

# El abuso del derecho en el arbitraje internacional de inversiones: Quien su derecho ejerce, ¿a nadie ofende?<sup>1</sup>

Abuse of law in international investment arbitration:  
The one who exercises his/her right, does it offend anyone?

CHRISTEL GAIBOR<sup>2</sup>

MACARENA BAHAMONDE<sup>3</sup>

Procuraduría General del Estado del Ecuador

## Resumen

Recientemente, diferentes tribunales arbitrales internacionales han desechado reclamos de inversiones fundándose en la doctrina del abuso del derecho. Este artículo analiza la aplicación de la teoría del abuso del derecho en el contexto del Arbitraje Internacional de Inversiones como una forma de evitar reclamos infundados y abusivos.

## Palabras clave

Inversión / Arbitraje Internacional / Abuso del Derecho / Abuso del Proceso / CIADI / Buena Fe.

## Summary

Recently, many international arbitral tribunals have dismissed investment claims based on the abuse of rights doctrine. The practice of investment tribunals reveals different situations, which may be considered as an abuse of rights practice in the future. This article examines the importance of applying in International Investment Arbitration as a way of avoiding abusive submissions.

## Keywords

Investment / International Arbitration / Abuse of Rights / Abuse of Process / ICSID / Good Faith.

## 1. Introducción

El aumento de arbitrajes de inversiones debido a la posibilidad de los inversionistas de acceder de forma directa a un arbitraje en contra un Estado ha generado gran controversia en los últimos años. Es impactante el incremento del número de arbitrajes de inversión iniciados en la última década. Sólo bajo el Convenio CIADI y su mecanismo complementario, hasta el 31 de diciembre de 2017 se registraron 650 casos. Desde la adopción del Convenio CIADI en 1966 hasta el 2006, se registraron 222 casos. Sólo en la última década se iniciaron 428 arbitrajes (CIADI, 2018, p. 7). Ello quiere decir que, en 40 años se elevó en un 34% la carga de casos en el CIADI y solamente en 10 años se registró llegó al 66%.

Esta estadística recoge también aquellos casos que han sido rechazados bajo el argumento de la existencia de un abuso del derecho – o un abuso del proceso como se lo

1 Recibido: 21/06/2018 – Aceptado: 01/10/2018

2 Subdirectora de Asuntos Internacionales de la Procuraduría General del Estado de la República del Ecuador.

3 Abogada de Litigios de Asuntos Internacionales de la Procuraduría General del Estado. Profesora adjunta de la Universidad San Francisco de Quito. Candidata a LLM en International Business Law por Queen Mary University of London. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito.



conoce en los sistemas *common law*. La aplicación de la doctrina del abuso del derecho evita que un derecho se desvíe de su objetivo. En el contexto del Arbitraje Internacional de Inversión, ciertos abusos del sistema de resolución de disputas de inversiones podrían evitarse mediante la aplicación de esta doctrina por parte de los tribunales arbitrales.

El siguiente análisis explica la doctrina del abuso del derecho en los sistemas jurídicos *civil law* y *common law*, se diferencia entre el abuso del derecho y el abuso del proceso, para posteriormente identificar su aplicación y reconocimiento en el Derecho Internacional Público. A la luz de la reciente práctica arbitral, se examina la necesidad de considerar esta doctrina en futuros casos de Arbitraje de Inversión.

## 2. La doctrina del abuso del derecho

El estudio de los límites del ejercicio de un derecho y el estudio del abuso del derecho abordan el mismo problema desde dos perspectivas distintas. En realidad, ambos cuestionan si el titular de un derecho subjetivo lo puede ejercitar sin limitación alguna (Ducci, 2005, p. 222). Se han planteado interrogantes respecto al ejercicio caprichoso de un derecho, así como interrogantes sobre el daño causado a un tercero que ello ocasiona, lo que ha tenido más relevancia. Las soluciones que se han dado a estas interrogantes toman distintas aproximaciones, sin embargo, coinciden en que “el uso irrestricto de un derecho, sin limitación alguna, no está involucrado en el contenido de un derecho subjetivo” (Ducci, 2005, p. 222).

