

EL ABUSO DEL PROCESO EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES: «NEW SKIN FOR THE OLD CEREMONY»

ARTURO MUÑOZ ARANGUREN

Socio de Ramón C. Pelayo Abogados. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 2
Junio – Diciembre 2021
Págs. 119-158

Resumen: Este trabajo tiene como objeto el examen de la figura del abuso del proceso en el contexto del arbitraje internacional de inversiones. Se trata de una figura que ha alcanzado una gran notoriedad en los últimos tiempos, al ser recurrente su alegación en este tipo de arbitrajes. Se procede, en primer lugar, a realizar una labor de delimitación conceptual del abuso del proceso, como especie del género del abuso del derecho. A continuación, se formula una clasificación de la diversa tipología de este uso desviado del procedimiento arbitral, para acabar analizando los remedios aplicables para ponerle freno.

Palabras clave: Abuso del proceso – Abuso del derecho – Litigación abusiva – Arbitraje de inversiones – «*lusta causa litigandi*» – «Treaty shopping».

Abstract: This article analyzes the doctrine of abuse of process in the context of international investment arbitration. This theory has attained great prominence lately, being a recurring allegation in this type of arbitration. We will proceed, in the first place, to make a conceptual delineation of abuse of process as a species of the genus of abuse of rights. Afterwards, we will classify the diverse typology of this misuse of the arbitral proceedings, ending with an analysis of the remedies to stem it.

Keywords: Abuse of process – Abuse of rights – Vexatious litigation – Investment treaty arbitration – Reasonable cause – Treaty shopping.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL AUGE DEL ABUSO DEL PROCESO ARBITRAL. II. EL ABUSO DEL DERECHO Y DEL PROCESO: ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES.
1. *Una cuestión de principios.* 2. *El abuso del derecho como concepto jurídico indeter-*

minado. 3. *El abuso del proceso como un caso particular del abuso del derecho*. III. LA INTERDICCIÓN DEL ABUSO DEL PROCESO COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL. 1. *Derecho continental*. 2. *El common law*. 3. *El arbitraje internacional de protección de inversiones extranjeras*. IV. FENOMENOLOGÍA DEL ABUSO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS. 1. *Introducción*. 2. *Actuaciones abusivas tendentes a conseguir artificialmente la cobertura de un determinado tratado de inversiones*. 3. *La iniciación de procedimientos arbitrales paralelos*. 4. *La utilización del procedimiento arbitral con fines distintos de la genuina resolución de disputas*. V. LOS REMEDIOS CONTRA EL ABUSO DEL PROCESO ARBITRAL. 1. *La litispendencia y la cosa juzgada material*. 2. *La preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos*. 3. *La desestimación de la pretensión*. 4. *La imposición de las costas procesales*. 5. *La reclamación de los daños procesales*. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: EL AUGE DEL ABUSO DEL PROCESO ARBITRAL

1. El abuso del derecho y, en particular, del proceso, se ha convertido en los últimos tiempos en una de las alegaciones estrella en el ámbito del arbitraje de inversiones. Abundan los laudos y decisiones arbitrales que analizan la eventual concurrencia del ejercicio abusivo de un derecho subjetivo por una de las partes y, específicamente, de su vertiente procesal: el denominado *abuso del proceso*. De forma coetánea, se trata de una doctrina –la del abuso del derecho– cuya delimitación conceptual o incluso su existencia misma está siendo abiertamente cuestionada desde algunos sectores de la comunidad académica arbitral¹.

2. Las razones de esta sobreexposición del abuso del derecho en el ámbito arbitral no son sencillas de identificar. Probablemente, el auge de la invocación de esta doctrina responda a una diversa etiología. En primer lugar, es razonable inferir que el crecimiento exponencial de la tasa de litigación en las últimas décadas en las sociedades occidentales haya provocado la aparición de este tipo de patologías procesales y de la correlativa necesidad de ponerles freno, no solo en la jurisdicción ordinaria, sino también en la arbitral². En segundo lugar, se advierte por algunos comentaristas una progresiva polarización de las alegaciones de las partes en los arbitrajes internacionales: una suerte de progresiva *race to the bottom* de los argumentos defensivos³. A mi juicio, la mera aparición en los laudos arbitrales de referencias al abuso del proceso provoca que, con independencia de su limitado éxito, sean consideradas como

1. El trabajo reciente más notorio en esa línea es el de Paulsson, J., *The Unruly Notion of Abuse of Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
2. Para un análisis de la evolución histórica de la tasa de litigación, *cfr.* Muñoz Aranguren, A., *La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios*, Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 275.
3. Gaillard, E., «The Sociology of International Arbitration», en *Arbitration International*, n.º 31, 2015, p. 14.

un instrumento defensivo más por los abogados de las partes. Se produce así muy probablemente un cierto efecto «cascada» o de imitación⁴.

II. EL ABUSO DEL DERECHO Y DEL PROCESO: ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES

1. UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS

3. Frente a algunas teorizaciones del abuso del derecho ya periclitadas⁵, lo que esta idea pone de manifiesto es que, en determinados casos, el ejercicio de un derecho subjetivo por parte de su titular puede contravenir los principios que sirvieron de base, precisamente, al establecimiento normativo de ese derecho o prerrogativa⁶. De lo que se sigue que el abuso del derecho no pondría de manifiesto una colisión entre el ejercicio concreto de un derecho y la moral colectiva de la sociedad, sino entre una regla y los principios rectores que le sirven de sustento⁷.

4. No es infrecuente que los autores que cuestionan la posibilidad misma de existencia de abuso del derecho partan –a mi juicio, incorrectamente– de este entendimiento del abuso del derecho como una suerte de reserva moral incontrolable al servicio arbitrario del aplicador del Derecho⁸. Sin embargo, el abuso del derecho actúa, en realidad, como un mecanismo *autocorrector* del ordenamiento jurídico⁹. No se acude a las creencias morales –ya sean las del juez, las del árbitro o las de la sociedad en su conjunto, si es que tal abstracción existe– para concluir que determinado ejercicio de un derecho por parte de su titular es ilegítimo. Por el contrario, se examina si excepcionalmente ese ejercicio, *consideradas todas las circunstancias concurrentes*, contraviene los

4. Sobre el fenómeno de las «cascadas informativas» y cómo afectan al comportamiento humano y a la toma de decisiones, *vid.*, Conthe, M., *La paradoja del bronce*, Barcelona: Crítica, 2007, 2.ª ed., pp. 146-152.

5. Es el caso de Josserand, L., *De l'abus des droits*, París: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1905. Si bien su obra fue pionera a la hora de elaborar una sistematización doctrinal de esta figura, su apelación a la «función social» de los derechos subjetivos como límite a su ejercicio se antoja desde hace mucho superada. Pero *De l'abus des droits* tampoco merece un rechazo categórico: en ella se encuentra la semilla de lo que después sería la concepción *funcional* del derecho subjetivo. Cfr. Gómez Laplaza, M.ª C., «Abuso del derecho», en *Revista de Derecho Privado*, n.º 90, 2006, p. 15.

6. El concepto de abuso del derecho ha sido acogido por numerosas legislaciones de la familia del *civil law*. Cfr. art. 226 del Código Civil alemán; art. 2 del Código Civil de Suiza; art. 1295(2) del Código Civil de Austria; artículo 7 del Código Civil español; el artículo 13(2) del Código Civil de Holanda; o el art. 7 del Código Civil de Quebec.

7. Muñoz Aranguren, A., *op. cit.* (cita 2), pp. 35-41.

8. Paulsson, *op. cit.* (cita 1), p. 30. También, Byers, M., «Abuse of Rights: An Old Principle, a New Age», en *MacGill Law Journal*, vol. 47, 2002, pp. 412-414.

9. Atienza, M., Ruiz Manero, J., *Ilícitos atípicos*, Madrid: Trotta, 2000, p. 53.

principios que, en su momento, justificaron el reconocimiento legal de ese derecho.

5. Ello supone partir, como es lógico, de una concepción del Derecho que no sea puramente formalista. Y entiendo por tal esa suerte de positivismo romo que sostiene que el Derecho estaría constituido, única y exclusivamente, por reglas jurídicas¹⁰. Por decirlo con Dworkin, *el Derecho no consiste solo en un conjunto de normas, sino que es esencialmente una práctica social destinada a satisfacer ciertos valores*. Esto no quiere decir que el juez o el árbitro puedan prescindir de las reglas sino que, cuando el sistema jurídico ofrece reglas contradictorias entre sí o contrarias a los principios configuradores del sistema –o, simplemente, no ofrezca regla alguna aplicable al caso–, su tarea tendrá por objeto, precisamente, transformar ciertos principios en reglas¹¹.

6. Para los adalides de este positivismo formalista que niega la posibilidad misma de que pueda abusarse de un derecho subjetivo la tarea del aplicador del Derecho se reduciría, en último término, a una mera labor de subsunción. No creo que esta construcción sea dogmáticamente correcta ni refleje, en rigor, la realidad de las cosas. Naturalmente, no quiere decirse con esto que la aplicación del Derecho sea un acto de voluntad puramente decisionista, sino que se realiza por el juzgador utilizando el instrumento de la razón práctica.

2. EL ABUSO DEL DERECHO COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO

7. Una de las quejas retóricas más frecuentes contra la aceptación teórica del abuso del derecho se debe a su condición –por utilizar la feliz expresión de Díez-Picazo y Ponce de León– de *tipo abierto*. Pero que se trate de un concepto de textura abierta –es decir, de un concepto jurídico indeterminado– no significa que para el aplicador del Derecho exista una panoplia de soluciones jurídicamente alternativas igualmente aceptables.

8. Utilizando la metodología analítica de la doctrina administrativista alemana del siglo pasado –que me sigue pareciendo útil¹²–, en el círculo inferior del concepto de abuso del proceso nos encontraríamos en el terreno de la *certeza positiva*. Es decir, una zona en la que de manera evidente concurre el uso desviado de un derecho, como cuando se acciona ante los tribunales con el único ánimo de causar un daño ilegítimo a un tercero. En el círculo externo hallaremos aquella zona en la que de modo evidente el uso torcido del derecho

10. Me parece que Paulsson incurre en este error metodológico, *op. cit.* (cita 1), *passim*.

11. Cfr. De Montalvo Jääskeläinen, E, «¿Puede el Derecho afrontar la disrupción con reglas? Una reflexión acerca del papel de los principios en el sistema jurídico», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 54, 2020, p. 21.

12. Para un análisis en español de su origen, Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid: BOE, 2015, 4.ª ed., pp. 241-254.

no se da (cuando, por ejemplo, se sostiene ante los tribunales determinada interpretación de una norma efectivamente discutida en el seno de la comunidad jurídica). El problema, naturalmente, lo encontramos en el centro, en aquella zona denominada como el «halo de concepto», por ser unas de las características *zonas grises* del Derecho.

9. Pero conviene no olvidar que, aunque utilizando este tipo de conceptos la ley se refiere a una esfera de realidad cuyos contornos no aparecen precisados matemáticamente en su enunciado, ello no se debe traducir en una indeterminación de sus aplicaciones concretas al mundo de los hechos sensibles. Estas aplicaciones sólo permiten una única solución justa y correcta en cada caso, por decirlo nuevamente a la manera de Dworkin¹³. El juez o el árbitro, cuando deben determinar si el ejercicio concreto de un derecho es o no abusivo, no gozan de discrecionalidad alguna. Como supo ver con extraordinaria agudeza García de Enterría, lo peculiar de los conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación, en una circunstancia concreta, no puede ser más que una¹⁴. Porque es consustancial a la condición de concepto jurídico indeterminado el hecho de que se trate de un fenómeno esencialmente dilemático. Dicho con otras palabras, tomando en consideración unos hechos y un contexto determinados, el abuso del derecho existirá o no, sin que quepan soluciones intermedias o gradaciones en cuanto a su dosis de antijuridicidad.

10. No deja de resultar irónico, por lo demás, que los comentaristas opuestos a la aceptación de doctrina del abuso del derecho en el ámbito del arbitraje internacional aludan a su vaguedad conceptual¹⁵ cuando, como es sabido, la protección internacional de los inversores se formaliza en los tratados a través de toda suerte de conceptos jurídicos indeterminados, como la «plena protección y seguridad del inversor, igualdad de trato, trato no menos favorable que el dispensado a los nacionales del país receptor de la inversión o de otros tratados ratificados por el Estado en cuestión, no discriminación en la gestión, mantenimiento, uso, disfrute y venta o liquidación de las inversiones, trato justo y equitativo o la llamada cláusula de nación más favorecida¹⁶».

13. Entendiendo por tal única solución correcta, para ser del todo preciso, una situación de partida, no de llegada. Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 302.

14. «La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de Gobierno, Poderes normativos)», en *Revista de Administración Pública*, 1962, p. 172.

15. Así, Paulsson, J., *op. cit.* (cita 1), pp. 36-44. También, en su día, Gutteridge, H. C., «Abuse of Rights», en *Cambridge Law Journal*, Vol. 5, 1935, pp. 43-44.

16. Cremades, B., «El arbitraje internacional en la encrucijada de la crítica», en *Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2018, p. 33, disponible en fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2018/03/el-arbitraje-internacional-en-la-encrucijada-de-la-critica-bcremades.pdf.

3. EL ABUSO DEL PROCESO COMO UN CASO PARTICULAR DEL ABUSO DEL DERECHO

11. En mi entendimiento, el abuso del proceso no es sino una manifestación del abuso del derecho, concretado en la utilización de aquel de forma contraria a sus fines institucionales. La litigación abusiva consiste en un uso injustificado –ya sea por el actor o por el demandado– del derecho a la tutela judicial o arbitral, materializado en el ejercicio de acciones (u oposición a las mismas) sin «causa razonable» (*reasonable cause*). Es decir, insostenibles desde un punto de vista fáctico o jurídico por carecer de un fundamento mínimamente sólido¹⁷. Y ello con independencia de la concurrencia o acreditación del elemento intencional, pues lo relevante es que se propicie –o mantenga– un litigio sin *iusta causa litigandi*¹⁸.

