

## **Declaración del árbitro Santiago Torres Bernárdez sobre la inadmisibilidad de la Demanda del Demandante**

1. Este árbitro ha votado en favor del Laudo sin la menor reserva pues la no existencia de jurisdicción es consecuencia de una estricta aplicación de la regla de interpretación del artículo 31 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados a las disposiciones pertinentes del BIT aplicable. En sus considerandos sobre la jurisdicción el Laudo considera que el principio general de derecho de los actos propios del derecho internacional es plenamente aplicable en el presente caso a la determinación de la jurisdicción y competencia del Tribunal en lo que estoy igualmente de acuerdo. El objeto de esta Declaración es exclusivamente añadir a lo dicho por el Laudo que el mencionado principio general de derecho es también aplicable a la determinación de la admisibilidad de la Demanda del Demandante pues no es admisible que el sujeto de un determinado derecho pueda ir variando radicalmente sus pretensiones básicas en un litigio según sus conveniencias posteriores en detrimento de las pretensiones de la otra parte o para mejorar las suyas propias. Ni los derechos nacionales de los Estados ni el derecho internacional admiten dicho tipo de conductas.

2. Es cierto que el derecho internacional conoce también otros principios como, por ejemplo, la “aquiescencia” que se fundamentan también en la buena fe y la equidad como el principio general de los actos propios. Pero los conceptos de “actos propios” y “aquiescencia” no deben confundirse. La “aquiescencia” equivale a un reconocimiento tácito por conducta unilateral que la otra parte puede interpretar como consentimiento, mientras que el “principio general de derecho de los actos propios” reenvía más bien a la noción de “preclusión” (*estoppel; forclusion*). Los mismos hechos pueden ser relevantes en ambos casos, pero a diferencia de la “aquiescencia”, el “principio de los actos propios” requiere además que los actos en cuestión sean una representación previa voluntaria, clara e inequívoca de las pretensiones de su actor cuya modificación le procura una ventaja o es causa de un perjuicio a la otra parte. Esto es precisamente lo que acontece en este arbitraje con el reclamo (*petitum*) del Demandante que ha pasado de ser la parte de la cuota que le correspondería del “justiprecio de las empresas expropiadas” a una “indemnización por expropiación ilegal de sus tenencias en las empresas expropiadas y otras alegadas violaciones de las disposiciones del BIT España-Venezuela”, es decir del justiprecio por una expropiación legal de las empresas a una indemnización por una expropiación tildada de ilegal y otros hechos internacionalmente ilícitos que habría cometido la Demandada.

3. Es por lo tanto procedente recordar que el principio general de derecho de los actos propios del derecho internacional *es un principio de derecho sustantivo* y como tal aplicable no solo al fondo de los litigios. Su aplicabilidad abarca también las cuestiones relacionadas con la admisibilidad de las reclamaciones por actos alegadamente ilícitos como lo reconoce expresamente, por ejemplo, el laudo del tribunal arbitral que en el caso del *Río Encuentro (Argentina-Chile)* declara en el siguiente pasaje:

*It seems clear from the decision of the International Court of Justice in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand)..., and especially from the learned Separate Opinion of Vice-President Alfaro in that case, that there is in international law a principle, which is moreover a principle of substantive law and not just a technical rule of evidence, according to which 'a State party to an*

*international litigation is bound by its previous acts or attitude when they are in contradiction with its claims in the litigation'*(See Vice-President Alfaro's Opinion at page 39 of the report) This principle is designated by a number of different terms, of which 'stoppel' and preclusion are the most common. But it is also clear that these terms are not to be understood in quite the same sense as they are in municipal law... (página 66 del laudo).

4. Cuando el principio general de los actos propios se aplica a cuestiones relativas a reclamos por alegados ilícitos en un proceso internacional suele operar generalmente como una excepción de inadmisibilidad y así lo considera también este árbitro. Como se describe en el *Dictionnaire de droit international public* dirigido por Jean Salmon:

*Estoppel - Objection péremptoire, souvent analysée comme une exception procédurale, qui s'oppose à ce (qu'une partie) à un procès puisse faire valoir une prétention ou soutenir un argument contredisant son comportement antérieur ou une position prise précédemment et dans laquelle (ou laquelle) les tiers avaient placé leur confiance légitime* (Bruylant, Bruselas, 2001, p. 450).