De acuerdo con el criterio absolutista del derecho, la ley faculta al titular de un derecho subjetivo para ejercitar el contenido de su derecho de forma libre, discrecional, con cualquier objetivo y sin rendir cuenta por sus actos (Vodanovic, 2001, p. 192). Si del ejercicio del derecho se ocasionare un daño a un tercero, este no acarrearía responsabilidad para quien lo ocasionó, pues ejerció facultades permitidas por la ley y, consecuentemente, un acto no puede ser lícito e ilícito al mismo tiempo. Así surge el aforismo: “Quien su derecho ejerce, a nadie ofende” (Alessandri et al., 1998, p. 235).

La teoría del abuso del derecho, es la evidencia más clara de que la concepción absolutista del derecho ha quedado en el pasado. En su lugar, se dio paso a la relatividad de los derechos, idea que toma en consideración que los derechos se se ejercen al mismo tiempo que otros lo hacen, es decir, el derecho se realiza en un medio social. En este sentido, Enrique Cuentas Ormachea (1997, p. 465) ha manifestado que:

El derecho en ejercicio tiene una limitación objetiva y otra subjetiva. Objetiva, en cuanto no puede pasar de los límites que la ley señala; y, subjetiva, por cuanto debe perseguir con su ejercicio una finalidad social o económica compatible con la razón y el fundamento de la norma que garantiza ese derecho. Pues bien, el Abuso del Derecho se pone de manifiesto cuando no se respetan esos límites.

Esta doctrina ha sido reconocida en la legislación y jurisprudencia tanto en los sistemas legales de *civil law* como aquellos de tradición *common law*, e incluso, en el ámbito del Derecho Internacional Público. En este sentido, se ha diferenciado entre la doctrina del abuso del derecho y el abuso del proceso (*abuse of rights - abuse of process*), sin embargo, para el siguiente análisis no se distinguirá entre ambos conceptos<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Se ha entendido al abuso del proceso como una aplicación directa de la doctrina del abuso del derecho. El abuso del proceso consiste en el uso de instrumentos o derecho procesales por una o más partes dentro de un procedimiento con fines ajenos para los que esos derechos fueron establecidos (Kolb, 2006, pp. 831-832)

## 2.1. El abuso del derecho en el *civil law* y en el *common law*

En los sistemas jurídicos de tradición *civil law* es posible identificar distintas aproximaciones para abordar la doctrina del abuso del derecho. Para determinar cuándo el ejercicio de un derecho se convierte en abusivo, las legislaciones han adoptado criterios objetivos y criterios subjetivos. Los criterios objetivos tienden a identificar situaciones de abuso en aquellos casos en los que el derecho no se ejerce de acuerdo con su función social o económica. Los criterios subjetivos vinculan la existencia de culpa o dolo en el acto del titular del derecho para verificar la existencia de un posible abuso del derecho, es decir, mediante la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual (Ducci, 2005, pp. 223-224).

El desarrollo de la doctrina del abuso del derecho se concentró principalmente en Francia por parte de varios juristas<sup>5</sup> y a partir de las decisiones de las cortes que han interpretado los artículos 1382 y 1383 del Código Civil Francés de tal manera que se ha atribuido responsabilidad a quien ejerce de manera abusiva un derecho. Adicionalmente, el Código de Procedimiento Civil prescribe que una parte procesal puede ser responsable del abuso de sus derechos procesales<sup>6</sup>.

El Código Civil Alemán consagra la teoría del abuso del derecho de forma indirecta en la sección 226, que prescribe: “[t]he exercise of a right is not permitted if its only possible purpose consists in causing damage to another” (Código Civil Alemán, 1896). En este régimen, la finalidad de causar daño a otro conlleva la existencia de un acto ilícito que da lugar a una indemnización de acuerdo con la sección 826 del mismo cuerpo normativo<sup>7</sup>. Del mismo modo, el artículo 833 del Código Civil Italiano<sup>8</sup> prohíbe el ejercicio del derecho de la propiedad que cause daño a otros.

Disposiciones similares se han incluido en distintos cuerpos normativos, por ejemplo, el artículo 2 del Código Civil de Suiza; artículo 1295(2) del Código Civil de Austria; artículo 7 del Código Civil de España; artículo 13(2) del Código Civil de Holanda; y, artículo 7 del Código Civil de Quebec.

La jurisprudencia y doctrina de los sistemas de tradición *civil law* identifican ciertos presupuestos necesarios para que sea posible alegar la existencia del abuso del derecho: (i) la ejecución de un hecho externa o aparentemente legal; (ii) la existencia de un daño; (iii) el daño no debe afectar a un derecho ajeno; y, (iv) el ejercicio del derecho debe ser contrario a su destino económico-social (Parraguez, 2015, pp. 216-218).

