

EL ABUSO DE DERECHO Y LA DOBLE COMPENSACIÓN

VERÓNICA LAVISTA¹

Dphil (Oxford), LL.M. (NYU), Consejera Legal CIADI

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 2
Junio – Diciembre 2021
Págs. 215–231

Resumen: Los casos *OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/11/25) – Laudo 10 de marzo de 2015, *Fábrica de Vidrios Los Ángeles, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/12/21) – Laudo del 13 de noviembre de 2017, *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier y Michael Stein c. República de Italia* (Caso CIADI No. ARB/14/3) – Laudo 27 de diciembre de 2016, y *Eskosol S.p.A. in liquidazione c. República de Italia* (Caso CIADI No. ARB/15/50) – Laudo del 4 de septiembre de 2020, son interesantes a efectos de estudiar la cuestión del abuso de derecho o proceso. En ambas disputas las primeras reclamaciones fueron iniciadas por accionistas extranjeros mayoritarios y las segundas por las sociedades locales, en relación con las mismas medidas. Los Estados interpusieron excepciones jurisdiccionales

Abstract: The cases *OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/11/25) – Award 10 March 2015, *Fábrica de Vidrios Los Ángeles, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/12/21) – Award of 13 November 2017, *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Republic of Italy* (ICSID Case No. ARB/14/3) – Award of 27 December 2016, and *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Republic of Italy* (ICSID Case No. ARB/15/50) – Award of 4 September 2020, are interesting case studies for the issue of abuse of rights or process. In both disputes the first claims were brought by the majority foreign shareholders, and the second by the local companies, in relation to the same measures. The States presented objections to jurisdiction on the basis of abuse of rights or process in relation to the duplicated

1. El contenido de este trabajo refleja únicamente la opinión personal de la autora y no refleja posición alguna del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

sobre la base del abuso de derecho o proceso en relación con la duplicación de las reclamaciones. Los tribunales se refirieron a esta cuestión en el marco de la doble compensación.

claims. The tribunals referred to the issue in the context of double compensation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EXTRACTOS. 1. *Favianca*. 2. *Eskosol*. 2.1. Decisión sobre la Regla de Arbitraje 41(5). 2.2. Laudo. III. RESUMEN DE LOS CASOS. 1. *OIEG*. 2. *Favianca*. 3. *Blusun*. 4. *Eskosol*. IV. ARGUMENTOS DE LAS PARTES. 1. *OIEG*. 1.1. Posiciones de las partes en *OIEG*. 2. *Favianca*. 2.1. Argumentos de la demandada. 2.2. Argumentos de las demandantes. 3. *Blusun*. 3.1. Intervención de *Eskosol* en *Blusun*. 4. *Eskosol*. 4.1. Argumentos de la demandada. 4.2. Argumentos de la demandante. V. MOTIVOS DE LA DECISIÓN. 1. *Favianca*. 2. *Blusun*. 2.1. Decisión del tribunal. 3. *Eskosol*. VI. COMENTARIO.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo, nos centraremos en dos disputas, reflejadas en cuatro casos. En todos ellos, nos referiremos específicamente a las decisiones adoptadas en relación con la cuestión de abuso de proceso o derecho.

Los casos en cuestión son los siguientes: *Eskosol S.p.A. in liquidazione c. República de Italia* (Caso CIADI No. ARB/15/50), laudo de 4 de septiembre de 2020 («*Eskosol*»); *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier y Michael Stein c. República de Italia* (Caso CIADI No. ARB/14/3), laudo de 27 de diciembre de 2016² («*Blusun*»); *Fábrica de Vidrios Los Ángeles, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/12/21), laudo de 13 de noviembre de 2017 («*Favianca*»); y *OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/11/25), laudo 10 de marzo de 2015 («*OIEG*»)³.

En todas esas disputas se iniciaron arbitrajes sucesivos por diferentes compañías dentro de la misma estructura societaria, en relación con las mismas medidas. En el caso de *Eskosol*, el primer arbitraje fue el iniciado por *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecocier y Michael Stien* («*Blusun*»). En el caso de *Favianca*, el primer arbitraje fue iniciado por *OI European Group B.V.* («*OIEG*»).

Para que el trabajo sea coherente y limitado en su extensión, se han resumido las diferentes posiciones y circunstancias de los cuatro procedimientos solo en tanto resultan relevantes para la cuestión del abuso de derecho o proceso.