5. Los tribunales arbitrales internacionales en materia de inversiones han admitido la aplicabilidad del principio de los actos propios del derecho internacional, sin perjuicio, evidentemente, de descartar su aplicación cuando los hechos particulares alegados no cumplen las condiciones o requisitos que establece el derecho internacional en relación con dicho principio. En el presente caso, la Demandada ha invocado la aplicabilidad del principio de los actos propios a la resolución de la controversia. Por el contrario, el Demandante ha formulado reservas respecto de dicha aplicabilidad pues, a su juicio, no habría una clara e inequívoca representación de los *hechos previos* alegados por el Demandado que lo justificase. Pero el Demandante no ha cuestionado la existencia misma del principio de los actos propios en el derecho internacional ni su aplicabilidad general cuando los hechos alegados cumplen los requisitos o condiciones establecidas respecto a la aplicación de la norma de los actos propios. Tampoco ha cuestionado la autenticidad o el contenido de la carta de 18 de septiembre de 2012 (R-122) que, como dice el Laudo, es en el presente caso el hecho pertinente previo que contradice lo actuado por el Demandante en el presente arbitraje.

6. Por otra parte no hay razón para excluir *a priori* la aplicación de la norma de los actos propios del derecho internacional en el presente caso, pues el TBI España-Venezuela establece que el arbitraje se basará *inter alia* en las reglas y principios de derecho internacional, sin excluir expresamente el principio general de derecho de los actos propios, dado que como declara el fallo de la Sala de la CIJ en el caso *ELSI* a propósito del principio del previo agotamiento de los recursos internos: "*The Chamber finds itself unable to accept that an important principle of customary international law should be held to have been tacitly dispensed with, in the absence of any words making clear an intention to do so*" (C.I.J., Reports 1989, p. 42, párrafo 50).

7. No hay por lo tanto lugar a excluir la aplicación del principio general de los actos propios, cuando hay lugar para ello, a los reclamos de los demandantes en arbitrajes internacionales relativos a la promoción y protección de las inversiones extranjeras como en la presente controversia, salvo si un determinado TBI u otra disposición legal pertinente

y aplicable *in casu* lo haya excluido expresamente. Así lo ha reconocido el propio Schreuer cuando en su *Commentary to The ICSID Convention* en relación con la anulación de laudos (artículo 52 del Convenio CIADI) recuerda lo siguiente:

*....a party may be barred from introducing a new argument in a resubmitted case that is in contradiction to a position that it has taken in the original proceeding. Common findings or uncontested positions in the earlier phase may limit the range of arguments available before a new tribunal. This may be seen of a form of estoppel or a consequence of the prohibition of venire contra factum proprium* (Segunda Edición, p. 1093, Artículo 52, párr. 693).

8. En general, la norma o el principio de los actos propios en el derecho internacional significa, como venimos diciendo, la vinculación del autor por una declaración de voluntad previa pertinente en el caso, que le imposibilita adoptar posteriormente una conducta que lo contradiga en beneficio propio o en detrimento de otra parte que haya confiado en la declaración original. El autor de la declaración queda por así decir vinculado por la declaración previa cuando ésta cumpla las tres condiciones generales siguientes: a) la declaración tiene que ser clara e inequívoca; b) la declaración debe ser voluntaria, incondicional y ser autorizada; y c) la modificación ulterior de la declaración original supone o bien una ventaja para la parte que se ha contradicho, o bien es causa de un detrimento para un tercero que había confiado de buena fe en la declaración original del autor de la declaración (Mac Gibbon, *Estoppel in International Law*, International and Comparative Law Quarterly, 1958, p. 468); Gaillard, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme un principe général du droit commercial international*, Revue de l'arbitrage, 1985, p. 241; Kaj Hobér, *Extinctive Prescription and Applicable Law in Interstate Arbitration*, Akademisk Avhandling, Uppsala 2001, p. 313- 319).

9. En el presente caso, los actos propios relevantes del Demandante cumplen con los tres requisitos arriba mencionados sin que plantee ninguna dificultad su verificación, dado que no se trata de determinar conductas implícitas del Demandante, ni de determinar si su silencio equivale a una autorización, ni de analizar si la Demandada ha sufrido un detrimento, dado que la reclamación del Demandante en este arbitraje no solicita sólo la parte que le corresponda del justiprecio de las empresas expropiadas, como hizo ante la justicia venezolana, sino que este Tribunal le otorgue una indemnización por una alegada violación por la Demandada de los artículos III, IV y V del TBI España-Venezuela.