Por otra parte, los sistemas legales del *common law* no reconocen explícitamente la teoría del abuso del derecho. Como manifiesta Byers, en estos sistemas podría entenderse que se evidencian otros principios que han surgido a partir de la teoría del abuso del derecho, tal como el abuso del proceso (2002, p. 396). Esto implicaría examinar el concepto de abuso de proceso como una manifestación del abuso del derecho.

En Canadá, Australia, Estados Unidos y el Reino Unido se ha tratado al abuso del proceso como el uso incorrecto de las herramientas legales dentro de un proceso. En el Reino Unido, se define el abuso del proceso como el uso de un proceso judicial para otro propósito distinto al uso ordinario y propio de ese proceso (*Attorney General v. Baker*, 2000). En el

5 Ver Louis Josserand, (e1927); Georges Ripert (1929); Louis Josserand (1929); Georges Ripert (1926).

6 El Artículo 32.1 del Código de Procedimiento Civil de Francia prescribe: “Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d’un maximum de 3.000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés”.

7 “BGB. Section 826. Intentional damage contrary to public policy. A person who, in a manner contrary to public policy, intentionally inflicts damage on another person is liable to the other person to make compensation for the damage”.

8 “Articolo 833. Atti d’emulazione. Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri”.

caso *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands*, Lord Diplock se ha referido al abuso del proceso como:

[T]he inherent power which any court of justice must possess to prevent misuse of its procedure in a way which, although not inconsistent with the literal application of its procedural rules, would nevertheless be manifestly unfair to a party to litigation before it, or would otherwise bring the administration of justice into disrepute among right-thinking people.

Con un análisis muy similar, en Australia se han identificado al menos tres categorías de abuso del proceso: (i) cuando se usa del procedimiento judicial para un propósito ilegítimo; (ii) cuando se usa el procedimiento judicial para oprimir a la otra parte procesal; y, (iii) cuando el uso del procedimiento desprestigia al sistema de administración de justicia (*Rogers v. The Queen*, 1994).

De esta manera se evidencia el reconocimiento de la doctrina del abuso del derecho en las legislaciones nacionales de distinta tradición jurídica, lo cual ciertamente ha influido en el reconocimiento de esta doctrina a nivel doméstico y a nivel internacional.

### 2.3. El abuso del derecho en el Derecho Internacional

Como resultado de la aceptación y del reconocimiento de la doctrina del abuso del derecho en los sistemas legales de distintos países, se ha aceptado que la teoría del abuso del derecho forma parte del Derecho Internacional, bien como un principio del derecho o como una norma consuetudinaria del derecho internacional (Byers, 2002, p. 397).

Los principios generales de derecho reconocidos por los Estados son una manifestación del Derecho Internacional. En efecto, estos han sido incluidos en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional Justicia. Maarten Bos considera que estos principios son un reconocimiento válido del elemento dinámico del Derecho Internacional y de la función creadora de los tribunales que lo administran (1977, p. 42). De tal manera, la importancia de la aplicación de estos principios reside en su influencia en el desarrollo constante del Derecho Internacional.

En distintos casos se ha hecho referencia al abuso del derecho por parte de la Corte Permanente de Justicia Internacional, la Corte Internacional de Justicia y el Órgano de Apelaciones de la OMC (De Brabandere, 2012, p. 11). Por ejemplo, en el caso de las zonas libres de Upper Savoy y el Distrito de Gex, la Corte Permanente de Justicia Internacional estableció que, si un Estado intenta evadir sus obligaciones contractuales al adoptar medidas que tienen el mismo efecto que aquellas prohibidas por el tratado, ello resultaría en un abuso del derecho (*Francia v. Suiza*, 1932, p. 167).

Refiriéndose al abuso del proceso, Vaughan Lowe ha reconocido que este es común a la mayoría de sistemas legales y podría ser aplicado por un tribunal en cualquiera de ellos, incluso en el sistema legal internacional en ejercicio de la competencia del tribunal para regular su propio procedimiento (Gaffney, 2010, p. 517). Para precisar aún más, la prohibición del abuso del derecho puede definirse como un principio general del Derecho Internacional y del derecho doméstico (Zimmermann, 2006, p. 831). Al referirse al contenido de este principio, se señala:

It consists of the use of procedural instruments or rights by one or more parties for purposes which are alien to those for which the procedural rights were established,

especially for a fraudulent, procrastinatory, or frivolous purpose, for the purpose of causing harm or obtaining an illegitimate advantage, for the purpose of reducing or removing the effectiveness of some other available process or for the purpose of pure propaganda.