2. *Blusun* presentó una solicitud de anulación respecto de la decisión que fue rechazada el 13 de abril de 2020.

3. *Venezuela* presentó una solicitud de anulación respecto de la decisión que fue rechazada el 6 de diciembre de 2018.

La diferencia fáctica fundamental entre estas disputas radica en el resultado del primero de ellos. En el caso *Blusun*, la reclamación fue desestimada en cuanto al fondo de la cuestión, mientras que en el caso *OIEG* la reclamación fue sustancialmente estimada en el fondo.

II. EXTRACTOS

1. FAVIANCA

319. En tercer lugar, la Demandada se negó a abonar su porción de los costos del arbitraje a lo largo de todo este proceso. Esto incrementó la carga financiera de este arbitraje para las Demandantes desde el principio, y benefició a la Demandada. Este beneficio es suficiente reconocimiento al éxito alcanzado por la Demandada al convencer al Tribunal de que carece de jurisdicción respecto de la controversia sometida ante sí. Este beneficio también toma en cuenta el argumento de la Demandada de que era irrazonable que las Demandantes iniciaran esta acción por el monto total de su participación en las Plantas cuando *OIEG* ya obtuvo un laudo que cubría toda su participación en las Demandantes, y que representa el 72,983% de la indemnización solicitada por las Demandantes en este caso. El Tribunal coincide, en cierto modo, con la postura de la Demandada al respecto, y la cuestión del efecto de res judicata del Laudo de *OIEG* habría sido un punto importante para la consideración por parte del Tribunal si hubiese procedido a dirimir el fondo de las reclamaciones de las Demandantes.

2. ESKOSOL

2.1. Decisión sobre la Regla de Arbitraje 41(5)

166. *The ECT authorizes a variety of entities to proceed as qualified «Investor[s]» under its terms. This includes foreign investors like Blusun, bringing suit relating to investments that they «own[] or control[] directly or indirectly», including «a company or business enterprise, or shares, stock or other forms of equity participation in a company or business enterprise». But it also includes local companies like Eskosol, which are expressly permitted to bring claims in their own name provided that they meet the foreign control requirements of Article 26(7). Italy itself admits that in principle, both Blusun and Eskosol could be legitimate investors under the ECT. A shareholder's claim for its reflective loss through an entity in which it holds shares cannot be equated automatically to that entity's claim for its direct losses.*

167. *The Tribunal accepts that notwithstanding this fact, there may be certain circumstances in which a foreign shareholder and the local company in which it holds shares have such identical interests that it would be abusive to permit ar-*

bitration of a given dispute by one after the other already has concluded an arbitration over the same dispute. This might well be the case, for example, where the local company is wholly owned by the foreign shareholder.

170. Obviously, there could be both efficiency and fairness reasons to prefer that all shareholders of an entity affected by a challenged State measure could be heard in a single forum at a single time, together with the entity that they collectively own. The Tribunal is not unsympathetic to Italy's circumstances, having to face claims now that are closely related to those it already successfully vanquished in a prior proceeding. But the fact remains that neither the ICSID system as presently designed, nor the ECT itself, incorporate clear avenues (much less a requirement) for joinder in a single proceeding of all stakeholders potentially affected by the outcome. Absent such a system –which States have the power to create if they so wish– it would not be appropriate for tribunals to preclude arbitration by qualified investors, simply because other qualified investors may have proceeded before them without their participation. The possibility that domestic legal systems may afford potential remedies –for example, claims by minority shareholders or bankruptcy receivers against majority shareholders who take unauthorized actions in contravention of domestic law– is not sufficient basis for precluding qualified investors from exercising their fundamental right to access the ICSID system.

2.2. Laudo

267. Finally, the Tribunal acknowledges that if any damages Eskosol recovered were sufficient to allow for distribution to shareholders after resolving priority debt obligations, Blusun itself could benefit indirectly from Eskosol's recovery, despite previously failing in its direct claim against Italy.³²⁸ The Tribunal accepts the awkwardness of this outcome, but it is one that arises mainly because of the odd circumstances of this case, where a majority shareholder and the company in which it holds shares did not have aligned interests and did not coordinate their respective litigations, but rather acted in various respects at cross-purposes with one another. The Tribunal is confident that this situation does not arise regularly. However, the possibility of an awkward outcome in an anomalous case, that could result in some indirect benefit to a prior litigant who lost a prior case, is not a reason in principle to strip a current litigant of a right to arbitration that the ECT expressly grants it, to pursue claims on its own behalf.