12. La falta de razonabilidad debe evaluarse desde un punto de vista objetivo –no con arreglo a la creencia subjetiva del litigante–, tal y como lo haría «una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias del asunto¹⁹».

13. No es extraño que a cierto sector de la doctrina, especialmente de rai-gambre anglosajona, la simple exposición del concepto le parezca rechaza-

17. Muñoz Aranguren, *op. cit.* (cita 2), p. 35. El concepto de *reasonable cause* –equivalente al de *iusta causa litigandi* en el Derecho continental– se encuentra arraigado desde hace mucho en el *common law*: «A litigant will lack probable cause for his action either if he relies upon facts which he has no reasonable cause to believe to be true, or if he seeks recovery upon a legal theory which is untenable under the facts known to him». *Soukup v. Law Offices of Herbert Hafif* 39 C.4th 260 (2006).

18. Por ausencia de *iusta causa litigandi* o razón derecha para litigar debemos entender el ejercicio de una acción –o la oposición a la misma– sin una base, jurídica y/o fáctica, mínimamente razonable. La caracterización más extendida del abuso del derecho comprende tanto los actos de emulación (realizados con intención de dañar), lo que suele denominarse como *vertiente subjetiva* del abuso, como el ejercicio de un derecho de forma que sobrepase manifiestamente los límites normales de esa prerrogativa (*vertiente objetiva*).

19. Por usar la locución, especialmente afortunada, de las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, adoptadas por Acuerdo del Consejo de la IBA de 23 de octubre de 2014. La cuestión relativa la exigencia del elemento subjetivo del abuso no ha despertado especial interés en la doctrina arbitral. Entre las excepciones, Levy, D., *Labus de l'ordre juridique arbitral: contributions de la doctrine de l'abus de droit à l'arbitrage international* (tesis doctoral), París: Université Panthéon-Assas, 2013, pp. 475-480. Este autor aboga por suavizar la exigencia de este elemento subjetivo, con una línea de razonamiento que, en lo básico, comparto. Más que un presupuesto de la existencia del abuso, este *animus nocendi* puede ser un indicio de la utilización desviada de un derecho subjetivo. Pero ese abuso puede apreciarse incluso sin la concurrencia de ese elemento subjetivo, como consecuencia de las condiciones objetivas del ejercicio de la prerrogativa. El laudo de 17 de diciembre de 2015, *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, CNUDMI, PCA caso n.º 2012-12, apunta en esa misma dirección. *Neckarpri GmbH c. EDF International S.A.S. (EDFI)*, CCI, laudo de 6 de mayo 2016, disponible en landtagbw.de/files/live/sites/LTBW/files/dokumente/WP16/Drucksa-chen/0000/16_0043_D.pdf.

ble²⁰. Sospecho que esas reticencias obedecen a que el abuso del proceso, al igual que el género del que forma especie, está dotado de una estructura *esencialmente paradójica*. En efecto, nos encontramos con que el ejercicio de un derecho subjetivo puede, en casos excepcionales, tornarse ilegítimo. Lo que *prima facie* parece pugnar con la idea misma de derecho subjetivo, entendido como el haz de facultades permisibles reconocido por el legislador –o por un contrato– a su titular. Descripción que entronca con la noción de paradoja, ya sea entendida como un principio formal que implica una contradicción o, en el sentido amplio, entendida como un principio formal que conlleva una consecuencia contraintuitiva²¹.

14. Me parece hasta cierto punto estéril discutir si el ejercicio de un derecho de forma contraria a su fin institucional constituye, bien un abuso de ese derecho, bien una actuación que cae fuera de la órbita inclusiva de esa prerrogativa (de forma que no estaría amparada por la norma que reconoce tal derecho²²). Estando conforme con que no todo ejercicio de un derecho está permitido y que, en función de las circunstancias concurrentes, puede llegarse a la conclusión de que contraviene los principios que inspiran su reconocimiento, estimo secundario polemizar sobre si a eso debemos llamarlo «abuso del derecho» o, simplemente, una actuación antijurídica que no puede calificarse como un legítimo ejercicio o manifestación de un derecho subjetivo²³.

15. En el caso del abuso del proceso quizá sea precisa una delimitación conceptual adicional²⁴. Algunos autores sostienen que, en estos casos, de lo

20. El ya citado Paulsson, J., *op. cit.* (cita 1), *passim*. También, Byers, M., «Abuse of Rights: An Old Principle, a New Age», en *MacGill Law Journal*, Vol. 47, 2002, pp. 411-412.

21. Ausín, T., *Entre la lógica y el Derecho. Paradojas y conflictos normativos*, Madrid: Plaza y Valdés, 2005, p. 60.

22. Los detractores del abuso del derecho repiten como un mantra un pasaje de Planiol, para quien esta doctrina no era más que una logomaquia, «pues si hago uso de mi derecho, el acto es lícito; y cuando es ilícito es porque me he excedido de mi derecho»: *Traité élémentaire de droit civil*, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1901, p. 265. Bien mirado, este planteamiento no es más que una paradoja semántica, convincentemente refutada por Peña, L. y Ausín, T., «¿Cabe un abuso de los derechos positivos?», en Peña, L., Ausín, T. (eds.), *Los derechos positivos: Las demandas justas de acciones y prestaciones*, México-Madrid: Plaza y Valdés, 2006, pp. 387-401.

23. No creo que merezca la pena malgastar esfuerzos en un debate puramente nominalista, pero me parece pertinente advertir que los apologistas de la imposibilidad lógica del abuso del derecho incurren en lo que la dogmática penal denomina como «fraude de etiquetas». Porque, llamemos este fenómeno de una forma u otra, el problema (la existencia de un *ilícito atípico*) seguirá siendo el mismo y no va a desaparecer.

24. Existe otra frecuente confusión doctrinal y jurisprudencial, esta vez sobre la interacción entre la figura del abuso del derecho y el recurso a la ponderación de derechos –especialmente, cuando lo son fundamentales– enfrentados. No puedo ocuparme de esta cuestión aquí con detalle, pero sí creo oportuno aclarar que el análisis de si se ejercitó el derecho o no de forma abusiva antecede al de la ponderación de los derechos en conflicto. El abuso del derecho actúa como un límite interno de este, mientras que la ponderación de ese de-

que se abusaría es del proceso en sí mismo considerado, pero no del «derecho a litigar²⁵». A mi juicio, cuando se alude al abuso del proceso se quiere indicar que se ha hecho un ejercicio desviado del derecho a la tutela judicial –o arbitral–. Porque lo decisivo es que se abusa de un derecho subjetivo y no, en rigor, de una sucesión jurídicamente regulada de actos tendentes a la aplicación o realización del Derecho en un caso concreto (por utilizar la definición clásica del proceso enunciada por el profesor De la Oliva). De la misma forma que nadie sostiene seriamente que quien abusa de su derecho de propiedad está abusando, en realidad, de un bien inmueble, debemos darnos cuenta de que lo nuclear en el fenómeno abusivo es la activación por parte del abutente de un *derecho subjetivo* de forma desviada, *no los medios empleados para ello*²⁶. En el caso del abuso del proceso este derecho no es otro que el derecho de acceso a los tribunales o a su «equivalente jurisdiccional» *funcional*²⁷ en caso de sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje²⁸.

recho con otro enfrentado constituiría, a su vez, un límite externo a su concreto ejercicio. Sobre esta cuestión, *vid.* Muñoz Aranguren, A., «Abuso del derecho y ponderación de derechos», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2018, pp. 35-49.

25. Así, Paulsson, J., *op. cit.* (cita 1), p. 96.
26. La doctrina procesalista francesa, italiana y alemana son prácticamente unánimes a la hora de considerar el abuso del proceso, en rigor jurídico, como una manifestación del abuso del derecho a la tutela judicial. Cfr. Cadiet L. *et al*, *Théorie générale du procès*, París: PUF, 2010, p. 87. Wiederkehr, G., «La notion d'action en justice d'après l'art. 30 du nouv. Code de procédure civile», Toulouse: Université Toulouse, 1981, p. 949 o Courtieu, G., «Droit à réparation, Abus de droit. Notion», en *Juris-classeur. Responsabilité civile, article 1382 à 1386*, Fas. 131-1, n° 3, 1997, p. 14. También, Taruffo, M., *Páginas sobre justicia civil* (trad. Aramburo Calle, M.), Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 211. Por lo se refiere a la doctrina alemana, *vid.*, por todos, Burkhard, H., «Abuse of Procedure in Germany and Austria» en *Abuse of Procedural Rights Comparative Standards of Procedural Fairness*, (ed. Michele Taruffo), La Haya, Kluwer, 1999, pp. 151-179.
27. Es cierto que la concepción del arbitraje como «equivalente jurisdiccional» hace mucho que entró en crisis en España, al imponerse progresivamente la tesis de que es un medio de heterocomposición que no tiene su asiento normativo en el artículo 24 CE, sino en el artículo 10 CE, que proclama la dignidad y la autonomía de la persona (*vid.* el voto particular de Xiol Ríos a la STC 1/2018, 11 de enero, así como las posteriores SSTC 46/2020, de 15 de junio, 17/2021, de 15 de febrero, 55/2021, de 15 de marzo, y 65/2021, de 15 de marzo). Pero como precisa Schumann Barragán, «el árbitro, si así lo han querido las partes, interpreta y aplica el Derecho objetivo al caso concreto. En ese sentido, puede considerarse que el árbitro lleva a cabo parte de la función jurisdiccional: dice el Derecho al caso concreto. Sin embargo, desde luego, esto no lo convierte en un órgano judicial dotado de potestad jurisdiccional»: Schumann Barragán, G., «El arbitraje de inversiones en los tratados de libre comercio de nueva generación: un análisis nacional desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12 (2), 2020, p. 1457. También sobre este particular, tempranamente, Gascón Inchausti, F., «La notificación del laudo arbitral como requisito para su ejecución forzosa», en *Arbitraje*, vol. I, 2008, p. 89.
28. En el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de diciembre de 2020, el prelegislador acuña un novísimo concepto jurídico indeterminado: el «abuso del servicio público de justicia». Más allá del alambicado lenguaje empleado, el Anteproyecto está aludiendo al

16. Finalmente, es oportuno aclarar que no constituyen abuso del proceso en sentido estricto las eventuales actuaciones o conductas intraprocesales abusivas²⁹. Es decir, las que tienen lugar *dentro del proceso*. El abuso del proceso contempla a este, por así decirlo, *externamente*, en sí mismo considerado, *en su integridad*.

III. LA INTERDICCIÓN DEL ABUSO DEL PROCESO COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. DERECHO CONTINENTAL

17. La doctrina del abuso del proceso, como especie dentro del género del abuso del derecho, ha sido reconocida desde hace mucho, tanto por los ordenamientos jurídicos de origen romano-germánico, como de *common law*.

18. Por lo que se refiere al *civil law*, es sabido que la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales acogen de una u otra forma la doctrina del abuso de derecho. En algunos casos, a través de una norma de derecho positivo –como ocurre en España, en Suiza³⁰ o en Alemania³¹–. En otros, como Francia e Italia, aunque no exista un precepto en sus ordenamientos que recoja el abuso del derecho como principio general, ello no ha impedido su desarrollo jurisprudencial y aplicación frecuente por los tribunales –incluido el abuso del derecho a litigar–. Esta disparidad quizá explique por qué los textos europeos de armonización del Derecho privado, como los Principios UNIDROIT, los Principios de Derecho europeo de los contratos (PECL) o los Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil (PETL) no contengan una referencia explícita al abuso del Derecho³², pero sí al principio de buena fe³³: art. 1.7 de

abuso en el ejercicio de un derecho subjetivo. En la Exposición de Motivos se define así: «Surge así la noción del abuso del servicio público de Justicia, actitud incompatible de todo punto con su sostenibilidad, como *utilización indebida del derecho fundamental de acceso a los tribunales* con fines meramente dilatorios o cuando las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación».

29. Sobre esta distinción, *vid.* Ascensio, H., «*Abuse of Process in International Investment Arbitration*», en *Chinese Journal of International Law*, n.º 13, 2014, p. 767. También, *Cementownia «Nowa Huta» S.A. v. Republic of Turkey*, CIADI, caso n.º ARB(AF)/06/2, laudo de 17 de septiembre de 2009, párr. 158.
30. Art. 2.2. del Código Civil suizo: «*Labus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi*» («El manifiesto abuso de un derecho no está protegido por la Ley»).
31. § 226 del BGB (Código Civil alemán): «*Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*». («El ejercicio de un derecho no será permitido si su único propósito posible consiste en causar un daño a otro»).
32. También, lógicamente, es plausible que haya influido la falta de desarrollo en el Derecho anglosajón de esta figura.
33. El profesor Miquel González hizo notar las dificultades de la doctrina científica en la delimitación de los conceptos de abuso de derecho y ejercicio contrario a la buena fe: *Comentarios del Código Civil*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, tomo I, p. 46. No

los Principios UNIDROIT, arts. 1:106 (1) y 1:201 de los Principios del Derecho europeo de contratos o el art. I.-1:103 del DCFR (*Draft of Common Frame of Reference*). Por el contrario, el art. 17 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos sí contempla explícitamente la prohibición del abuso del derecho.

19. Otra referencia relevante es la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, modificando su posición inicial, ha proclamado con carácter general la aplicabilidad del abuso de derecho a las normas comunitarias:

Se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que los justiciables no pueden prevalerse de manera fraudulenta o abusiva de las normas jurídicas del Derecho de la Unión y que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden en cada caso concreto, basándose en elementos objetivos, tener en cuenta el comportamiento abusivo o fraudulento de las personas afectadas a fin de denegarles, en su caso, el beneficio de las disposiciones de dicho Derecho³⁴.