Es posible concluir entonces que, existe abuso del derecho cuando el titular de un derecho lo ejerce en contradicción con el objetivo que este persigue o contraviniendo la regla que lo otorga. Asimismo, podría existir un abuso del derecho cuando su ejercicio afecta el equilibrio de los intereses contrapuestos de forma que favorece de forma desproporcionada aquellos correspondientes al titular del derecho (Ascensio, 2014, p. 765). Ambas situaciones se resumen en una divergencia entre el ejercicio de un derecho y los objetivos generales de un sistema.

### 3. La aplicación de la doctrina del abuso del derecho en el Arbitraje Internacional de Inversiones

Siendo considerado un principio común a varios ordenamientos jurídicos y habiendo sido reconocido como parte del Derecho Internacional Público, la prohibición al abuso del derecho bien podría ser aplicada como un Principio del Derecho Internacional por parte de un tribunal arbitral sin perjuicio de la sede del arbitraje o del derecho sustantivo aplicable. Por lo tanto, no resultaría extraño que en un arbitraje de inversiones, el tribunal arbitral se base en el principio del abuso del derecho para impedir o sancionar una situación en la que un inversionista haya ejercido sus derechos procesales de manera que atente al proceso arbitral.

El primer caso de arbitraje de inversiones en el que se aplicó la doctrina del abuso del derecho fue en *Phoenix Action v. República Checa*<sup>9</sup>. República Checa alegó la inexistencia de una inversión y el abuso de la estructura corporativa por parte de Phoenix Action. En su laudo, el Tribunal Arbitral desechó la demanda al determinar que la parte actora había incurrido en un abuso de su derecho. Para llegar a su conclusión, analizó la inversión de Phoenix Action en República Checa a la luz de los criterios establecidos en el test Salini, pero agregó un criterio adicional al establecer que solo deben protegerse las inversiones que se realizan de acuerdo al principio internacional de buena fe y que no buscan abusar del sistema internacional de inversiones (*Phoenix Action Ltd. v. República Checa*, 2009, par. 113)<sup>10</sup>.

De acuerdo con el criterio esgrimido en la decisión del Tribunal, la supuesta inversión de Phoenix tuvo como objetivo transformar un litigio doméstico preexistente en una disputa internacional. Así, invocó la doctrina del abuso del derecho para justificar que la adquisición realizada por *Phoenix Action* no constituía una inversión. En realidad, la reorganización de la estructura corporativa dentro de la misma familia demostraba que el propósito fue poder llevar un reclamo doméstico ante la jurisdicción de un Tribunal de Arbitraje CIADI y ello constituye un abuso del derecho.

De manera acertada, el Tribunal concluyó que aceptar su competencia para decidir el reclamo, significaría que cualquier disputa nacional preexistente podría presentarse ante un tribunal arbitral de inversiones siempre que, se transfieran sus intereses económicos a una

9 Phoenix Action se constituyó en 2002 en Israel y poco después de su constitución adquirió participaciones en dos compañías checas. Las dos compañías checas pertenecían a familiares del constituyente de Phoenix Action y se encontraban en litigio con el Estado y la República Checa. Poco después de la adquisición de las participaciones, Phoenix Action inició un procedimiento arbitral en el CIADI en aplicación del Tratado de Inversiones entre República Checa e Israel.

10 El criterio de buena fe en el establecimiento de la inversión también se ha tomado en cuenta en otros casos. Ver *Inceysa v. El Salvador*. En este caso el Tribunal consideró como violación al principio de buena fe la conducta fraudulenta del inversionista al obtener una inversión bajo la legislación de El Salvador lo cual impedía que el Tribunal asuma competencia en aquel caso. Asimismo, determinó que, a su criterio, El Salvador no había consentido en someter, disputas sobre inversiones adquiridas de mala fe, a arbitraje de inversiones (*Inceysa v. El Salvador*, 2006, par. 238-239).

empresa extranjera para buscar protegerlos a través de un Tratado de Inversiones (*Phoenix Action Ltd. v. República Checa*, 2009, par. 144). Este tipo de transacciones, de no ser detectadas por un Tribunal Arbitral haría que su jurisdicción sea ilimitada.