III. RESUMEN DE LOS CASOS

1. OIEG

El 7 de septiembre de 2011, el CIADI recibió la solicitud de arbitraje de OIEG frente a la República Bolivariana de Venezuela. La solicitud fue registrada el 26 de septiembre de 2011. El procedimiento se iniciaba sobre la base del

Convenio para el estímulo y protección de las inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos («APPRI Venezuela-Países Bajos»).

El tribunal, compuesto por Francisco Orrego Vicuña, Alexis Mourre y Juan Fernández Armesto (Presidente), fue constituido el 30 de marzo de 2012.

La disputa en este caso nace de la expropiación de las dos mayores plantas de producción de envases de vidrio en Venezuela, propiedad de Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. OIEG, es una compañía constituida el 17 de febrero de 1999 de conformidad con las leyes del Reino de los Países Bajos. OIEG operaba a través de dos empresas en Venezuela: Owens-Illinois de Venezuela C.A. («OIdV»), de la cual posee el 73,97% de las acciones; y Fábrica de Vidrios los Andes C.A. («Favianca»), de la cual posee el 32% de las acciones en forma directa y 39,996% de forma indirecta.

El 10 de marzo de 2015, el tribunal del caso OIEG dictó laudo sobre el fondo, declarando que la República Bolivariana de Venezuela expropió ilícitamente la inversión de OIEG en contravención del art. 6 del APPRI; que Venezuela no había garantizado la inversión el trato justo y equitativo comprometido en el art. 3(1) del APPRI; y que Venezuela no había cumplido con los compromisos asumidos en virtud del art. 3(4) del APPRI.

2. FAVIANCA

El 23 de octubre de 2012, el CIADI recibió la solicitud de arbitraje de Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. («Favianca») y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. («OIdV») contra la República Bolivariana de Venezuela. La solicitud fue complementada por carta de fecha 3 de agosto de 2012. Se registró por el CIADI el 10 de agosto de 2012.

El tribunal, compuesto por L. Yves Fortier, Alexis Mourre y Hi-Taek Shin (Presidente), fue constituido el 14 de febrero de 2013. El 31 de julio de 2015, Zachary Douglas reemplazó a Alexis Mourre, que dejaba el tribunal por renuncia.

Favianca y OIdV son dos compañías constituidas en la República Bolivariana de Venezuela, controladas por OI European Group («OIEG»), una persona jurídica constituida de conformidad con las leyes del Reino de los Países Bajos. OIEG es propietaria, directa e indirectamente, del 71,996% de las acciones de Favianca y el 73,97% de las acciones de OIdV.

La controversia en este caso también se refiere a la expropiación de las dos plantas más grandes de producción de envases de vidrio en Venezuela. El procedimiento fue iniciado con base en el APPRI Venezuela-Países Bajos.

El tribunal dictó laudo sobre el fondo el 13 de noviembre de 2017, rechazando la disputa por falta de jurisdicción.

3. BLUSUN

Blusun S.A., una sociedad incorporada en Bélgica, Jean-Pierre Lecorcier, nacional francés, y Michael Stein, nacional alemán, presentaron una solicitud de arbitraje en el CIADI contra la República de Italia el 4 de febrero de 2014. Fue registrada el 14 de febrero de 2014.

La reclamación se basaba en el Tratado de la Carta de Energía («TCE») y se refería a una serie de regulaciones dictadas en Italia, de diversa jerarquía, en relación con tarifas preferenciales para la producción de electricidad por plantas de electricidad fotovoltaica.

El tribunal fue constituido el 12 de junio de 2014, compuesto por Stanimir Alexandrov, Pierre-Marie Dupuy y James Crawford (Presidente).

Blusun controlaba el 80% de Eskosol S.p.A. El Sr. Lecorcier era el titular del 66% de las acciones de Blusun y el Sr. Stein dueño del 34% de Blusun.

El tribunal dictó el laudo rechazando las reclamaciones sobre el fondo el 27 de diciembre de 2016.

4. ESKOSOL

Eskosol S.p.A. in liquidazione («Eskosol»), constituida en Italia, presentó una solicitud de arbitraje al CIADI contra la República de Italia el 11 de diciembre de 2015. La solicitud fue registrada el 22 de diciembre de 2015.

