Derecho internacional:

“En México, solo es vinculante una resolución escrita emitida por la SHCP para resolver una situación real y concreta en materia de derecho fiscal. En Canadá, un funcionario gubernamental no puede crear un *estoppel* en relación con la interpretación de una ley. En los Estados Unidos, una interpretación errónea de la ley por parte de las autoridades fiscales no les impide recaudar un impuesto aplicable”¹¹⁴.

En vista de los argumentos expuestos, el Tribunal se remite a los arts. 1117 (2) y 1116 (2) del TCLAN, que establecen una excepción relativa a la prescripción “clara y rígida”¹¹⁵. Así, el sistema jurídico del TCLAN restringe la posibilidad del arbitraje a un período de tres años. Por supuesto, el reconocimiento de la reclamación objeto de la diferencia por parte del órgano competente a tal efecto, y en la forma prescrita por la ley, interrumpiría el plazo de prescripción. Pero cualquier otro comportamiento del Estado solo podría hacerlo en circunstancias excepcionales, que incluyen “un comportamiento sostenido, uniforme, consecuente y efectivo de los órganos estatales competentes... que reconocerán la existencia y, posiblemente también, el monto

¹¹² Párr. 60 del Laudo.

¹¹³ Párr. 56 del Laudo.

¹¹⁴ Párr. 61 del Laudo.

¹¹⁵ Párr. 63.

de la reclamación”¹¹⁶. Según el Tribunal, no se han presentado circunstancias de esta índole.

3. Eficacia

Tras el análisis llevado a cabo en este estudio, cabe plantearse qué repercusión ha tenido el *estoppel* en los laudos de los tribunales arbitrales del CIADI. Por supuesto, lo primero que hay que reconocer al respecto es que las referencias al concepto se han hecho con bastante frecuencia, sobre todo en la práctica más reciente, pese a que la institución suscita polémica tanto en el ámbito originario del Derecho anglosajón, como en el de acogida, del Derecho internacional. Resulta evidente, por tanto, que el *estoppel* representa un instrumento no despreciable para las partes en el arbitraje de inversión. Debe señalarse que incluso se han perfilado casos paradigmáticos que sirven de precedente y de referencia para los arbitrajes de los últimos años, junto con la doctrina y las sentencias de la CIJ clásicas en la materia. Entre éstos, cabe mencionar los casos *AMCO* y *SGS*.

Ahora bien, las decisiones y laudos en los que el *estoppel* realmente ha jugado un papel relevante o, al menos, ha merecido un análisis más o menos detallado del tribunal arbitral, son escasos en comparación con aquellos en los que simplemente se ha mencionado. Junto con los precedentes ya citados, pueden servir de ejemplo los siguientes: *Tanzania El. Supply Company Ltd. v. Tanzania*; *Marvin Feldman v. México*; *Camuzzi International S.A. v. Argentina*; *Sociedad Anónima Eduardo Viera v. Chile*; *Desert Line Projects LLC v. Yemen y Gobierno de la Provincia de Kalimantan Oriental v. PT Kaltim Prima Coal*.

En todos estos, el *estoppel* se ha invocado en el contexto de la objeción a la jurisdicción y se ha considerado por los tribunales arbitrales como objeto de estudio del fondo. No obstante, los árbitros han desestimado sistemáticamente las alegaciones de las partes basadas en el *estoppel*. Así, en las cuestiones de competencia, el *estoppel* no ha servido para evitar la jurisdicción del CIADI, ni tampoco para apoyar las pretensiones de fondo, generalmente por falta de pruebas suficientes en cuanto a los elementos constitutivos del concepto, como lo aprecia el Tribunal en el caso *Camuzzi v. Argentina*¹¹⁷. En algunos supuestos, como el caso *Marvin Feldman v. México*, no se ha probado el elemen-

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Párr. 64 de la Decisión sobre excepción a la jurisdicción, de 10 de junio de 2005, ARB/03/7, en: <http://icsid.worldbank.org>.

to primario o “comportamiento prolongado, uniforme, consistente y efectivo de los órganos del Estado”; en otros, como en el *SGS v. Filipinas*, la confianza depositada por parte de Filipinas en las declaraciones de la SGS; por último, como en el caso *AMCO v. Indonesia*, el daño causado a la segunda parte o el beneficio de la primera.