En *Europe Cement Investment & Trade v. República de Turquía*, la demandada alegó que la demandante incurrió en un abuso del proceso al no haber demostrado que ha hecho una inversión en Turquía. En su laudo, el Tribunal decidió que no tenía competencia en el caso al concluir que no existía una inversión. El Tribunal afirmó que si un reclamo, como el de *Phoenix Action*, que se fundamenta en la compra de una inversión que tiene por objeto empezar un litigio constituye un abuso del proceso, un reclamo que se fundamenta en una falsa afirmación sobre la propiedad de una inversión también constituye un abuso del proceso (*Europe Cement Investment & Trade v. República de Turquía*, 2009, par. 146).

En estos casos los Tribunales concluyeron que los inversionistas habían incurrido en un abuso del proceso. Sin embargo, para hacer tal determinación, ninguno de ellos se refirió a la disposición de un tratado como la base legal para rechazar los reclamos por abuso del proceso. Resulta evidente que los Tribunales invocaron el Derecho Internacional al referirse al principio de buena fe y a la prohibición del abuso del derecho en relación con el Convenio CIADI o el respectivo Tratado de Inversión para declinar su jurisdicción, o bien, para rechazar cualquier reclamo.

Lo mencionado deja evidencia que la prohibición del abuso del derecho puede aplicarse en el Arbitraje Internacional de Inversiones como principio general del derecho. Su aplicación evita que los inversionistas adopten ciertas estrategias para tomar ventaja de su contraparte o para abusar del sistema de inversiones de forma ajena a los fines para los cuales ha sido creado. Estas estrategias pueden manifestarse de distintas maneras y sobre la base de varios casos, es posible agruparlas de esta manera: (i) mecanismos que aseguran la competencia del tribunal bajo un tratado de inversión, (ii) incremento de procedimientos arbitrales para aumentar las posibilidades de obtener un resultado favorable; y, (iii) mecanismos que buscan ganar un beneficio ajeno al objetivo del arbitraje internacional (Gaillard, 2017, p. 3).

### **3.1. Mecanismos que aseguran la competencia del tribunal bajo un tratado de inversión**

La gran mayoría de tratados de inversiones definen “inversionista” e “inversión” de manera muy amplia. Asimismo, un gran número de tratados contemporáneos extienden su protección a inversiones indirectas realizadas por medio de una o más entidades corporativas. Con ello como antecedente, y tomando en consideración el costo relativamente bajo de incorporar una compañía subsidiaria en otro Estado, o de migrar una compañía a otro Estado, no sorprende que algunas compañías extiendan los límites de la protección que se les ofrece en caso de existir una controversia con el Estado receptor de la inversión. Esto sucede particularmente al intentar extender el significado de “inversionista” o “inversión” de modo tal que se cubra a sus operaciones, o bien al modificar sus operaciones para que estas quepan dentro de las definiciones.

El abuso del derecho ocurre cuando una compañía inversionista modifica su estructura corporativa con el objetivo de activar el mecanismo de solución de controversias ante una disputa con el Estado receptor de la inversión. No se impide a un inversionista prudente diseñar su estructura corporativa con el objeto de maximizar sus opciones de presentar sus reclamos en el ámbito internacional. Sin embargo, lo razonable es hacerlo antes o al momento de realizar su inversión y no una vez surgida una controversia. Asimismo, podría configurarse un abuso del derecho cuando el inversionista adquiere su inversión después de que la controversia ya existe con el Estado receptor. En ambos casos, reestructurando el

aparato corporativo o adquiriendo una inversión, si se lo hace después del momento específico de su inversión o de que surja una controversia, el Tribunal que conozca el reclamo carece de competencia *rationae temporis*.

Un claro ejemplo de este tipo de estrategias se evidencia en el caso de *Phoenix Action Ltd. v. República Checa* referido anteriormente. Como ya fue referido en su decisión, el Tribunal Arbitral concluyó que la inversión no fue hecha en cumplimiento del principio general de buena fe (*Phoenix Action Ltd. v. República Checa*, 2009, pár. 107) y que, además, se hizo la inversión con el único objetivo de llevar disputas domésticas dentro del marco de protección de un Tratado Internacional de Inversiones (pár. 142-143). Tomando ello en consideración, el Tribunal estableció que nadie puede abusar de los derechos garantizados por los Tratados Internacionales.