2. EL «COMMON LAW»

20. La técnica del *distinguishing* ha permitido históricamente a los jueces anglosajones interpretar con flexibilidad sus precedentes y descartar su aplicación cuando las circunstancias del caso concreto evidenciaran el ejercicio de un derecho de forma contradictoria a los principios que fundamentaron su reconocimiento previo. Al no verse compelidos a reconocer el ejercicio de derechos formalmente válidos cuando las circunstancias concretas del caso lo desaconsejaran, no han tenido que recurrir a la figura del abuso del derecho para rechazar resultados materialmente injustos³⁵.

21. Otro factor coadyuvante es la relativización de la *ratio decidendi* (*holding*) de los precedentes jurisprudenciales con el transcurso del tiempo, lo que también ha permitido a los jueces angloamericanos aplicar de forma flexible

puedo extenderme aquí sobre este extremo, pero sostengo que el abuso del derecho es un concepto que goza de autonomía propia. Cfr. Muñoz Aranguren, A. (cita 2), pp. 103-128.

34. STJUE de 21 de julio de 2011, caso *Tural Oguz contra Secretary of State for the Home Department*. asunto C-186/10. Aunque no fue siempre así. Cfr. las Conclusiones del Abogado General Giuseppe Tesaurò presentadas el 4 de febrero de 1998, caso C-367/96, *Kefalas y otros*. Un punto de inflexión en la jurisprudencia del TJUE lo constituye el caso *Halifax*. En las Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro se abogaba por acoger el principio de «prohibition of abuse of Community Law», si bien la posterior Sentencia del TJUE prefirió aludir al concepto, más difuso, de «abusive practice». Cfr. Sentencia del TJUE de 21 febrero 2006, caso *Halifax plc y otros contra Commissioners of Customs & Excise*, asunto C-255/02.

35. Cfr. Paton, G., *A Text-Book of Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press, 1972, p. 106.

las reglas fijadas por la jurisprudencia anterior, evitando que condujeran a resultados inicuos³⁶.

22. Con todo, la noción de abuso del proceso no es en absoluto desconocida en las principales jurisdicciones del *common law*, habiéndose implementado diversas medidas para neutralizar sus efectos. Por ejemplo, en Inglaterra y Gales –en mayor medida, por ejemplo, que en España– se combina el uso de herramientas estrictamente procesales (el rechazo *in limine litis* de la demanda abusiva, la imposición al abogado abutente de las *wasted costs orders*, las *anti-suit injunctions*, la exigencia de autorización judicial previa para que un litigante querulante pueda iniciar nuevas acciones, etc.), con otras de Derecho Civil sustantivo, como es la acción de resarcimiento de los daños procesales (el *tort* de *civil malicious prosecution*³⁷). En efecto, los instrumentos contra el abuso del proceso no se ciñen en el Derecho inglés a un simple *tort* (ilícito civil), sino que también se arbitran medidas procesales. Una demanda judicial abusiva puede, por ejemplo, ser rechazada de forma preventiva por los tribunales (*strike out*), sin necesidad de tramitar todo el procedimiento³⁸.

23. En 2016, el Tribunal Supremo del Reino Unido analizó los precedentes clásicos del *common law* relativos a la reparación indemnizatoria de estos daños procesales (el *tort* de *malicious prosecution*), realizando una interpretación expansiva de los mismos –que en algunos casos databan de varios siglos– y dictando una sentencia, *Willers v Joyce & Another*,³⁹ llamada a ser el *leading case* en la materia para las próximas décadas. En concreto, esta sentencia –por ajustada mayoría de solo un voto– sostiene que son indemnizables con carácter general todos los daños derivados de la litigación abusiva civil, y no solo de la penal (como se entendía hasta ese momento).

24. Junto a este *tort*, el Derecho inglés reconoce otro íntimamente relacionado⁴⁰. Se trata del denominado *abuse of process*, que consiste no tanto

36. Vid., Sunstein, C., *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge: Harvard University Press, 1999, pp. 19-23. También, Stinson, J., «Why Dicta Becomes Holding and Why It Matters», en *Brooklyn Law Review*, Vol. 76, 2010.

37. Para un examen en detalle de estas medidas, *cfr.* Muñoz Aranguren, A., *op. cit.* (cita 2), pp. 245-262.

38. La regla 3 A) de las *Civil Procedure Rules* vigentes en Inglaterra y Gales (1998), que trae causa de los precedentes jurisprudenciales que permitían esta inadmisión *in limine litis*, consagra normativamente esa posibilidad. Por lo que se refiere a las condiciones y requisitos de este *strike out*, *vid.* sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido de 27 de junio de 2012, *Fairclough Homes Limited v. Summers*, [2012] UKSC 26. Para un análisis de esta cuestión, De Prada Rodríguez, M., Muñoz Rojo, R., *El proceso civil inglés*, Granada: Comares, 2014, pp. 122-125.

39. [2016] UKSC 43. El camino había sido en buena medida allanado por la previa sentencia del *Judicial Committee of the Privy Council* del caso *Crawford Adjusters and others v Sagikor General Insurance (Cayman) Limited and another*, [2013] UKPC 17, de 13 de junio de 2013.

40. Dejamos al margen de este análisis otro *tort* (*maintenance*, conocido en su forma agravada

en el inicio malicioso de un procedimiento –civil o penal– contra un tercero (de hecho, puede que formalmente la tutela judicial impetrada sea legítima), sino en su uso indebido para obtener un propósito esencialmente distinto (el denominado *collateral purpose*) de aquel para el que fue diseñado⁴¹. Aun cuando se trata de una conducta usualmente atribuida a los demandantes, se entiende que este *tort* también puede consistir en una defensa procesal abusiva. En este *tort* –muchas veces muy difícil de diferenciar en la práctica del *malicious prosecution*–, el énfasis se pone en el denominado uso impropio del procedimiento.

25. En palabras de John Fleming, uno de los tratadistas más influyentes del *common law*, el *tort* derivado del abuso del proceso es «probablemente, la más clara ilustración en nuestro Derecho de lo que los civilistas [continentales] llaman un “abuso del derecho”»⁴².

26. Al igual que ocurre con el Derecho inglés, tampoco en los Estados Unidos cristalizó la figura del abuso del derecho. La exigencia a los abogados de un alto estándar de probidad actúa, en línea de principio, como elemento disuasorio de las acciones judiciales más manifiestamente abusivas. En general, el Derecho norteamericano –un ordenamiento jurídico sobre el que es difícil realizar afirmaciones categóricas, habida cuenta de que en él coexisten la jurisdicción federal con la propia de cada uno de los Estados– es más proclive a las medidas reactivas contra el abuso del proceso –que no suele recibir allí esa denominación– que a las preventivas, combinando remedios procesales y sustantivos.

27. Por un lado, existe unanimidad en las jurisdicciones estatales en entender, en principio, indemnizables todos los daños provocados por la litigación civil abusiva, y así se recoge en los *Restatements of the Law*⁴³. Es probable que la inaplicación del principio de vencimiento objetivo en materia de costas procesales haya provocado en EE. UU. el temprano acogimiento –también cuando se trataba del abuso del proceso civil– del *tort* del Derecho inglés co-

como *champerty*), que ha desaparecido de la mayoría de las jurisdicciones del *common law* (incluida la inglesa) y que no constituye más que un residuo histórico –en aquellas en las que formalmente persiste–, ya que hace mucho que esta acción ha dejado de ser ejercitada ante los tribunales. En este caso, el acto ilícito consistiría en intermediar o costear la litigación entre terceros.

41. La definición clásica del «*improper purpose*» –a veces también denominado «*collateral purpose*» – se recoge en la sentencia de la *High Court* australiana del caso *Varawa v. Howard Smith Co. Ltd* (1911): «[T]he term ‘abuse of process’ connotes that the process is employed for some purpose other than the attainment of the claim in the action. If the proceedings are merely a stalking-horse to coerce the defendant in some way entirely outside the ambit of the legal claim upon which the Court is asked to adjudicate, they are regarded as an abuse for this purpose».

42. *The law of torts*, Sydney: The Law Book Company, 1998, 9.^a ed., p. 623. Cursiva añadida.

43. § 674 y § 677.

nocido como *malicious prosecution*. Por otro, la legislación federal permite, al igual que en Inglaterra y Gales, la adopción contra los litigantes querulantes o vejatorios de medidas restrictivas para el ejercicio de acciones judiciales. Así, con base en el apartado § 1651 (a) de la *All Writs Acts*⁴⁴, aunque de forma muy excepcional, los tribunales federales han emitido este tipo de órdenes, que sujetan el ejercicio de acciones a una previa autorización judicial. Por su parte, la regla 38 de las *Federal Rules of Appellate Procedure* contempla la posibilidad de condenar al apelante al pago de una indemnización a la contraparte por los daños derivados de un recurso interpuesto careciendo manifiestamente de fundamento.

3. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS

28. A la vista de lo expuesto, me parece difícil sostener que la interdicción del abuso del derecho a litigar —en otras palabras, del abuso del proceso— no sea ya un principio de aceptación casi generalizada por los ordenamientos jurídicos nacionales y que no merezca ser reconocido como un principio general de derecho internacional⁴⁵. De hecho, como a continuación se verá, se han dictado a lo largo de la última década una importante serie de laudos —desde la decisión pionera del asunto *Phoenix*⁴⁶— en el ámbito del arbitraje internacional de inversiones, que reconocen explícitamente esta doctrina como parte del acervo jurídico de la comunidad internacional. Sirva de muestra lo afirmado por el tribunal arbitral (CIADI) del asunto *Orascom* en su laudo de 31 de mayo de 2017⁴⁷:

It is undeniable that «the doctrine of abuse has a role to play» in the context of certain forms of conduct in investment arbitration, as Prof. Dolzer, the Claimant's international law expert, recognized at the Hearing. The doctrine of abuse of rights prohibits the exercise of a right for purposes other than those for which the right was established [...]. However, as a «general

44. «The Supreme Court and all courts established by Act of Congress may issue all writs necessary or appropriate in aid of their respective jurisdictions and agreeable to the usages and principles of law».

45. En el *Final Report on Lis Pendens and Arbitration* de la ILA (2006), párr. 64, todavía se apreciaban algunas reservas: «*The limited acceptance of procedural unfairness or abuse regarding res judicata does not imply that the Committee endorses a general theory of procedural unfairness or abuse in international commercial arbitration. The broader ramifications of any such theory need further research including its characterization (contractual and/or procedural) and its scope of application which exceeds the ambit of the res judicata project*».

46. *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, CIADI, caso n.º ARB/06/5, laudo de 15 de abril de 2009.

47. *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria*, CIADI, caso n.º ARB/12/35, párr. 540.

principle applicable in international law as well as in municipal law», the prohibition of abuse of rights may equally apply in contexts other than the one just mentioned. Indeed, in the words of Sir Hersch Lauterpacht, «there is no legal right, however well established, which could not, in some circumstances, be refused recognition on the ground that it has been abused.

29. Otro laudo significativo fue el dictado en el asunto *Philip Morris*⁴⁸. El tribunal (CNUDMI) hace notar que existe una consistente *arbitral case law* que admite la aplicación de la doctrina del abuso del proceso en el contexto de los arbitrajes iniciados por inversores extranjeros contra Estados signatarios de tratados bilaterales de protección (cfr. párrs. 545 a 554)⁴⁹. Pero es probable que el pronunciamiento reciente más rotundo sea el del tribunal arbitral (CIA-DI) del asunto *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*,⁵⁰ en cuyo laudo se afirma que «*the Tribunal agrees that the general principle of the prohibition of abuse of process applies in the context of multiple proceedings before international tribunals*».

30. Es sabido que en el ámbito del Derecho internacional público no rige el principio *stare decisis*, de forma que los precedentes no son vinculantes para los tribunales arbitrales. No obstante, ostentan una innegable autoridad persuasiva y su coherencia servirá para dotar de credibilidad a este sistema de resolución alternativa de conflictos en materia de inversiones extranjeras. En palabras del tribunal arbitral (CIADI) del asunto *Saipem*⁵¹:

The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law.

31. A la vista de lo hasta ahora expuesto, es patente que existe ya un sólido *corpus* de doctrina arbitral –aunque no sea unánime– que acoge la doctrina

48. *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, CNUDMI, PCA caso n.º 2012-12, laudo de 17 de diciembre de 2015, párr. 585.

49. Concluyendo que «585. *In view of the above considerations, the Tribunal concludes that the commencement of treaty-based investor-State arbitration constitutes an abuse of right (or abuse of process) when an investor has changed its corporate structure to gain the protection of an investment treaty at a point in time where a dispute was foreseeable*». *Cursiva añadida*.

50. Caso n.º ARB/13/13, laudo de 27 de septiembre de 2017, párr. 376.

51. *Saipem S.p.A. v People's Republic of Bangladesh*, laudo de 21 de marzo de 2007, CIADI, caso n.º ARB/05/7, párr. 67.

del abuso del proceso como principio general aplicable en el arbitraje internacional de inversiones. Esta tendencia es clara y crecientemente mayoritaria en el panorama del arbitraje internacional⁵².

32. Fuera de este ámbito de la protección de las inversiones extranjeras, debe dejarse constancia igualmente de que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha reconocido esta figura (la interdicción del abuso del derecho y, específicamente, del proceso) como un principio general que forma parte del Derecho internacional (por ejemplo, en *Equatorial Guinea v. France*, párrs. 146 y 150-151, decisión de 6 de junio de 2018⁵³). Ahora bien, también es cierto que, salvo error por mi parte, la CIJ no ha dictado todavía resolución alguna acogiendo esta alegación cuando ha sido invocada por la parte demandada, ya que suele ser sistemáticamente rechazada al apreciar la Corte que no concurren los presupuestos excepcionales necesarios para su aplicación al asunto litigioso.