Curiosamente, de manera inversa a los ejemplos citados arriba, el *estoppel* no sirvió al Gobierno de una provincia de Indonesia para apoyar sus pretensiones. En este caso, de nuevo salió beneficiada la persona jurídica. Aunque, también es cierto que el *estoppel* no ha jugado el papel decisivo para la decisión del Tribunal sobre falta de su competencia en el asunto.

Sin embargo, en el caso *Desert Line Projects LLC v. Yemen*, el Tribunal aplica el *estoppel* para apoyar la pretensión de la parte demandante. En el laudo de 6 de febrero de 2008, concluye:

“... the Arbitral Tribunal holds that the Respondent cannot claim benefit from the nullity of a document –i.e. the Settlement Agreement– that it imposed on the Claimant. In the present case, the doctrine of estoppel (*venire contra factum proprium*) serves as a shield to prevent the Respondent from obtaining compensation for the failure of the Claimant to execute its maintenance and repair obligations as well as for its failure to maintain the two bank guarantee”¹¹⁸.

Finalmente, cabe preguntarse: ¿para qué debe ser eficaz el *estoppel*? “Porque la eficacia es la virtud que un utensilio tiene para producir una finalidad”¹¹⁹. En este caso, la finalidad del principio de *estoppel* consiste en mantenerlo en reserva y no recurrir a él a menudo. Hay que reconocer que existe una cierta contradicción entre la frecuencia con que las partes invocan el *estoppel* ante los tribunales CIADI y la relevancia del recurso a la institución para las decisiones y laudos de los tribunales. Debe asumirse que los tribunales son bastante reticentes a la hora de crear unos precedentes concluyentes en la materia, tanto favorables a los Estados como a los inversores extranjeros.

¹¹⁸ Párr. 224 de Laudo de 6 de febrero de 2008, en el caso *Desert Line Projects LLC v. Yemen* ARB/05/17, consultado en la Web CIADI: <http://www.worldbank.org/icsid/>. “...el Tribunal Arbitral sostiene que el Demandado no puede pretender beneficiarse de la nulidad de un documento – v.gr., the Settlement Agreement – que se impuso al Demandante. En el caso presente, la doctrina del *estoppel* (*venire contra factum proprium*) sirve como un escudo para evitar que el Demandado obtenga una compensación por el hecho de la falta, por parte del Demandante, para ejecutar y cumplir sus obligaciones, así como por su falta de mantenimiento de las dos garantías bancarias”. La traducción es de la autora.

¹¹⁹ Parafraseando a J. Ortega y Gasset en su discurso sobre el Parlamento: J. Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas*, Madrid, El País, Clásicos del siglo XX, 2002, p. 193.

VI. Conclusiones

La aplicación del *estoppel* en los ámbitos interno, internacional público y “mixto”, a saber, en los sistemas jurídicos anglosajón, internacional y del CIADI, presenta sus diferencias y similitudes y, además, experimenta una evolución constante, como la propia práctica jurisprudencial o arbitral. En efecto, los pronunciamientos de los tribunales de justicia y de arbitraje son las fuentes principales, y casi exclusivas, del material empírico para el análisis inductivo de la institución del *estoppel*.

En el sistema anglosajón, originario del *estoppel*, la institución ha alcanzado una sofisticación difícilmente concebible en los otros dos sistemas, y una pluralidad de categorías que imposibilita la elaboración de un concepto marco o, en términos más gráficos, de un “techo” para las numerosas “habitaciones” del edificio. Del mismo modo, su ámbito de aplicación, inicialmente procesal, queda desbordado por incursiones constantes a las cuestiones materiales y las pretensiones, cada vez menos discutidas, de servir no solo de medio de prueba, sino también de “causa de acción”, generadora de derechos y obligaciones. El papel “ofensivo” del *estoppel* se potencia en la práctica jurisprudencial de Estados Unidos y Australia.

En cambio, la categoría del *estoppel by representation* constituye el núcleo para la elaboración de un concepto único, y sirve de modelo asimilado en el Derecho internacional. El enfoque internacionalista del *estoppel* se construye en torno a los elementos constitutivos del concepto, que se caracteriza por una doble vertiente: en primer lugar, la situación susceptible de *estoppel*, y, en segundo lugar, el efecto o la consecuencia de la situación. Entre los elementos constitutivos de la situación susceptible de *estoppel*, se perfilan el elemento *primario*, o una declaración o comportamiento claro e inequívoco de una parte, y el elemento *secundario*, o una confianza efectiva, legítima y de buena fe de la otra parte, directamente basada en el comportamiento de la primera, que acarrea daños o perjuicios para la segunda. En cuanto a la consecuencia o el efecto de la situación descrita, consiste en la imposibilidad por la parte que realizó la declaración o adoptó el comportamiento primario de oponerse al mismo, o de pronunciarse en sentido contrario.