Asimismo, en el caso de *Pac Rim Cayman LLC v. República de El Salvador*, el Tribunal Arbitral halló que Pac Rim había cambiado su lugar de incorporación de las Islas Caymán a Estados Unidos con el propósito de tener acceso a las protecciones brindadas por el Acuerdo de Libre Comercio de Centroamérica (CAFTA por sus siglas en inglés – *Central America Free Trade Agreement*) (2012, pár. 2.41). A pesar de que El Salvador alegó que el cambio de domicilio de Pac Rim constituyó un abuso de las normas del CAFTA y del proceso de arbitraje internacional, el Tribunal inadmitió estas objeciones por haber considerado que la restructuración corporativa de Pac Rim ocurrió antes de que la disputa haya surgido o que esta haya tenido una alta probabilidad de ocurrir (2012, pár. 2.17). Sin embargo, el Tribunal consideró que la línea que divide un *treaty planning* legítimo y el abuso del derecho es aquel punto en el que una parte puede ver una disputa específico con grandes probabilidades de ocurrir y no como una “posible controversia” (pár. 2.17)<sup>11</sup>.

Basta decir que una inversión que no se realizó con buena fe y que se hizo con el único propósito de iniciar un procedimiento arbitral amparado en un Tratado de Protección de Inversiones constituye un abuso del derecho. Asimismo, la constitución de una compañía poco antes de iniciar un arbitraje debe ser considerada como una estrategia inadmisibles por parte de un Tribunal ya que uno de sus deberes es prevenir aquel tipo de prácticas abusivas. De no hacerlo, el Sistema de Resolución de Disputas Inversionista – Estado pierde su objetivo y resultaría en una herramienta inútil para Estados y para Inversionistas.

### **3.2. Incremento de procedimientos arbitrales para aumentar las posibilidades de obtener un resultado favorable**

Es lógico suponer que un inversionista con varias alternativas iniciará el procedimiento de resolución de disputas en dónde tenga más posibilidades de éxito. Ello en sí mismo no debe considerarse como un abuso del proceso, pues guarda conformidad con el acuerdo de someterse a arbitraje entre las partes. Sin embargo, puede considerarse que existe un abuso del derecho cuando un inversionista, quien cuenta con distintas alternativas para someter su disputa a arbitraje, inicia más de un procedimiento para resolver la misma disputa o disputas relacionadas con el fin de aumentar sus posibilidades de éxito (Gaillard, 2017, p. 6). En este supuesto, el demandado se ve perjudicado al estar obligado a defenderse ante múltiples tribunales arbitrales, además del incremento de costos y de tiempo en el procedimiento arbitral.

La estrategia de iniciar múltiples procedimientos deja en una posición muy difícil a los Estados frente a los inversionistas. Así procedió *OI European Group BV* al iniciar un arbitraje contra Venezuela. Al mismo tiempo, la compañía constituida en Venezuela presentó sus reclamos, por los mismos hechos, conforme al Convenio CIADI y el Tratado de Inversión

<sup>11</sup> Véase también *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia* (2015).

entre Venezuela y Holanda<sup>12</sup>.

Otro ejemplo se evidencia en dos arbitrajes iniciados contra Egipto. En este caso se presentó un primer reclamo bajo el Tratado de Inversión entre Estados Unidos y Egipto y un segundo reclamo bajo el Tratado de Inversión Egipto y Polonia. El primer reclamo lo planteó *Ampal-American Israel Corporation*, compañía controlada por el Sr. Yosef Maiman, y el segundo reclamo lo presentó el Sr. Yosef Maiman y otras compañías pertenecientes a la misma cadena y controladas por el mismo Sr. Maiman. Ambos arbitrajes fueron iniciados por los mismos hechos, sin embargo, el primero se inició sobre la base del Convenio CIADI, mientras el segundo fue un arbitraje *Ad Hoc*<sup>13</sup>.

En el Arbitraje CIADI, el Tribunal señaló que, si bien la estrategia de la parte actora puede parecer abusiva, la existencia de arbitrajes paralelos no podría considerarse como un abuso del proceso *per se*. A criterio del Tribunal, la existencia de arbitrajes paralelos es lo que puede resultar de una situación fáctica en la que los reclamos se plantean ante dos tribunales de Arbitraje de Inversiones distintos respecto de la misma cadena de inversión (*Ampal-American Israel Corporation y otros c. Egipto*, 2016, pár. 331). Adicionalmente, el Tribunal CIADI sostuvo que, ya que el tribunal arbitral del caso UNCITRAL había asumido competencia sobre los reclamos, el abuso del proceso se había “cristalizado”. En lugar de rechazar los reclamos sobre los que el tribunal UNCITRAL ya había competencia, el tribunal CIADI dio la posibilidad a la parte demandante de subsanar el abuso del proceso al dar la elección a la actora de elegir en cuál procedimiento quisiera proseguir con sus reclamos (*Ampal-American Israel Corporation y otros v. Egipto*, 2016, pár. 334).