33. Por último, debe hacerse mención también al informe del Secretariado de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 24 de marzo de 2017 («*Possible future work in the field of dispute settlement: Concurrent proceedings in international arbitration*»), donde puede leerse que «*a ground upon which an arbitral tribunal could dismiss abusive claims is the prohibition of abuse of process, a generally recognized international law principle*» (párr. 17).

34. En definitiva, en la actualidad es difícil negar al abuso del derecho la condición de principio general ampliamente reconocido por el Derecho Internacional. Que su acogimiento sea muy puntual en la práctica por no darse sus estrictos presupuestos de aplicación —lo que no debe extrañar, al ser una figura de naturaleza excepcional— no significa que su reconocimiento se cuestione por la mayoría de la comunidad jurídica que, lejos de negar su carácter de principio general, lo admite sin apenas fisuras.

52. Además de los laudos ya mencionados, cabe citar también *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, CIADI, caso n.º ARB/12/14 and 12/40, laudo de 6 de diciembre de 2016; *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania*, CIADI, caso n.º ARB/11/24, laudo de 30 de marzo de 2015; *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, CIADI, caso n.º ARB/12/11, laudo de 1 de febrero de 2016; *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, CIADI, caso n.º ARB(AF)/07/2, laudo de 13 de agosto de 2009; *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, CIADI, caso n.º ARB(AF)/07/2, laudo de 13 de agosto de 2009; o *Cementownia «Nowa Huta» S.A. v. Republic of Turkey*, CIADI, caso n.º ARB(AF)/06/2, laudo de 17 de septiembre de 2007.

53. Para un análisis del tratamiento del abuso del derecho por la Corte Internacional de Justicia, cfr. Baetens, F., «*Abuse of process and Abuse of rights before the ICJ: even more popular, ever less successful?*», entrada disponible en este enlace: ejiltalk.org/abuse-of-process-and-abuse-of-rights-before-the-icj-ever-more-popular-ever-less-successful/.

IV. FENOMENOLOGÍA DEL ABUSO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

1. INTRODUCCIÓN

35. Tras la precedente tarea de desbroce conceptual, estamos ya en condiciones de identificar las manifestaciones más destacadas del abuso del proceso en el ámbito del arbitraje de inversiones. No se trata de una lista tasada, sino de una taxonomía de aquellas manifestaciones del abuso del proceso que, a la vista de la práctica arbitral, parecen más recurrentes.

36. Como explica Cremades, la estructura del marco jurídico del arbitraje de protección de inversiones es siempre muy similar, con independencia de que se instaure por vía de un tratado, de un convenio específico de inversión o por la legislación nacional. El Estado receptor de la inversión asume una serie de compromisos cuyo cumplimiento se asegura mediante la posibilidad de que el inversor extranjero pueda demandar la tutela arbitral internacional en defensa de sus derechos (y no solo acudir a la jurisdicción ordinaria interna). Por ello, el convenio arbitral surge, por así decirlo, de la oferta del Estado y de la aceptación del inversor demandante manifestada mediante el inicio del procedimiento arbitral correspondiente, sin necesidad de suscripción por escrito de un pacto arbitral previo *inter partes*⁵⁴. Los tratados de protección de inversores permiten a estos acudir al arbitraje internacional, pero no se les obliga a escoger esa vía, estando siempre expedita la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria. Lógicamente, la posibilidad de acudir a estos arbitrajes internacionales en caso de conflicto con el Estado receptor de la inversión constituye un atractivo incentivo para invertir, sobre todo en aquellos países cuyo poder judicial no es verdaderamente independiente⁵⁵.

2. ACTUACIONES ABUSIVAS TENDENTES A CONSEGUIR ARTIFICIOSAMENTE LA COBERTURA DE UN DETERMINADO TRATADO DE INVERSIONES

37. La tipología más conocida del abuso del proceso en el ámbito del arbitraje internacional lo constituye el intento por parte de determinados inversores de acudir, de forma artificiosa, a la protección otorgada por determinados tratados de inversión (el denominado *treaty shopping*).

38. Esta estrategia abusiva se materializa –una vez que el conflicto ha surgido o es altamente previsible que lo sea– mediante algún tipo de operación societaria destinada a convertir lo que sería un previsible litigio doméstico en

54. *Op. cit.* (cita 16), pp. 15-18.

55. Casas Martínez, M., «Arbitraje de inversión y abuso de Derecho: ¿Soluciones de Derecho internacional privado?», en *Arbitraje*, vol. IX, n.º 2, 2016, p. 399.

un arbitraje internacional de inversiones, de forma que el inversor pase a estar protegido por un determinado tratado de cara a esa disputa en ciernes contra un Estado. Naturalmente, no se pone en duda que cualquier inversor puede legítimamente, en el momento de realizar su inversión, diseñar su estructura corporativa en la forma que entienda oportuna y, además, buscando la máxima protección para el caso de que surgiera algún tipo de fricción con el Estado donde esa inversión se residencia. Sería una suerte de «economía de opción» aplicada al ámbito jurídico. De la misma manera que se permite al inversor realizar una planificación estratégica buscando una optimización de sus bases impositivas, también lo es que pueda procurarse *ex ante* la protección jurídica que –dentro de los límites de lo permitido por el ordenamiento jurídico– entienda oportuna.

39. Distinto es el caso de aquellos inversores que, una vez nacido el conflicto o siendo altamente previsible que este se inicie, realizan operaciones intrasocietarias con el único fin de asegurarse que la disputa se ventilará, de forma artificial, al amparo de un tratado de inversiones concreto al que en principio, de forma natural, no podrían acogerse.

40. A la hora de juzgar si esa actuación del inversor es o no abusiva, los tribunales arbitrales suelen emplear criterios tales como los de «razonable perspectiva de surgimiento de una disputa» o de «proximidad temporal» entre la operación corporativa o de adquisición de una inversión y el conflicto con el Estado demandado⁵⁶.

41. No es casual que la primera alusión por parte de un tribunal arbitral internacional al abuso del proceso se realizara, precisamente, ante uno de estos casos. Así, en el laudo del arbitraje *Phoenix Action, Ltd. c. la República Checa* se deja constancia de que la titularidad formal de las sociedades expropiadas fue transferida por su propietario –un ciudadano checo– a la que después se convirtió en sociedad demandante israelí, en el mismo momento en que la disputa en la que eran parte esas compañías se encontraba todavía pendiente de resolución ante los tribunales checos. El tribunal arbitral concluyó que la sociedad demandante –controlada por el mismo inversor checo que las entidades expropiadas– había «abusado del sistema internacional CIADI de resolución de controversias en materia de inversiones extranjeras⁵⁷».

56. Entre los países de destino más frecuente están los Países Bajos, Luxemburgo o Chipre. Un dato elocuente: 23 de las 24 sociedades holandesas que iniciaron en 2017 arbitrajes al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía eran «*mailbox companies*». García Olmedo, J., «Recalibrating the international investment regime through narrowed jurisdiction», en *International and Comparative Law Quarterly*, 69 (2), 2020, p. 331.

57. *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, CIADI, caso n.º ARB/06/5, laudo de 15 de abril de 2009, párr. 144.

42. Otro caso significativo es *Cementownia «Nowa Huta» S.A. c. la República de Turquía*⁵⁸, en el que el tribunal arbitral (CIADI) concluyó que la reclamación de la entidad demandante era fraudulenta y constitutiva de un abuso del proceso, porque el actor había «intencionadamente y con mala fe abusado del arbitraje; aparentó ser un inversor cuando sabía que no era el caso. Esto constituye precisamente un abuso del proceso».

43. La decisión dictada por el tribunal arbitral del asunto *Philip Morris contra Australia*⁵⁹ se dictó en un contexto similar. En 2009, un grupo de expertos escogido por el ministerio de Sanidad australiano recomendó la adopción de una serie de reformas legislativas con el fin de eliminar las marcas y logos de las cajetillas de tabaco. *Philip Morris* se opuso pública y notoriamente a esas medidas, anticipando el posible efecto que podrían tener en la facturación de su filial australiana. El titular de acciones de esa sociedad filial era una compañía de nacionalidad suiza, sin que existiera entonces ningún tratado bilateral de inversiones entre Australia y Suiza.

44. Por esa razón la sociedad holding de la compañía tabaquera en Asia (Philip Morris Asia), domiciliada en Hong Kong, adquirió las acciones de la filial australiana dos meses antes de que el Estado australiano promulgara la última norma sectorial que modificaba el *statu quo* vigente, pero cuando ya era altamente previsible el inicio de la disputa (en aquel entonces sí existía un tratado bilateral de protección de inversiones entre Hong Kong y Australia). El tribunal arbitral concluyó que el litigio era previsible para Philip Morris en el momento de adoptarse esa medida de reestructuración corporativa por parte de la sociedad actora, rechazando las alegaciones de la entidad demandante en el sentido de que esas operaciones respondían a finalidades fiscales o de otro género.

45. La solución alcanzada tanto en *Phoenix* como en *Philip Morris* me parece correcta, si bien el razonamiento jurídico que les sirve de sustento es más discutible. A mi juicio, en rigor jurídico este tipo de comportamiento encaja mejor con la noción de fraude de ley que con la de abuso del derecho. Es preciso retener que se transfiere la titularidad de unos activos con el fin de obtener una determinada nacionalidad a fin de, a su vez, invocar la protección de un determinado tratado en materia de inversiones. Más que ante el uso desviado de un derecho subjetivo nos encontramos ante un acto realizado al amparo del texto de un tratado —que busca proteger a los genuinos inversores extranjeros de una determinada nacionalidad—, pero que persigue un resultado no querido por este (proteger a inversores oportunistas de nacionalidades distintas a la

58. CIADI, caso n.º ARB(AF)/06/2, laudo de 17 de septiembre de 2009, § 159.

59. *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, CNUDMI, PCA caso n.º 2012-12, laudo de 17 de diciembre de 2015.

prevista en el tratado)⁶⁰. La norma defraudada sería la atributiva de competencia a la jurisdicción ordinaria, mientras que la de cobertura se hallaría en el tratado correspondiente. Recuérdese la penetrante intuición del profesor De Castro: en el fraude de ley se hace un mal uso del Derecho objetivo, mientras que en el abuso se despliega un uso desviado de un derecho subjetivo⁶¹. No obstante, debe hacerse notar que no en todas las jurisdicciones de *civil law* existe una distinción nítida entre los conceptos de abuso del derecho y fraude de ley, lo que podría explicar que de forma recurrente se acuda al primero y no al segundo en el ámbito del arbitraje internacional⁶².

3. LA INICIACIÓN DE PROCEDIMIENTOS ARBITRALES PARALELOS

46. Otra manifestación del abuso del proceso en el ámbito del arbitraje internacional se detecta cuando un mismo inversor promueve dos o más procedimientos arbitrales en los que pretende, en esencia, lo mismo.

47. En algunos casos, la intención del litigante será promover un arbitraje sobre la base de uno solo de los varios supuestos incumplimientos del contrato a fin de que, una vez el tribunal arbitral se haya constituido, tomar la decisión de –si está satisfecho con su composición–, extender su reclamación al resto de cuestiones litigiosas. De no ser de su agrado la identidad de los árbitros designados dirigirá sus reclamaciones principales hacia otros procedimientos arbitrales en los que la composición del tribunal le sea, al menos en teoría, más «favorable». Este tipo de conducta abusiva se aprecia de forma destacada, en tiempos recientes, en los arbitrajes derivados de la ejecución de contratos de arrendamiento de obra, en los que es característica la existencia de reclamaciones cruzadas entre los distintos intervinientes en el proceso constructivo que pueden dar lugar, su vez, a procedimientos arbitrales independientes iniciados por demandantes oportunistas⁶³.

48. En ocasiones, la pluralidad de procedimientos arbitrales se explica por la aparentemente diversa causa de pedir, pues es posible la coexistencia

60. Díez-Picazo y Ponce de León analizó con su característica agudeza las concomitancias y diferencias entre estas dos figuras en «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo título preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones», en *Revista de Documentación Jurídica*, n.º 4, 1974. Fue publicado de nuevo en *Ius et Veritas*, n.º 5, 1992, pp. 5-14. Últimamente, Carrasco Perera ha defendido la tesis de que el fraude de ley no es más que una forma particular del abuso, *Tratado del abuso del derecho y del fraude de Ley*, Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 351-352.

61. De Castro, F., *Derecho Civil de España. Parte General*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955, 3.ª ed., T.I, p. 605. Desde otra perspectiva, podría decirse que el abuso del derecho contempla el acto desviado de una perspectiva dinámica –tomando como eje la conducta del abutente–, mientras el fraude de ley adopta una visión estática –el centro de gravedad se sitúa en el deber de observancia de la norma–.

62. Díez-Picazo y Ponce de León, *op. cit.* (cita 60), p. 13.

63. Gaillard, E., «*Abuse of Process in International Arbitration*», en *ICSID Review*, 2017, p. 7.

simultánea de incumplimientos de obligaciones contractuales –cuyo conocimiento correspondería, en principio, a los jueces nacionales– y de tratados de protección de inversiones extranjeras (siendo las disputas en este caso competencia de tribunales arbitrales internacionales)⁶⁴. Sin que, además, el incumplimiento de un contrato signifique necesariamente una correlativa violación del tratado aplicable⁶⁵.

49. El escenario se complica aún más si tenemos en cuenta que no es extraño que los Estados contratantes protejan a través de sus tratados de inversión no solo las inversiones directas sino también las indirectas realizadas por ciudadanos de ese Estado. En determinados casos, esos tratados atribuyen a los accionistas extranjeros –incluso minoritarios– de una sociedad radicada en uno de los Estados contratantes, acumulativamente con esta, la legitimación activa para reclamar una indemnización con base en ese mismo tratado, sin que además contengan previsión alguna que permita neutralizar el riesgo de coexistencia de procedimientos arbitrales paralelos.