Al igual que en el sistema anglosajón, ha resultado infructuoso en el internacional el intento de mantener el *estoppel* en el ámbito exclusivamente procesal. Se ha configurado y aplicado como una norma de

Derecho sustantivo, especialmente en las numerosas controversias territoriales entre los Estados. Eso sí, ha necesitado apoyarse en otros principios generales, como la buena fe o la *res judicata*, u otros conceptos fronterizos, como la aquiescencia o los actos unilaterales del Estado. En definitiva, el *estoppel* se ha reconocido como un principio general del Derecho internacional que, desde mi punto de vista, escapa al concepto del art. 38.1º.c), particularmente de la conexión obligatoria con el sistema jurídico anglosajón, pero no llega a alcanzar el valor de la norma consuetudinaria, a falta de *opinio juris*.

El sistema del CIADI es un fruto del desarrollo del Derecho internacional más reciente, que ilustra la tendencia moderna hacia el pluralismo de los sujetos del Derecho internacional y el aumento de los campos de actuación de los particulares, personas físicas y jurídicas. Además, es cierto que los árbitros llamados a aplicar las normas en materia de inversiones extranjeras muestran una mayor inclinación hacia el Derecho interno y, por ende, al interés del inversor, y una menor sensibilidad por el interés del Estado. No obstante, la práctica de los tribunales arbitrales del Centro de los últimos años ha potenciado el papel del Derecho internacional público. Valga recordar el marco general que proporciona el Convenio de Washington y el derecho aplicable, que incluye los Convenios bilaterales de protección y promoción de las inversiones (APPRI). No es infrecuente encontrar entre las fuentes objeto de análisis de los tribunales la Convención de Viena de 1969, la costumbre internacional o los principios generales del Derecho internacional.

En la práctica del CIADI, el *estoppel* queda afectado por la naturaleza mixta de la institución, y presenta tanto las características propias del concepto en el Derecho interno, como en el Derecho internacional público. En primer lugar, admite los ámbitos de aplicación tanto procesal como material, permitiendo, con mucha frecuencia, establecer un puente entre ambos. De este modo, es habitual que se invoque en el contexto de la objeción a la jurisdicción del CIADI, y se remita por el propio tribunal arbitral al fondo del asunto. En segundo lugar, se conecta con otros conceptos del Derecho interno de contenido análogo o idéntico en los distintos sistemas jurídicos nacionales (la preclusión, la renuncia o los actos propios). Del mismo modo, en algunos supuestos, tiende a precisarse mediante la referencia a una categoría concreta de *estoppel* del Derecho anglosajón (*estoppel by representation, promissory estoppel* etc.). En tercer lugar, los arbitrajes del CIADI rehúyen el exceso de tecnicismo en el análisis del *estoppel*. Se centran habitualmente en la comprobación de los ele-

mentos constitutivos. De hecho, la causa más frecuente de desistimiento del *estoppel* es la ausencia o la ausencia de prueba de uno de estos elementos (el comportamiento primario claro e inequívoco, la confianza de la segunda parte, o los daños resultantes para la misma).

En fin, el *estoppel* en los arbitrajes del CIADI se configura como un principio general aplicable, por tanto, en las relaciones entre el inversor y el Estado receptor, pero carente de los matices propios del Derecho anglosajón. Sin embargo, como hemos visto, las particularidades de cada caso concreto determinan su grado de desarrollo y precisión.

Por lo que se refiere a la implicación en la práctica del Centro, se observa una clara tendencia hacia el aumento de alegaciones basadas en el *estoppel*, especialmente por parte de los inversores privados, que debe contrastarse con la escasez de su repercusión en los laudos finales. En realidad, no es nada sorprendente, teniendo en cuenta la naturaleza del principio y su potencial capacidad para corregir los efectos de las normas escritas u oponerse a su aplicación. Sin embargo, la insistencia con la que las partes vuelven a alegar el principio tendrá sus efectos a largo plazo, y contribuirá a una mayor precisión del *estoppel* en el marco del arbitraje de inversión.