### 3.3. Mecanismos que buscan ganar un beneficio inconsistente con el objetivo del Arbitraje Internacional

El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos en el que las partes someten sus diferencias ante un tribunal arbitral (*Convención de Nueva York*, 1958, Art. II.1). No obstante, en ciertas ocasiones el arbitraje puede ser utilizado como una herramienta que busca generar un beneficio ajeno al de solucionar una disputa.

Puede suceder por ejemplo que un inversionista inicie un arbitraje y solicite medidas cautelares con el objeto de detener actuaciones o investigaciones del Estado receptor de la inversión. El arbitraje iniciado por *Rompetrol* en contra de Rumania es un ejemplo de esta situación. *Rompetrol* inició un arbitraje con el fin de evitar que Rumania termine investigaciones penales a los administradores de la compañía.

Por otra parte, el inicio de un procedimiento arbitral puede utilizarse como un mecanismo para ejercer presión en la otra parte, una “Espada de Damocles”. Durante la etapa de negociaciones, una parte puede presentar una notificación de arbitraje con la sola intención de presionar a la otra parte para llegar a un acuerdo. Este tipo de presión también puede existir cuando distintos accionistas inician múltiples arbitrajes respecto a la misma disputa con el fin de presionar al Estado receptor de la inversión.

## 4. Conclusiones

Existe reconocimiento general de la prohibición del abuso del derecho como un Principio General del Derecho. En consecuencia, un tribunal arbitral debe tener como uno de sus

12 Ver *OI European Group BV v. República Bolivariana de Venezuela* (2015); *Fábrica de Vidrios Los Andes, CA and Owens-Illinois de Venezuela, CA v. República Bolivariana de Venezuela* (2017).

13 Ver *Ampal-American Israel Corporation y otros v. Egipto* (2017); *Yosef Maiman, Merhav (Mnf) Ltd, Merhav Ampal Group Ltd, and Merhav Ampal Energy Holdings Limited Partnership v. Egipto* (2012).

deberes primordiales rechazar aquellas demandas que constituyan un abuso del derecho. Y, para que ese deber sea más evidente, los textos de los Acuerdos de Inversión deben contener reglas muy claras sobre las premisas que deben cumplirse para configurar este abuso, tanto desde el punto de vista adjetivo como sustantivo.

Los casos mencionados son la más clara demostración de que la doctrina del abuso del derecho es una herramienta clave para impedir que el Sistema de Resolución de Disputas de Inversiones sea “mal utilizado” por parte de inversionistas. Solamente con mecanismos de control como estos puede hablarse de una verdadera evolución del mecanismo de disputas inversionista-Estado que hoy en día genera tantas preocupaciones y críticas no solo de parte de los Estados, sino incluso de los inversionistas.

## Referencias bibliográficas

- Alessandri, A. et al. (1998). *Tratado de derecho civil - Parte Preliminar y General*. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Ascensio, H. (2014). Abuse of Process in International Investment Arbitration. *Chinese Journal of International Law*, 13, 763-785. doi:10.1093 /chinesejil/jmuO40
- Bos, M. (1977) The Recognized Manifestations of International Law. *German Yearbook of International Law*, 20, 9-76.
- Byers, M. (2002). Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age. *McGill Law Journal*, 47, 389-431. <[https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5574&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5574&context=faculty_scholarship)>.
- Cuentas, E. (1997). El abuso del derecho. *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, 51, 463-484.
- CIADI (2018). *ICSID Caseload – Statistics*, 1-10. <[https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1(English).pdf)>.
- De Brabandere, E. (2012). “Good Faith”, “Abuse of Process” and the Initiation of Investment Treaty Claims. *Journal of International Dispute Settlement*, 3 (3), 1-28.
- Dong, A. X. (2015). Abuse of Process and Regulation in Commercial Arbitration – A Chinese Perspective. *Journal of Arbitration Studies*, 25 (3), 91-111. <<https://doi:10.16998/jas.2015.25.3.91>>.
- Ducci Claro, C. (2005). *Derecho civil. Parte general*. 4ta ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Gaffney, J. P. (2010). Abuse of Process in Investment Treaty Arbitration. *The Journal of World Investment & Trade*, 11 (4), 515-538. <<https://doi:10.1163/221190010x00239>>.
- Gaillard, E. (2017). Abuse of Process in International Arbitration. *ICSID Review*, 1-21. <<https://doi:10.1093/icsidreview/siw036>>.
- Gamabaro, A. (1995). The Abuse of Rights in the Civil Law Tradition. *European Review of Private Law*, 3, 561-570. <<https://doi:10.5040/9781472565570.ch-004>>.
- Harris, C. (1992). Abuse of the Arbitration Process-Delaying Tactics and Disruptions: A Respondent’s Guide. *Journal of International Arbitration*, 9 (2), 87-96.
- Josserand, L. (1927). *De l’esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l’abus des droits*. París: Dalloz.
- Kolb, R. (2006). General Principles of Procedural Law, en A. Zimmermann et al. (eds). (2006) *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary* (pp. 831-908). Oxford: Oxford University Press