50. En la disputa *Ampal c. Egipto*⁶⁶ se aprecia bien el peligro de la coexistencia de estos arbitrajes «satélite». Unos mismos inversores comenzaron una serie de procedimientos arbitrales –cuatro en total– en diferentes foros (CNUDMI, CIADI y la Cámara Internacional de Comercio de París), bajo la cobertura de diversos tratados de inversión –y contratos–, con el fin de resolver una disputa relativa a un contrato de suministro de gas. El Estado egipcio rechazó la jurisdicción del tribunal constituido con arreglo al Convenio CIADI alegando, entre otras razones, que la estrategia de los actores constituía un abuso del proceso arbitral.

51. En el año 2015, el tribunal arbitral constituido con arreglo al reglamento CNUDMI afirmó *prima facie* su propia jurisdicción, bajo la cobertura del tratado bilateral de inversiones suscrito entre Egipto y Polonia. En febre-

64. Se han ideado diversas fórmulas para evitar esta disfunción, como la de insertar en los tratados una cláusula por la que, una vez que el inversor acude a la jurisdicción nacional ordinaria, no puede acudir al arbitraje internacional –y viceversa– (conocida como «*the fork in the road*»); la exigencia de una renuncia expresa al resto de foros como requisito para acudir a un tribunal de arbitraje internacional (*waiver*) o la atribución *ratione materiae* al tribunal arbitral de todas las disputas relacionadas con la inversión (*umbrella clauses*.) Ninguna parece plenamente satisfactoria. Vid. Brengesjö, E., *Lis Alibi Pendens in International Arbitration. Reflections on the Swedish Position in the Context of International Trends and Approaches*, Stockholm: Stockholm University, 2013, pp. 42-46.

65. Brengesjö, E., *op. cit.* (cita 64), p. 40. Como señaló la decisión del tribunal CIADI en *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentine Republic*, de 3 de julio de 2002, CIADI, caso n.º ARB/97/3, párr. 95, «*[i]n accordance with this general principle (which is undoubtedly declaratory of general international law), whether there has been a breach of the BIT and whether there has been a breach of contract are different questions*».

66. *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, CIADI, caso n.º ARB/12/11. Laudo de 1 de febrero de 2016.

ro de 2016, otro tribunal arbitral CIADI distinto (afirmando en este caso su jurisdicción con base en los tratados bilaterales de inversión suscritos entre Egipto-EE. UU. y Egipto-Alemania) concluyó que la estrategia litigadora de *Ampal* no constituía un abuso del proceso:

«El tribunal está acuerdo con la parte demandante en que los *cuatro arbitrajes paralelos* con, esencialmente, la misma base fáctica, los mismos testigos y muchas pretensiones idénticas pueden parecer abusivos [...] Ninguno de los cuatro arbitrajes en cuestión aquí, son, *per se*, abusivos. Quizá no sea una situación deseable, pero no puede ser caracterizada como abuso especialmente cuando el (Estado) demandado rechazó el ofrecimiento de los demandantes de acumular los procedimientos⁶⁷».

52. Como única excepción, el tribunal arbitral invitó a la parte demandante, en lo que se refería a una partida concreta reclamada por duplicado en dos procedimientos de los cuatro procedimientos arbitrales, a sanar esa «irregularidad» escogiendo continuar con esta reclamación ante uno u otro tribunal arbitral (los demandantes desistieron de esa parte de su reclamación en el arbitraje CIADI, manteniéndola en el arbitraje CNUDMI).

53. Ni el sentido del laudo *Ampal*, ni su fundamentación jurídica, me parecen acertados. Podrá compartirse que, dependiendo de las circunstancias, la promoción de arbitrajes paralelos pudiera no ser constitutiva de un abuso del proceso. Pero, desde luego, la incoación de cuatro arbitrajes por un mismo inversor –aprovechando la estructura vertical y multinivel del entramado societario utilizado– *interesando en esencia lo mismo en los cuatro casos*, me parece un supuesto paradigmático de abuso del derecho⁶⁸.

54. Otro ejemplo ilustrativo reciente es el asunto *Orascom*⁶⁹. Tal y como se describe detalladamente en el laudo, *Orascom* estaba compuesta por una estructura corporativa vertical: (i) en la base se encontraba la filial de nacionalidad argelina (OTA); (ii) participada por una sociedad egipcia (OTH, protegida por el tratado bilateral de inversiones suscrito entre Argelia y Egipto); (iii) siendo propietaria del capital social de la compañía egipcia una sociedad italiana (*Weather Investment*, protegida por el tratado bilateral Argelia-Italia);

67. Párrs. 328-329. Todas las traducciones al castellano de los laudos que se citan en este trabajo son del propio autor.

68. Y ello además de que, como apuntó Gaillard –desgraciadamente fallecido mientras escribía estas líneas–, de conformidad con el art. 26 del Convenio CIADI, una vez que los demandantes dieron su consentimiento para que se conformara un tribunal arbitral en ese foro, habían renunciado a su derecho a ventilar la misma controversia ante otros tribunales. *Op. cit.* (cita 63), p. 9. Uno de los evaluadores anónimos de este trabajo me hizo notar que el profesor Gaillard fue abogado del Estado egipcio en estos arbitrajes y que, por tanto, no es descartable que su opinión estuviera de algún modo condicionada por ese rol.

69. *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria*, CIADI, caso n.º ARB/12/35, laudo de 31 de mayo de 2017.

(iv) entidad participada a su vez por una sociedad luxemburguesa (*Weather II*), protegida por el tratado de la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo-Argelia. Para el tribunal arbitral, estaba fuera de duda que todas esas sociedades estaban controladas por un mismo inversor, de forma que la admisión de reclamaciones plurales –ante tribunales diferentes– iniciadas por varias de esas entidades al amparo de los diversos tratados bilaterales no solo podría conducir a un enriquecimiento injusto, sino que constituía un caso evidente de abuso del derecho:

Indeed, as explained by Mr. Sawiris, the Claimant first caused one of its subsidiaries, OTH, to bring claims against Algeria. Then, it caused a different subsidiary in the chain, Weather Investments, to threaten to bring a different arbitration in relation to the same dispute. Finally – after selling the investment –, it pursued yet another investment treaty proceeding in its own name for the same investment (its past shareholding in OTA) in relation to the same host state measures and the same harm. Doing so, the Claimant availed itself of the existence of various treaties at different levels of the vertical corporate chain using its rights to treaty arbitration and substantive protection in a manner that conflicts with the purposes of such rights and of investment treaties. For the Tribunal, this conduct must be viewed as an abuse of the system of investment protection, which constitutes a further ground for the inadmissibility of the Claimant's claims and precludes the Tribunal from exercising its jurisdiction over this dispute⁷⁰.

55. Interesa hacer notar que el tribunal arbitral de *OraCom* se aparta de liberadamente de algunos precedentes significativos como *Lauder*⁷¹ y *CME*⁷² –que formaron parte de una misma saga de arbitrajes contra la República Checa– para sostener que era preciso ampliar el foco del contexto fáctico y jurídico a tomar en consideración para determinar si nos encontramos o no ante un abuso del proceso:

546. The Tribunal wishes to stress that the analysis carried out above concerns the admissibility of the claims for which relief is sought in this arbitration, as opposed to the merits of the claims in terms of liability or quantum. Furthermore, the Tribunal's conclusions on the inadmissibility of the claims are the result of the peculiar facts of the case, in which (i) the

70. Párr. 545. Cursiva añadida.

71. *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, CNUDMI, laudo de 3 de septiembre de 2001. El tribunal arbitral concluyó que el riesgo del dictado de laudos contradictorios podría evitarse a través de la acumulación de procesos, suspensión de los posteriores, etc. (párrs. 173 y 178).

72. *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. Czech Republic*, CNUDMI, laudo parcial de 13 de septiembre de 2001, párr. 412. El razonamiento del tribunal fue el mismo que en *Lauder*, subrayándose en ambos casos que el Estado demandado se había negado a la acumulación de los distintos procedimientos arbitrales conexos.

group of companies of which the Claimant was part was organized as a vertical chain; (ii) the entities in the chain were under the control of the same shareholder; (iii) the measures complained of by the various entities in the chain were the same and thus the dispute notified to Algeria by those entities was in essence identical; and (iv) the damage claimed by the various entities was, in its economic essence, the same.

56. Sin duda, el laudo *Orascom* merece un juicio mucho más favorable que el de *Ampal*. Frente a la visión formalista de este último, el tribunal de *Orascom* profundiza en el interés económico verdadero –y único– que latía en la pluralidad de procesos y evita, al contrario de lo que sucedió con *Ampal*, que un mismo inversor pudiera probar suerte sometiendo una misma cuestión litigiosa a dos o más foros arbitrales diversos. Reténgase que, de no ponerse coto a esta estrategia abusiva, para salir indemne en los escenarios expuestos el Estado demandado necesitaría obtener un laudo favorable en todos los procedimientos arbitrales iniciados contra él, mientras que al inversor le bastaría con tener éxito en tan solo uno de ellos. De otro lado, el tribunal acierta de lleno al abogar por una visión contextual del fenómeno abusivo, dado que solo mediante el análisis detenido del conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso podrá alcanzarse una conclusión satisfactoria⁷³.

57. No se trata, como puede apreciarse, de un improbable caso de laboratorio sino de una calculada estrategia abusiva que ya ha sido implementada en varias ocasiones. De hecho, es hasta cierto punto frecuente que los grandes inversores especialmente sofisticados utilicen estructuras corporativas internacionales de tipo piramidal, por lo que esta cuestión está llamada a seguir siendo objeto de discusión ante los tribunales arbitrales en el futuro.

58. Aquí sí nos encontramos ante un genuino caso de abuso del proceso arbitral⁷⁴. Se utilizan diversos procedimientos paralelos con el fin de soslayar el principio de cosa juzgada material y de «probar suerte» en la designación de los árbitros, maximizando la probabilidad de un resultado favorable al activar una pluralidad de procedimientos arbitrales distintos, pero basados –al menos en esencia– en una misma *causa petendi*⁷⁵.

73. El laudo del caso *Venezuela Holdings, B.V. et al v. Bolivarian Republic of Venezuela*, CIADI, caso n.º ARB/07/27, de 9 de octubre de 2014, permitió la coexistencia de un arbitraje CIADI y otro CCI que, aunque fundados en distintos regímenes normativos (responsabilidad por la violación de un tratado y contractual, respectivamente) se basaban en un conjunto de hechos muy similar. El laudo CIADI (segundo en dictarse en el tiempo) trató de armonizar los dos pronunciamientos, restando del monto de la indemnización concedida a una de las entidades demandantes en ambos procesos la suma previamente reconocida por el laudo CCI.

74. *Caratube International Oil Company LLP and Devinci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, CIADI, caso n.º ARB/13/13, laudo de 27 de septiembre de 2017, párr. 376.

75. No puedo ocuparme aquí de los problemas que suscita la correcta identificación de la

4. LA UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL CON FINES DISTINTOS DE LA GENUINA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

59. Es sabido que el arbitraje consiste en la resolución de disputas por un tribunal arbitral como resultado del legítimo ejercicio del derecho a la autonomía de la voluntad de las partes. Se han identificado determinados casos en los que, sin embargo, la intención del demandante no era resolver una disputa genuina o realmente existente, sino obtener con la tramitación del proceso arbitral un fin desviado.

60. Es el caso del arbitraje iniciado ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París por una sociedad de titularidad pública (perteneciente al *Land* alemán de Baden-Wurtemberg) contra la empresa francesa de electricidad EDF con la única intención, aparentemente, de conseguir un impacto mediático⁷⁶. Aun cuando la reclamación se fundamentaba formalmente en un supuesto sobreprecio pagado a EDF por la compra de su participación accionarial en la compañía alemana, la finalidad aparente de la promoción del arbitraje era evidenciar ante los medios de comunicación que la anterior Administración de Baden-Wurtemberg se había equivocado al adquirir esa participación accionarial inmediatamente antes del accidente en la central nuclear de Fukushima (siniestro que provocó una importantísima pérdida de valor de la compañía)⁷⁷.

61. Con una finalidad distinta, pero igualmente ajena a la disputa de una genuina resolución de un conflicto jurídico real, se han iniciado reclamaciones arbitrales en materia de inversiones contra Estados –acompañadas de las correspondientes solicitudes de medidas cautelares– con el propósito presumible de desincentivar investigaciones penales en curso promovidas contra esos inversores por el Estado en cuestión (algo que recuerda a la *vexatious litigation* del Derecho anglosajón). Esta línea de defensa fue inicialmente esgrimida por el Estado rumano en el caso *Rompetrol*⁷⁸, argumentando que los

causa petendi en los arbitrajes de inversiones –que dependerá además, en buena medida, de la concepción doctrinal de la que se parta–. Pero sí quiero dejar apuntado que la imposibilidad de aplicar la excepción de cosa juzgada material –por ser discutible la identidad meramente formal de la causa de pedir– podría solventarse, excepcionalmente, mediante la apelación a la doctrina del abuso del proceso.

76. *Neckarpri GmbH c. EDF International S.A.S. (EDFI)*, CCI, laudo de 6 de mayo 2016. La reclamación fue desestimada por un motivo distinto (no se consideró que la transacción fuera una ayuda de Estado en sentido técnico, lo que era un presupuesto para el eventual éxito de la pretensión deducida), si bien el tribunal arbitral dejó constancia de que la entidad actora «abusó de la normativa europea sobre ayudas de Estado», Gaillard, E. (cita 63), p. 10. Vid. párr. 618 del laudo.

77. Gaillard, E. (cita 63), p. 10.

78. *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, CIADI, caso n.º ARB/06/3, laudo de 6 de mayo de 2013. Lógicamente, la propensión a utilizar el arbitraje de inversión como instrumento coactivo dependerá en buena medida de la independencia del Poder Judicial del Estado

demandantes habían iniciado el arbitraje con el fin de forzar al gobierno de Rumanía a poner fin a la investigación criminal iniciada contra los administradores de ese grupo societario (alegato que fue retirado en una fase ulterior del procedimiento arbitral)⁷⁹. Nuevamente, nos encontramos ante caso químicamente puro, arquetípico, de abuso del proceso: se inicia el arbitraje como instrumento coactivo contra el Estado demandado, utilizando de forma desviada el derecho a la tutela arbitral. El objetivo del abutente no es obtener un laudo favorable en cuanto al fondo del asunto, sino presionar ilegítimamente a la contraparte a fin de que le conceda algo ajeno a la pretensión deducida ante el tribunal arbitral.