10. Los comportamientos más evidentes del Demandante, en este arbitraje, contradicen manifiestamente sus previos actos en relación con la expropiación de las empresas expropiadas. Los representantes legales autorizados de las sociedades mercantiles venezolanas expropiadas informaron, como dice el Laudo en el año 2012, al Gerente General de Litigios de la Procuraduría General de la República Bolivariana de Venezuela que no cuestionaban la legalidad de la expropiación de las empresa de sus poderantes en el litigio judicial sobre la compensación legal por dicha expropiación (Anexo R-122). La Corte venezolana de primera instancia determinó la compensación legal debida por la expropiación de los bienes de las empresas expropiadas pero el Demandante y demás miembros de la familia García Armas, incluido el Demandante, apelaron contra la decisión de dicha Corte y la Corte de Apelación venezolana anuló el “Informe de Avalúo” (C-211). Pero a continuación el Demandante en lugar de agotar los recursos internos de la República Bolivariana de Venezuela inició en abril de 2016 este arbitraje internacional en

el que pretende hacer revivir el anulado “Informe de Avalúo” del justiprecio de los bienes expropiados para que este Tribunal, basándose en ese anulado Informe determine ahora el *quantum* de la indemnización por los alegados ilícitos internacionales que atribuye en este arbitraje a la Demandada. Las contradicciones del Demandante respecto de su reclamo son tan evidentes, tan de sentido común, que no necesitan de más prueba.

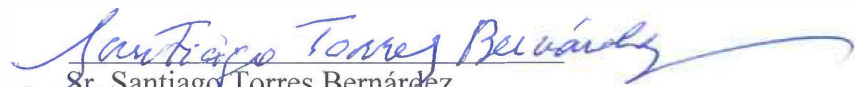
11. A la luz de las consideraciones precedentes es evidente que este Tribunal no solamente carece de competencia *ratione personae* como declara el Laudo, sino que la Demanda del Demandante tampoco es admisible en virtud del mismo principio general de los actos propios del derecho internacional que impone, como hemos dicho, a los sujetos de un determinado derecho el deber genérico de ejercerlo de conformidad con las exigencias de la buena fe. En el presente caso, concurren una declaración previa, voluntaria, incondicional e inequívoca, una declaración de voluntad del Demandante comunicada al Demandado por escrito sobre su posición jurídica respecto de las expropiaciones (la carta del anexo 122), en la que su reclamo se limitaría a la parte del justiprecio por los bienes legalmente expropiados que le correspondería. En cambio, en su solicitud de arbitraje y conclusiones finales en este arbitraje altera substancialmente dicho reclamo en detrimento del Demandado pues solicita una indemnización por los *hechos internacionalmente ilícitos* que alega haber sido cometidos por el Demandado.

12. La contradicción entre ambas manifestaciones de voluntad sobre el reclamo es tan radical como evidente y manifiestamente incompatible con el principio de los actos propios basado en la buena fe. Reclamar en este arbitraje por la ilegalidad de las expropiaciones, así como por la violación de otras disposiciones del TBI España-Venezuela es absolutamente contradictorio con la *previa* manifestación de voluntad del Demandante, en la que admite la legalidad de las expropiaciones y reclama exclusivamente por el justiprecio de los bienes expropiados.

13. No cabe otra conclusión, pues como dijo el Vicepresidente Alfaro a propósito del principio general de derecho de los actos propios en su Opinión en el caso del *Templo de Preah Vihear*: “...el efecto legal del principio es siempre el mismo: la parte que por su reconocimiento, por su representación, por su declaración, por su conducta o por su silencio ha mantenido una actitud manifiestamente contraria al derecho que está reclamando ante un tribunal internacional, está impedida (precluded) para reclamar ese derecho (*venire contra factum proprium non valet*) (*I.C.J. Reports 1962*, p. 40, traducido al español).

14. La Demanda del Demandante en este arbitraje sería, por lo tanto, a la luz de las consideraciones y conclusiones precedentes, inadmisibile en virtud del principio general de derecho de los actos propios del derecho internacional. Así pues, aún en la hipótesis de que hubiese habido jurisdicción, el procedimiento en el presente caso no hubiera podido seguir adelante por ser la Demanda del Demandante inadmisibile en virtud del principio general de derecho de los actos propios basado en la buena fe, dado que su carta de 18 de septiembre de 2012 se limitó a pedir el pago de la compensación por la expropiación de las empresas, prevista en la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social de la República Bolivariana de Venezuela, sin cuestionar la legalidad de los decretos expropiatorios, ni de las medidas administrativas cautelares previas.

-----

  
Sr. Santiago Torres Bernárdez  
Árbitro

Fecha: 30 de octubre de 2024

El Presidente del Tribunal ha decidido sumarse a la presente Declaración con su firma.

\_\_\_\_\_  
Sr. José Emilio Nunes Pinto  
Presidente del Tribunal

Fecha:

Sr. Santiago Torres Bernárdez  
Árbitro

Fecha:

El Presidente del Tribunal ha decidido sumarse a la presente Declaración con su firma.

A handwritten signature in black ink, reading "Sr. José Emilio Nunes Pinto". The signature is written in a cursive style and is positioned above a horizontal line.

Sr. José Emilio Nunes Pinto  
Presidente del Tribunal

Fecha: 30 de octubre de 2024