- Ripert, G. (1926). *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: L.G.D.J.
- (1929). *Abus ou relativité des droits – A propos de l'ouvrage de M. Josserand*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Schill, S. W. (2012). Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 11 (2), 281-323. <<https://doi.org/10.1163/157180312x640697>>.
- Parraguez Ruiz, L. (2015) *Régimen jurídico de los bienes*. Quito: Ediciones Iuris dictio.
- Topcan, U. (2014). Abuse of the Right to Access ICSID Arbitration. *ICSID Review*, 29 (3), 627-647. <<https://doi.org/10.1093/icsidreview/siu018>>.
- Vodanovic Haklicka, A. (2001). *Manual de derecho civil - Parte Preliminar y General*. 2<sup>nd</sup> ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur.
- Zimmermann, A., et al., (eds), (2006) *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.

## Legislación

- German Parliament (1896). German Civil Code BGB. *Federal Law Gazette I*, Alemania, 18 de agosto de 1896.
- Parlamento Italiano (1942). Código Civil Italia. Decreto Real N°262, Italia, 16 de marzo de 1942.

## Jurisprudencia

- CIADI (2000). *Attorney General v. Baker*. Laudo del 7 de marzo de 2000.
- (2006). *Inceysa Vallisoletana S.L. v. El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo del 2 agosto de 2006.
- (2009). *Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. República de Turquía*, Laudo CIADI No. ARB. (AF)/06/2 del 17 septiembre de 2009.
- (2009). *Europe Cement Investment & Trade v. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB (AF)/07/2, Laudo del 13 agosto de 2009.
- (2009). *Phoenix Action Ltd. v. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo del 15 abril de 2009.
- (2011). *Ampal-American Israel Corporation y otros v. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/12/11.
- (2012). *Fábrica de Vidrios Los Andes, CA and Owens-Illinois de Venezuela, CA v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/21, Notificación de arbitraje del 10 agosto de 2012.
- (2012). *Pac Rim Cayman LLC v. República de El Salvador*, Caso CIADI No ARB/09/12, Decisión de Jurisdicción del 1 junio 2012.
- (2014). *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Laudo del 9 octubre de 2014.
- (2015). *OI European Group BV v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo del 10 de marzo de 2015.
- Corte Permanente de Justicia Internacional (1932). *Francia v. Suiza*. (Ser. A/B) No. 46.
- England and Wales Court of Appeal (2017). *Michael Wilson & Partners Ltd v. Sinclair*. EWCA Civ 3. Sentencia del 7 de febrero de 2017.
- High Court of Australia (1994). *Rogers v. The Queen*, HCA 42. Sentencia del 28 de septiembre

de 1994.

ICSID (2013). *The Rompetrol Group NV v. Romania*, ICSID Case No ARB/06/3. Sentencia del 6 de mayo de 2013.

PCA (2012). *Yosef Maiman, Merhav (Mnf) Ltd, Merhav Ampal Group Ltd, and Merhav Ampal Energy Holdings Limited Partnership v. Egipto*, Caso PCA No. 2012-26, Laudo de 14 de julio de 2012.

— (2015). *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia*, Caso PCA No. 2012-12, Decisión de Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015.

United Kingdom House of Lords (1982). *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands A.C.* 529, 536; 3 W.L.R. 906. Sentencia del 19 de noviembre de 1982.