62. La iniciación de uno o varios procedimientos arbitrales en reclamación de cantidades multimillonarias contra un mismo Estado con la finalidad de que este adopte decisiones ajenas al objeto de los arbitrajes no es, consecuentemente, una entelequia. El propio diseño normativo asimétrico de la protección en materia inversora permite –y puede incluso incentivar– la utilización espuria del proceso arbitral como medida de presión ilegítima.

V. LOS REMEDIOS CONTRA EL ABUSO DEL PROCESO ARBITRAL

1. LA LITISPENDENCIA Y LA COSA JUZGADA MATERIAL

63. Como señalara Cheng, «there seems little, if indeed any question as to *res judicata* being a general principle of law or as to its applicability in international judicial proceedings⁸⁰».

64. Si bien algunos autores han apuntado que la figura de la litispendencia –entendida aquí, por utilizar el léxico de la LEC, como comprensiva tanto

receptor de la inversión e incluso de que la instrucción de las causas penales esté atribuida al Ministerio Fiscal o un juez.

79. Otro caso en el que el Estado demandado opuso que el inversor había promovido el arbitraje con fines diferentes a la resolución de la disputa es *Saluka Investments BV v. The Czech Republic* (arbitraje *ad hoc*, CNUDMI), laudo parcial de 17 de marzo 2006. El tribunal arbitral rechazó este alegato (basado en el supuesto intento de la entidad demandante, mediante la incoación del proceso arbitral, de retrasar el ejercicio en su contra de acciones civiles y penales por parte del Estado checo para lograr la prescripción de estas acciones, párr. 184), calificándolo como «infundado» (párr. 236 del laudo).

80. Cheng, B., *General Principles of Law as Applied by the International Courts and Tribunals*, Londres: Stevens for the London Institute of World Affairs, 1953, p. 336. Con arreglo al Derecho angloamericano, la *res judicata* impide que las partes puedan reproducir el objeto de un litigio que ya ha sido resuelto por sentencia firme. La *issue estoppel*, por su parte, veda la posibilidad de iniciar un nuevo proceso sobre una cuestión fáctica o jurídica que, sin ser el objeto principal del primer proceso, sí fue objeto de un pronunciamiento específico en la sentencia por consistir en un antecedente lógico para que los tribunales pudieran decidir el caso precedente. Para un examen reciente de esta doctrina, *vid.* Sentencia de 20 de marzo de 2020, *Carpatsky Petroleum Corporation v. PJSC Ukrnafta* [2020] EWHC 769 (Comm.), Butcher J.

de la prejudicialidad civil como de la litispendencia en sentido estricto⁸¹– pudiera servir como paliativo contra el abuso en el proceso arbitral, lo cierto es que el alcance de este remedio procesal es limitado⁸². Nótese, por ejemplo, que se trataría de un instrumento inservible con relación a los supuestos en los que se haya adquirido de forma artificiosa la condición de inversión protegido por un determinado tratado. En estos casos no existen dos procedimientos paralelos o conexos, de forma que la litispendencia no neutralizaría a los efectos de esta conducta abusiva.

65. Por lo que se refiere a la iniciación abusiva de varios procedimientos arbitrales paralelos, el recurso a la litispendencia –y a la cosa juzgada material– es útil, pero tampoco es plenamente satisfactorio. Dado que cada uno de los tribunales arbitrales que pudieran conformarse ostenta la plena capacidad de decidir si procede o no a acoger la excepción de litispendencia invocada por el Estado demandado, no hay garantía alguna de que existirá una cierta coordinación entre los diferentes tribunales arbitrales que se constituyan⁸³.

66. Incluso si todos los tribunales arbitrales actuaran coordinadamente y de buena fe podrían surgir dudas legítimas sobre cuál de los procedimientos iniciados debería tramitarse de forma preferente. En algunos casos, sensatamente, los tribunales arbitrales han aplicado con especial flexibilidad los principios de litispendencia y cosa juzgada, incluso aunque no se diera la característica triple identidad de partes, objeto de la reclamación y causa de pedir⁸⁴.

67. Es cierto que los árbitros tienen ciertos incentivos para acoger estos óbices procesales –cosa juzgada y litispendencia– si están justificados, evitando así una eventual anulación judicial de su laudo (en aquellas jurisdicciones nacionales en las que su infracción suponga correlativamente la infracción del orden público). Pero también lo es que, mediante una aproximación formalista a estas figuras, es fácil sostener que no concurre una completa identidad de partes (como consecuencia de la característica estructura vertical de los grupos societarios inversores y la habitual tutela arbitral multinivel) o de la

81. Sobre el origen de la teoría procesal de la litispendencia, *vid.* Bernardo San José, A., *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Granada: Comares, 2002, pp. 184-185.

82. Gaillard, E., *op. cit.* (cit. 63), pp. 11-13 y la bibliografía allí citada (especialmente, nota al pie 48).

83. Geisinger, E., Levy, L., «*Lis Alibi Pendens in International Commercial Arbitration*», en *Complex Arbitrations: Perspectives on their Procedural Implications, Special Supplement–ICC Intl Court of Arb Bulletin*, 2003, p. 53. Lo que no obsta para que la excepción de litispendencia haya sido acogida en ocasiones. *Cfr.* Laudo *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited, Southern Pacific Properties Limited v The Arab Republic of Egypt*, CIADI, 27 de noviembre de 1985, caso n.º ARB/84/3, párr. 86.

84. Por ejemplo, *Southern Bluefin Tuna Case (Australia and New Zealand v. Japan)*, TIDM/UNCLOS, laudo parcial de 4 de agosto de 2000.

causa de pedir (dado que pueden coexistir reclamaciones fundadas en tratados diversos, pero cuyo interés económico final sea idéntico)⁸⁵. De hecho, esta lectura en clave reduccionista de la *lis pendes/res judicata* parece ser, en la actualidad, la postura dominante en el ámbito del arbitraje internacional de inversiones⁸⁶.

68. Se advierte así que la cosa juzgada material –y su antecedente lógico: la litispendencia– solo es verdaderamente efectiva en el seno de un ordenamiento jurídico homogéneo, en el que existan instrumentos que permitan forzar a los jueces o árbitros a respetar la obligación de suspender el procedimiento a la espera de que se resuelva, con carácter firme, aquél que ostente una precedencia lógica con respecto al resto. Un marco normativo en el que, en definitiva, exista una instancia superior capaz de identificar esa precedencia lógica entre los distintos procesos y de imponer su criterio a todos los tribunales de forma efectiva⁸⁷.

69. Tampoco se trata de un mecanismo útil, por lo demás, para reprimir la modalidad del abuso del proceso consistente en utilización del arbitraje de inversiones como instrumento coactivo contra un Estado.

2. LA PRECLUSIÓN DE LA ALEGACIÓN DE HECHOS Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

70. De manera análoga a lo que prescribe el art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC), en algunas jurisdicciones nacionales se ha aplicado –esta vez, a través de la jurisprudencia– la obligación preclusiva del demandante de concentrar en su (primera) reclamación todos los hechos y fundamentos o títulos jurídicos relativos a la misma y que le resulten conoci-

85. Es el caso del laudo CNUDMI de 14 de marzo de 2003, *CME Czech Republic B.V. v The Czech Republic*. Frente a la rigidez que presenta la aplicación de la *res judicata* –al precisar de esa triple identidad–, algunos pronunciamientos arbitrales han aludido a la posibilidad de acudir a la doctrina del *issue estoppel*. Cfr. *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, CIADI, caso n.º ARB/13/13, laudo de 27 de septiembre de 2017, párr. 464. A diferencia de lo que parece desprenderse del *Interim report of the International Law Association (ILA) sobre «res judicata and Arbitration»* (2004), no creo que existan demasiadas diferencias conceptuales entre el *common law* y el *civil law* a la hora de aplicar la cosa juzgada (incluyendo el *issue estoppel*).

86. García Olmenó, J, *op. cit.* (cita 56), p. 332.

87. Ahora bien, conviene no olvidar que la falta de respeto al principio de cosa juzgada podría suscitar la anulación judicial de segundo laudo por el órgano judicial nacional encargado de su revisión e, incluso, el rechazo a su reconocimiento y ejecución por los órganos judiciales de otros Estados en caso de que se reputara esa infracción como contraria al orden público nacional. La sentencia del TSJ de Madrid n.º 46/2017, de 11 de julio [ECLI: ECLI:ES:TSJM:2017:8076] proclama que «la infracción de la cosa juzgada afecta al orden público». En idéntico sentido, STSJ de Valencia n.º 15/2016, de 3 de octubre [ECLI: ECLI:ES:TSJCV:2016:6455]. El Tribunal Federal de Suiza se pronunció en la misma línea en su sentencia de 27 de mayo de 2014 [4A_508/2013].

dos en el momento de iniciarse el litigio. La preclusión, siendo una institución procesal estrechamente unida a la cosa juzgada material, no se confunde con ella⁸⁸.

71. En el caso de Francia, la conocida sentencia de la Corte de Casación *Cesareo*⁸⁹, dictada en 2006, rechazó la posibilidad de que un mismo demandante reclamara de forma consecutiva una misma cantidad basada en títulos jurídicos diversos (estableciendo así el llamado «principio de concentración»). Yendo un paso más allá, esa misma Corte de Casación, en otra sentencia dictada en el 2008 (*Prodim*)⁹⁰, proclamó que el actor debía plantear en un único y mismo proceso todas las reclamaciones que tuviera contra el demandado siempre que tuvieran una base fáctica común (y no solo todos los argumentos jurídicos que sustentaran una misma pretensión). No obstante, esta interpretación extensiva no ha sido acogida de manera uniforme por los tribunales franceses⁹¹.

72. En España, tras algunos excesos en la interpretación del art. 400 LEC a los que tuvo que hacer frente el Tribunal Constitucional⁹², la Sala Primera del Tribunal Supremo ha aclarado que la ley establece una verdadera preclusión en la alegación de hechos y fundamentos jurídicos que apoyan la acción, pero en forma alguna determina el objeto de la pretensión, sobre la que ha de decidir exclusivamente el demandante. Extiende por ello la cosa juzgada material a todas las posibles «causas de pedir» con que pudiera contar el demandante en el momento de interponer su demanda, pero únicamente respecto de la concreta pretensión que formula⁹³.

73. Por lo que se refiere al *common law*, la regla preclusiva que obliga al demandante a no guardarse estratégicamente argumentos fácticos o jurídicos para un eventual segundo pleito fue ya esbozada en un venerable precedente

88. Cfr. Vallines García, E., *La preclusión en el proceso civil*, Madrid: Thomson Civitas, 2004, p. 46.

89. Cass Ass Plén, 7 de julio de 2006, n8 04-10.672, *Cesareo*. En el primer proceso el actor había basado su demanda en las disposiciones del *Rural Code francés*. En el segundo –tras ser desestimada la primera demanda–, el actor reclamó la misma cantidad de dinero pero sobre la base del principio general del derecho que veda el enriquecimiento injusto. Para un análisis de esta resolución, *vid.* Gaillard, E., *op. cit.* (cita 63), p. 14.

90. Cass Ière civ, 28 mayor de 2008, n8 07-13.266, *Prodim*.

91. Gaillard, E., *op. cit.* (cita 63), p. 14.

92. Varias Audiencias Provinciales consideraron que, con base en el art. 400.2 LEC, el actor no sólo debería alegar todas las fundamentaciones jurídicas que sostengan sus pretensiones, sino que también estaba obligado a formular todas las pretensiones que ostentara contra el demandado, so pena de afectarles la cosa juzgada material en caso de reservárselas para un ulterior proceso (*cf.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, n.º 395/2006, Secc. 3.ª, de 21 septiembre). El Tribunal Constitucional tuvo que salir al paso de estas interpretaciones extensivas en sus SSTC 71/2010, de 18 de octubre, y 106/2013, de 6 de mayo.

93. STS, Sala Primera, n.º 515/2016, de 21 de julio, ECLI:ES:TS:2016:3634.

judicial del siglo XIX, *Henderson v Henderson*⁹⁴. La regla *Henderson* ha sido utilizada por los tribunales británicos, explícitamente, como un remedio ante el abuso del proceso⁹⁵.

74. En el ámbito del arbitraje de inversiones la aplicación de este principio (obligación claudicante de concentrar las reclamaciones en un solo proceso) ha sido acogida ocasionalmente por algunos tribunales arbitrales⁹⁶, si bien está lejos de ser aceptada de forma generalizada por la comunidad arbitral y la doctrina científica⁹⁷. Aun cuando su reconocimiento en el contexto del arbitraje internacional sea aún incipiente, creo que la aplicación de este principio –directamente entroncado con la buena fe procesal– es pertinente. Encuentra su asidero dogmático en la doctrina de abuso del proceso y constituye una derivación natural de ella. Sus beneficios son múltiples: maximiza la economía procesal, reduce los costes de la litigación, acelera la resolución de las disputas, pone coto a estrategias procesales abusivas y evita el riesgo de coexistencia de laudos contradictorios. Por el contrario, no se atisban las ventajas que reportaría al sistema arbitral o a las partes permitir que estas se reservaran argumentos jurídicos en la recámara para iniciar sucesivos procesos arbitrales.

75. De forma que correctamente utilizado –en línea, por ejemplo, con la interpretación que del art. 400 LEC hace el TS español– puede ser una herramienta útil a disposición del tribunal arbitral para hacer frente a la incoación sucesiva de procedimientos en los que uno de los contendientes se reserva deliberadamente títulos jurídicos atinentes a una misma pretensión⁹⁸.

3. LA DESESTIMACIÓN DE LA PRETENSIÓN

76. Se trata, indudablemente, del remedio más efectivo, que ya ha sido utilizado en varias ocasiones por tribunales arbitrales para rechazar pretensiones abusivas. Me parece legítimo el temor de algunos autores a que el recurso a la figura del abuso del derecho pueda llevar a la desestimación arbitraria y pre-

94. *Henderson v Henderson* (1843) 3 Hare 100, *English Court of Chancery*. Para un análisis reciente de la regla *Henderson*, vid., *Dominic Carney v Bank of Scotland Plc (formerly Bank of Scotland (Ireland) Limited) and Gearoid Costelloe* [2017] IECA 295.

95. En EE.UU., el equivalente a esta regla es la prohibición del denominado *claim splitting*.

96. Para un examen detallado de esos casos, Alekhin, S. y Bayandin, D., «Cherry-Picking or Cherry-Biting? The Res Judicata Doctrine and the Limits of Permissible Parallel and Consecutive Proceedings in Investment Arbitration», en *New Horizons of International Arbitration*, n.º 5, 2019, pp. 376-423.

97. Alekhin, S. y Bayandin, D., *op. cit.* (cita 96), pp. 381-387. No obstante, en contra, Montero, F y Ruiz, L., «Res Judicata and Issue Preclusion in International Arbitration: An ICC Case Study», en *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2016, 1, pp. 19-45.

98. La sentencia del TSJ de Cataluña n.º 2/2019, de 14 de enero [ECLI:ES:TSJCAT:2019:1272], analiza la eventual aplicación del art. 400 LEC al proceso arbitral y su relación con la cosa juzgada material.

matura de pretensiones legítimamente articuladas por un litigante⁹⁹. Pero la experiencia de lo ocurrido en la práctica arbitral en los últimos años evidencia que los árbitros no suelen acudir de forma irreflexiva o frívola a esta doctrina y, en particular, a la del abuso del proceso. Como señalaron hace décadas destacados comentaristas –formulando una apreciación que me parece todavía válida a pesar del tiempo transcurrido–, la aplicación del concepto de abuso del proceso en el arbitraje de inversiones «ha sido probablemente muy escasa¹⁰⁰», habiéndose mostrado los tribunales arbitrales «excepcionalmente conservadores al respecto¹⁰¹». Es cierto que durante en los últimos años se han dictado relevantes laudos arbitrales que han invocado expresamente la doctrina del abuso del proceso, pero su aproximación ha sido casi siempre muy cautelosa.

77. Sin perjuicio de que hayan sido acogidas estas alegaciones para desestimar determinadas pretensiones en ocasiones muy contadas¹⁰², lo cierto es que en la inmensa mayoría este alegato ha sido rechazado por los tribunales arbitrales, que en todo momento afirman su carácter excepcional y la necesidad de acreditar sin ningún género de dudas la conducta abusiva que se imputa a la contraparte. Por el contrario, hasta ahora la mayoría de los árbitros han sido en exceso deferentes con ciertas estrategias procesales abusivas muy obvias: fundamentalmente, las vinculadas al *treaty shopping* y a la litigación paralela multinivel –casi ya un patrón característico de conducta para cierto tipo de inversores oportunistas–.

78. Sostengo que la desestimación de una pretensión deducida en el seno de un proceso arbitral con base en la existencia de un abuso del derecho –ya sea en su manifestación del abuso del proceso o en otra distinta– habrá de realizarse idealmente en el laudo o decisión final¹⁰³. Es decir, al analizar el fondo del asunto. Es fundamental darse cuenta de que el abuso del derecho es,

99. Por ejemplo, Birnie, P. *et al*, *International Law and the Environment*, Oxford: Oxford University Press, 2009, 3.^a ed., pp. 204-205.

100. Lowe, V., «Overlapping Jurisdiction in International Tribunals», en *20 Australian Year Book of International Law*, n.º 191, 1999, pp. 202-203; Lowe, V., «Res Judicata and the Rule of Law in International Arbitration», en *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 8, 1996, pp. 38-50. Para una referencia más reciente en esa misma línea (2019), Alekhin, S. y Bayandin, D., *op. cit.* (cita 96), p. 399.

101. Voon, A., *et al*, «Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration», en *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 5, n.º 1, 2014, p. 64-65.

102. Formulando un diagnóstico que, en lo esencial, comparto, García Olmedo sostiene que en los arbitrajes de inversiones cabe apreciar un cierto desequilibrio estructural a favor del inversor, que algunos Estados estarían intentando corregir mediante la introducción en sus tratados de inversión de diversas cláusulas preventivas de conductas abusivas. *Op. cit.* (cita 56), pp. 327-332.

103. Nótese que, por ejemplo, el Convenio CIADI permite al Secretario General denegar el registro de una solicitud de arbitraje si de la información contenida en dicha solicitud concluye que la cuestión litigiosa se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro [art. 36 (3)]. Por su parte, la regla 41 (5) de sus Reglas de Arbitraje permite al

por definición, un fenómeno *contextual*. El cambio del estatuto deóntico del ejercicio de un determinado derecho –que pasa de reputarse legítimo a considerarse antijurídico– dependerá de las circunstancias concretas de cada caso. La apreciación de estas circunstancias exigirá, en principio, el agotamiento de las fases probatorias y alegatorias, dado que para llegar a la conclusión de existencia de una conducta abusiva es precisa la toma en consideración de todos estos factores. Por tanto, no parece justificada la inadmisión *in limine litis* de pretensiones deducidas por reputarse abusivas, ya que una conclusión de ese género tan solo podrá alcanzarse *razonablemente* por el tribunal –ya sea arbitral o judicial–, una vez tramitado el procedimiento o, al menos, evacuados los mínimos trámites alegatorios y probatorios que permitan formarse a los árbitros una correcta composición de lugar.

79. De la *jurisprudencia arbitral* –por decirlo de forma impropia– no se deduce con claridad si el examen del presunto abuso del proceso debe considerarse formalmente como una cuestión atinente a la jurisdicción del tribunal o a la admisibilidad de la pretensión. A mi juicio, y por estar normalmente el uso desviado del derecho a la tutela arbitral íntimamente conectado con el fondo del asunto, nos encontramos ante una cuestión que no afecta tanto a la jurisdicción del tribunal arbitral, como a la estimación o desestimación de la pretensión articulada en la demanda arbitral. Precisamente porque el tribunal arbitral ostenta jurisdicción sobre el asunto sometido a su consideración puede decretar el rechazo de una pretensión por considerarla abusiva¹⁰⁴. No se trataría de una conclusión derivada de la aplicación del principio *Kompetenz-kompetenz*, sino más bien del hecho de que el abuso, por definición, implica que el abutente ostente un derecho *prima face* válido y eficaz, accionable ante el tribunal arbitral. Dicho de otra forma: el uso desviado del derecho a la tutela arbitral exige, como presupuesto lógico, la titularidad formal o aparente de esa prerrogativa.

4. LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES

80. La imposición de las costas procesales a quien abusa del proceso arbitral, con carácter adicional a la desestimación de la pretensión, constituye otra medida legítimamente adoptada por algunos tribunales arbitrales desde hace décadas cuando han apreciado la concurrencia de esta patología¹⁰⁵. En la

tribunal arbitral rechazar preliminarmente una pretensión si adolece de una «manifiesta falta de mérito jurídico».

104. Probablemente esta afirmación requeriría de alguna matización en función del tipo de abuso del proceso arbitral empleado, remitiendo al lector interesado a Alekhin, S. y Bayandin, D., *op. cit.* (cita 96), pp. 395-387.

105. *Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of Congo* (CIADI, caso n.º ARB/77/2), laudo de 15 de agosto de 1980, 1 *ICSID Reports*, 1993, p. 365; *MINE v. Guinea* (CIADI, caso n.º

medida en que se hace un uso instrumental del proceso arbitral para fines distintos a los que debe servir, creo que está plenamente justificada la imposición de las costas al litigante que ha provocado la incoación y tramitación de un procedimiento de forma indebida¹⁰⁶.

81. Así, el laudo *Europe Cement Investment*¹⁰⁷ justifica esta decisión en materia de costas de la siguiente forma:

En las circunstancias del caso, donde el tribunal ha alcanzado la conclusión de que la prueba sugiere que la atribución de la condición de propietario fue fraudulenta, la decisión de condenar al pago de todas las costas al demandante irá encaminada de alguna manera a compensar al demandado por haberse tenido que defender de una reclamación que carecía de base jurisdiccional y se desincentivará a otros [litigantes] de perseguir este tipo de reclamaciones sin fundamento.

82. Aunque de alcance limitado, la imposición de las costas puede suponer un incentivo para que algunos de los litigantes tentados de acudir a este tipo de estrategias abusivas desistan de esta clase de comportamientos, por lo que estas decisiones arbitrajes merecen un juicio favorable.

5. LA RECLAMACIÓN DE LOS DAÑOS PROCESALES

83. Finalmente, otro remedio al alcance del perjudicado por una utilización abusiva del proceso arbitral –y probablemente el más polémico– es la reclamación *ex post* –o dentro del propio arbitraje– de los llamados «daños procesales¹⁰⁸». Esto es, de los perjuicios irrogados a la contraparte por esa utilización desviada del derecho a litigar. La viabilidad de este tipo de reclamaciones indemnizatorias –fuera del ámbito arbitral– ha sido ampliamente reconocida por la jurisprudencia de los tribunales de la tradición romano-germánica¹⁰⁹.

ARB/84/4), laudo de 6 de enero de 1988, 4 *ICSID Reports*, 78; *American Manufacturing Trading v. Zaire* (CIADI, caso n.º ARB/93/1), laudo de 21 de febrero de 1997, 36 *ILM* 1531; y *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia (LETCO)* (CIADI, caso n.º ARB/83/2), laudo de 31 de marzo de 1986, 2 *ICSID Reports*, p. 370.

106. *Cementownia «Nowa Huta» S.A. v. Republic of Turkey*, CIADI, caso n.º ARB(AF)/06/2, párr. 158.

107. *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, CIADI, caso n.º ARB(AF)/07/2. Laudo de 13 de agosto de 2009, párr. 185.

108. La expresión fue originalmente acuñada por De la Plaza Navarro, M., en «Los daños y perjuicios procesales», en *Revista de Derecho Procesal*, Tomo IV, 1945, pp. 509-527. Tiempo después fue también empleada por Díez-Picazo y Ponce de León en un estudio clásico sobre la materia: «Los daños causados como consecuencia de las actuaciones judiciales», en *Ensayos Jurídicos*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 2810-2838. Se llaman así, daños procesales, porque son daños causados por el proceso.

109. El Código Civil español es uno de los pocos que señalan de forma precisa los remedios

84. Por lo que se refiere a la *common law*, todavía es pronto para afirmar de forma categórica si el *tort* de *malicious prosecution*, tras la reinterpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo de Reino Unido en 2016¹¹⁰, comprenderá también los daños irrogados por procedimientos arbitrales iniciados de forma abusiva¹¹¹.

85. Varios tribunales arbitrales han tenido la oportunidad de pronunciarse ya sobre reclamaciones de los daños procesales irrogados como consecuencia de arbitrajes iniciados de forma abusiva. Sin negar la posibilidad de que tales reclamaciones puedan ser acogidas –al menos, en abstracto–, en la práctica se aprecia una acusada tendencia de los árbitros a rechazarlas. En el laudo *Cementownia*¹¹², a pesar de declararse de forma expresa que el demandante había formulado una reclamación fraudulenta contra el Estado turco, los árbitros rechazaron la indemnización solicitada por el daño moral derivado del propio procedimiento arbitral. Su razonamiento es que era «dudoso» que el principio general que prohíbe el abuso del proceso constituyera una base jurídica suficiente para justificar una condena pecuniaria de esta naturaleza, entendiendo que esa satisfacción moral habría sido obtenida por el Estado demandado con la declaración expresa de la existencia de fraude en la conducta de la actora contenida en el laudo.

86. Una línea de razonamiento parecida se emplea –pues no en vano se dictó en el seno de la misma saga litigiosa– en el laudo *Europe Cement Investment*¹¹³ (CIADI), donde puede leerse que

El tribunal cree que cualquier daño potencial reputacional sufrido por el (Estado) demandado encontrará remedio a través de los razonamientos y conclusiones expuestos en este laudo, incluyendo la decisión sobre las costas, que como ya se ha dicho son significativas. Esto pro-

aplicables frente al abuso del derecho (art. 7.2): «La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

110. No obstante, en otras jurisdicciones angloamericanas sí que constan algunos precedentes que permiten la reclamación de los daños procesales derivados de los procedimientos arbitrales. *Vid.*, Tribunal de Apelaciones de California, sentencia de 2 de abril de 1982, 130 Cal.App.3d 460 (Cal. Ct. App. 1982)

111. La clave está en que el *tort* ha estado ligado históricamente a los daños causados por la activación ilícita de un proceso de naturaleza *judicial*, esto es, a una ilegítima utilización de administración pública de Justicia. Para una aproximación a esta cuestión, *vid. Michael Wilson & Partners Ltd v Sinclair & Anor* [2017] EWCA Civ 3, sentencia de la *Court of Appeal* de 13 de enero de 2017.

112. CIADI, caso n.º ARB(AF)/06/2, laudo de 17 de septiembre de 2009, párr. 170.

113. *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, CIADI, caso n.º ARB(AF)/07/2, laudo de 13 de agosto de 2009, párr. 181.

porciona una forma de “satisfacción” al demandado. En estas circunstancias, consecuentemente, el tribunal decide no acordar una compensación pecuniaria indemnizatoria a favor del demandado.

87. Por su parte, el tribunal arbitral del caso *EDFI*¹¹⁴ citado rechazó la pretensión reconvenzional (por la que la sociedad demandada reclamaba una indemnización por los daños provocados por el arbitraje), argumentando que *EDFI* no había acreditado que la divulgación en los medios de comunicación de la existencia del litigio le hubiere irrogado un perjuicio efectivo¹¹⁵.

88. A mi modo de ver, si aceptamos que la interdicción del abuso del proceso es un principio general que rige en el derecho internacional en materia de arbitraje de inversiones, el corolario de esa línea de razonamiento no puede ser otro que la procedencia de la exigencia de los daños procesales correspondientes si estos han sido verdaderamente acreditados. Como recordó el Tribunal Supremo del Reino Unido en *Willers*¹¹⁶ –parafraseando lo dicho trescientos años antes por el juez Holt– «si el daño ha sido ocasionado por una litigación maliciosa es razonable y de justicia que (el perjudicado) ostente una acción para reparar el daño». Y en cuanto al razonamiento de que la condena al pago de las costas constituye una reparación suficiente para el perjudicado, es evidente que tal aseveración puede ser cierta en algunos casos, pero no en otros, en los que exista un daño adicional efectivo (moral, reputacional, de coste de oportunidad, financiero, etc.) Conviene traer a colación la réplica rotunda de Lord Toulson –frente a este argumento– en su *leading opinion* de *Willers*: «este tribunal debería evitar ficciones, especialmente cuando el resultado sea de una injusticia sustancial¹¹⁷».

89. La *ratio iuris* de esta atribución de responsabilidad me parece clara. De la misma manera que los tribunales arbitrales, cuando aprecian la concurrencia de abuso del proceso, no dudan en aplicar la denominada *regla inglesa* en materia de costas (*costs follow the event*) para resarcir al litigante perjudicado de los costes económicos directamente irrogados por la tramitación del proceso arbitral (honorarios de los árbitros, de administración del arbitraje, de sus abogados, etc.), deberían ser igualmente compensados el resto de daños –igualmente antijurídicos– sufridos por quién nunca debió ser demandado. Si este ha sufrido un daño que no está jurídicamente obligado a soportar, la imputación objetiva del daño al demandante –y su correlativa obligación de íntegro resarcimiento– parecen inequívocas.

90. Según se deduce de lo anteriormente expuesto, aunque esta respuesta intuitiva favorable ha sido ocasionalmente compartida (aunque fuera *obiter*

114. *Neckarpri GmbH c. EDF International S.A.S. (EDFI)*, CCI, laudo de 6 de mayo 2016.

115. Párr. 690.

116. [2016] UKSC 43, § 19.

117. [2016] UKSC 43, § 58.

dictum) por varios tribunales arbitrales –en el sentido de que existe un perjuicio provocado de forma ilegítima por quien promueve de forma desviada un procedimiento arbitral que debe ser indemnizado–, hasta ahora todos ellos han rechazado conceder la indemnización solicitada en cada caso sometido a su consideración¹¹⁸.

VI. CONCLUSIONES

91. *Nolite iudicare*. En un hermoso opúsculo, Claudio Magris explicó que este precepto evangélico no debe interpretarse en su literalidad («no juzguéis»), sino más bien como una invitación a no hacerlo de manera precipitada¹¹⁹. Esta divisa me parece especialmente recomendable para cualquier árbitro en el desempeño de sus funciones y, muy especialmente, para aproximarse a la figura del abuso del derecho. Creo que nadie aboga seriamente por su utilización indiscriminada sino que, por el contrario, constituye una suerte de cláusula residual del sistema que permite al ordenamiento jurídico defenderse de utilidades patológicas de derechos subjetivos, entre los que se encuentra el de litigar¹²⁰.

92. Es probable que el florecimiento de este alegato en el contexto de los arbitrajes internacionales sea una tendencia que haya llegado para quedarse. Sin duda, podemos estar asistiendo un cierto *boom* coyuntural, pero la cuestión de fondo –el abuso del proceso– permanecerá, porque *es un problema estructural de todo ordenamiento jurídico*. También parece razonable pronosticar que, como ocurre en la actualidad, en la inmensa mayoría de los casos esta invocación será –correctamente– rechazada por los árbitros, como ocurre de forma regular en la jurisdicción ordinaria. Pero el hecho de que su concurrencia efectiva sea marginal no debe llevarnos al error de negar la posibilidad de su existencia.

93. Me parece prudente huir de posiciones maximalistas. Tan poco recomendable es relajar las exigencias necesarias para apreciar con carácter excepcional la concurrencia del abuso del proceso en el seno de un arbitraje, como

118. Los laudos citados coincidieron en admitir –sin un excesivo despliegue argumental– que la indemnización por los daños procesales puede ser reclamada por el demandado dentro del propio procedimiento arbitral en el que se generaron; afirmación que precisaría de algunos matices.

119. *Literatura y Derecho. Ante la ley*, Madrid: Sexto Piso, 2008, p. 33.

120. No parece haber duda de que, en el ámbito del arbitraje de inversiones, el recurso efectivo a la doctrina del abuso del proceso es marginal, siendo por lo general los tribunales arbitrales muy exigentes a este respecto: «Parece existir una opinión dominante en la doctrina y la jurisprudencia arbitral [en el sentido de que] la doctrina de “abuso del proceso” es, de hecho, escasamente aplicada en procedimientos arbitrales», Alekhin, S. y Bayandin, D., *op. cit.* (cita 96), p. 399. *Vid.*, también, «*Interim Report: Res Judicata and Arbitration*», en *International Law Association (ILA)*, 2004, p. 22.

negar de forma radical la mera posibilidad de que tal fenómeno se produzca en la práctica. Porque la realidad es que, como hemos visto, el uso desviado del proceso arbitral no pertenece solo, por decirlo *à la Ihering*, al «cielo de los conceptos jurídicos».

94. En último término, el abuso del derecho, como el resto de *ilícitos atípicos*-en feliz expresión de Atienza y Ruiz Manero- no es más que una manifestación del carácter dinámico y abierto del ordenamiento jurídico. Esta doctrina se justifica en la medida en que se asuma un concepto no estático del Derecho y tampoco circunscrito de forma exclusiva a la literalidad expresada en la norma jurídica escrita. Por el contrario, nace de la aceptación consciente de la naturaleza compleja de todo ordenamiento jurídico y de su función próxima a una realidad social, económica y vital, de naturaleza esencialmente variable¹²¹.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEKHIN, S. Y BAYANDIN, D., «*Cherry-Picking or Cherry-Biting? The Res Judicata Doctrine and the Limits of Permissible Parallel and Consecutive Proceedings in Investment Arbitration*», en *New Horizons of International Arbitration*, n.º 5, 2019, pp. 376-423.
- ALEXI, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ASCENSIO, H., «*Abuse of Process in International Investment Arbitration*», en *Chinese Journal of International Law*, n.º 13, 2014, pp. 763-785.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Ilícitos atípicos*, Madrid: Trotta, 2000.
- AUSÍN, T., *Entre la lógica y el Derecho. Paradojas y conflictos normativos*, Madrid: Plaza y Valdés, 2005.
- BAETENS, F., «*Abuse of process and Abuse of rights before the ICJ: even more popular, ever less successful?*», 15 de octubre de 2019, en ejiltalk.org/abuse-of-process-and-abuse-of-rights-before-the-icj-ever-more-popular-ever-less-successful/.
- BERNARDO SAN JOSÉ, A., *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Granada: Comares, 2002.
- BIRNIE, P., *et al*, *International Law and the Environment*, Oxford: Oxford University Press, 2009, 3.ª ed.

121. *Cfr.* Sánchez Martínez, O.: «El abuso de derecho: del Código Civil al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la Constitución Española», en *Estudios de Derecho Español y Europeo: Libro Conmemorativo a los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, VV.AA., Santander: Universidad de Cantabria, 2009, p. 830.

- BRENGESJÖ, E., *Lis Alibi Pendens in International Arbitration. Reflections on the Swedish Position in the Context of International Trends and Approaches*, Stockholm: Stockholm University, Faculty of Law, 2013.
- BURKHARD, H., «*Abuse of procedure in Germany and Austria*», en *Abuse of Procedural Rights Comparative Standards of Procedural Fairness* (ed. Taruffo, M.), Kluwer, La Haya, 1999, pp. 151-179.
- BYERS, M., «*Abuse of Rights: An Old Principle, a New Age*», en *MacGill Law Journal*, vol. 47, 2002, pp. 389-431.
- CADIET L. et al, *Théorie générale du procès*, París: PUF, 2010.
- CARRASCO PERERA, A., *Tratado del abuso del Derecho y del fraude de Ley*, Cizur Menor: Aranzadi, 2016.
- CASAS MARTÍNEZ, M., «Arbitraje de inversión y abuso de Derecho: ¿Soluciones de Derecho internacional Privado?», en *Arbitraje*, vol. IX, n.º 2, 2016, pp. 397-433.
- CONTHE, M., *La paradoja del bronce*, Barcelona: Crítica, 2007, 2.^a ed.
- COURTIEU, G., «*Droit à réparation, Abus de droit. Notion*», en *Juris-classeur Responsabilité civile, article 1382 à 1386*, fas. 131-1, n.º 3, 1997.
- CREMADES, B., «El arbitraje internacional en la encrucijada de la crítica», en *Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2018.
- CHENG, B., *General Principles of Law as Applied by the International Courts and Tribunals*, Londres: Stevens for the London Institute of World Affairs, 1953.
- DE LA PLAZA NAVARRO, M., «Los daños y perjuicios procesales», en *Revista de Derecho Procesal*, tomo IV, 1945, pp. 509-527.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «¿Puede el Derecho afrontar la disrupción con reglas?: una reflexión acerca del papel de los principios en el sistema jurídico», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 54, 2020, pp. 7-36.
- DE PRADA RODRÍGUEZ, M., MUÑOZ ROJO, R., *El proceso civil inglés*, Granada: Comares, 2014.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. L., *Ensayos Jurídicos*, Madrid: Civitas, 2011.
- «El abuso del Derecho y el Fraude de Ley en el nuevo título preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones», en *Ius et Veritas*, n.º 5, 1992, pp. 5-14.

- FLEMING, J.G., *The law of torts*, Sydney: The Law Book Company, 1998, 9.^a ed.
- GAILLARD, E., «*The Sociology of International Arbitration*», en *Arbitration International*, n.º 31, 2015, pp. 1-17.
- «*Abuse of Process in International Arbitration*», en *ICSID Review*, 2017, pp. 1-21.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «*La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de Gobierno, Poderes normativos)*», en *Revista de Administración Pública*, 1962, pp. 159-208.
- GARCÍA OLMEDO, J., «*Recalibrating the international investment regime through narrowed jurisdiction*», en *International and Comparative Law Quarterly*, 69 (2), 2020, pp. 301-334.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., «*La notificación del laudo arbitral como requisito para su ejecución forzosa*», en *Arbitraje*, vol. I, 2008, pp. 87-114.
- GEISINGER, E. Y LEVY, L., «*Lis Alibi Pendens in International Commercial Arbitration*», en *Complex Arbitrations: Perspectives on their Procedural Implications, Special Supplement– ICC Intl Court of Arb Bulletin*, 2003, pp. 53-72.
- GÓMEZ LAPLAZA, M.^a C., «*Abuso del derecho*», en *Revista de Derecho Privado*, n.º 90, 2006, pp. 2-73.
- GONZÁLEZ, M., *Comentarios del Código Civil*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, Tomo I.
- GUTTERIDGE, H.C., «*Abuse of Rights*», en *Cambridge Law Journal*, Vol. 5, 1935, pp. 22-45.
- JOSSERAND, L., *De l'abus des droits*, París : Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1905.
- LEVY, D., *L'abus de l'ordre juridique arbitral: contributions de la doctrine de l'abus de droit à l'arbitrage international (tesis doctoral)*, París: Université Panthéon-Assas, 2013.
- LOWE, V., «*Res Judicata and the Rule of Law in International Arbitration*», en *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 8, 1996, pp. 38-50.
- «*Overlapping Jurisdiction in International Tribunals*», en *20 Australian Year Book of International Law*, n.º 191, 1999, pp. 191-204.
- MAGRIS, C., *Literatura y Derecho. Ante la ley*, Madrid: Sexto Piso, 2008.

- MUÑOZ ARANGUREN, A., *La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios*, Madrid: Marcial Pons, 2018.
- «Abuso del derecho y ponderación de derechos», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2018, pp. 35-49.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid: BOE, 2015, 4.^a ed.
- PATON, G., *A text-book of Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press, 1972.
- PAULSSON, J., *The Unruly Notion of Abuse of Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- PEÑA, L. Y AUSÍN, T., «¿Cabe un abuso de los derechos positivos?», en *Los derechos positivos: Las demandas justas de acciones y prestaciones* (eds. Lorenzo Peña y Txetxu Ausín), VVAA, México-Madrid: Plaza y Valdés, 2006, pp. 387-401.
- PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1901.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O., «El abuso de derecho: del Código Civil al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la Constitución Española», en *Estudios de Derecho Español y Europeo: Libro Conmemorativo a los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, VVAA, Santander: Universidad de Cantabria, 2009, pp. 827-842.
- SCHUMANN BARRAGÁN, G., «El arbitraje de inversiones en los tratados de libre comercio de nueva generación: un análisis nacional desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12 (2), 2020, pp. 1446-1469.
- STINSON, J., «*Why Dicta Becomes Holding and Why It Matters*», en *Brooklyn Law Review*, Vol. 76, 2010, pp. 219-264.
- SUNSTEIN, C., *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- TARUFFO, M., *Páginas sobre justicia civil* (trad. Maximiliano Aramburo Calle), Madrid: Marcial Pons, 2009.
- VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en el proceso civil*, Madrid: Thomson Civitas, 2004.
- VOON, A. et al, «*Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration*», en «*Journal of International Dispute Settlement*», Vol. 5, n.º 1, 2014, pp. 41-68.
- WIEDERKEHR, G., «*La notion d'action en justice d'après l'art. 30 du nouv. Code de procédure civile*», Toulouse: Université Toulouse, 1981.