Como ya se ha referido, el accionista mayoritario de Eskosol, con una participación del 80%, era Blusun S.A.⁴ Los restantes accionistas de Eskosol eran los Sres. Sisto y Scognamiglio, ambos nacionales italianos.

La reclamación se refiere a una serie de regulaciones dictadas en Italia, de diferente jerarquía, en relación con tarifas preferenciales para la producción de electricidad para plantas de electricidad fotovoltaica. La reclamación se basaba en el TCE.

Eskosol nombró a Guido Tawil como árbitro e Italia a Brigitte Stern, luego de que Pierre-Marie Dupuy renunciara al nombramiento. Las partes acordaron luego nombrar a Jean Kalicki como Presidente del Tribunal. El tribunal quedó constituido el 19 de octubre de 2016 (en su primera composición).

4. Laudo del 4 de septiembre de 2020, pág. 2.

El 20 de marzo de 2017, el tribunal dictó una decisión en relación con la aplicación de Italia bajo la Regla de Arbitraje 41(5) («Decisión sobre la Regla de Arbitraje 41(5)»).

El tribunal dictó su laudo el 4 de septiembre de 2020.

IV. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

1. OIEG

1.1. Posiciones de las partes en OIEG

El 27 de noviembre de 2012, Venezuela comunicó al Tribunal el registro del caso CIADI No. ARB/12/21, *Favianca*, y argumentó que ese caso estaba relacionado con el presente caso y que, por economía procesal, debía ser acumulado al ya iniciado.

El 28 de noviembre de 2012, OIEG se opuso a esta solicitud. El 30 de noviembre de 2012, el tribunal ordenó a Venezuela cumplir con los plazos fijados para el memorial de contestación y dejó abierta la posibilidad de que, si las partes sentían que en algún momento había de habilitarse un nuevo trámite, se presentara una solicitud motivada ante el tribunal, quien resolvería oída la otra parte.

En su escrito de objeciones preliminares, Venezuela insistió en reservarse todos los derechos en relación con el procedimiento paralelo y su impacto sobre la presente controversia. A pesar de ello, no volvió a invocar el caso CIADI No. 12/21 en el procedimiento.

2. FAVIANCA

2.1. Argumentos de la demandada

El 31 de octubre de 2012, Venezuela propuso a *Favianca* y OIdV el nombramiento para este caso del mismo tribunal que el designado en OIEG, sobre la base de las similitudes entre ambos casos. El 9 de noviembre de 2012 *Favianca* y OIdV rechazaron la propuesta de Venezuela.

El 16 de agosto de 2013, Venezuela presentó objeciones preliminares a la jurisdicción, solicitando la bifurcación del procedimiento, y subsidiariamente solicitó la suspensión del procedimiento mientras se encontrara pendiente el laudo de OIEG o durante el tiempo que el tribunal considerase adecuado. *Favianca* y OIdV solicitaron la desestimación de la solicitud y una resolución del tribunal para que toda la información confidencial del caso OIEG divulgada por Venezuela en sus objeciones preliminares fuera eliminada del expediente.

El tribunal rechazó las solicitudes de bifurcación y suspensión formuladas por Venezuela, así como la de Favianca y OldV de eliminar del expediente la información confidencial de OIEG. Venezuela volvió a solicitar la suspensión del procedimiento y el tribunal rechazó nuevamente la solicitud.

El 17 de agosto de 2015, luego de dictado el laudo en OIEG, Venezuela solicitó a Favianca y OldV reajustar sus reclamaciones en este arbitraje a la luz del laudo, y el compromiso de Favianca y OldV de no procurar obtener un doble resarcimiento en este arbitraje. Venezuela solicitó asimismo que esta cuestión se incorporase como nuevas objeciones jurisdiccionales sobre la relevancia del laudo dictado en OIEG.

El tribunal rechazó la solicitud respecto del reajuste de las reclamaciones, como rechazó también las objeciones jurisdiccionales por extemporáneas. Sin embargo, invitó a Venezuela a abordar la relevancia de las conclusiones del laudo emitido en OIEG sobre la eventual responsabilidad de Venezuela en este caso.

Venezuela respondió a la invitación del tribunal incorporando un informe pericial. El 16 de noviembre de 2015, Favianca y OldV respondieron a la presentación de Venezuela sobre la relevancia del laudo de OIEG.

Venezuela argumentó que OIEG ya había obtenido un laudo favorable en un arbitraje paralelo que contemplaba la totalidad de su participación en Favianca y OldV, por lo que el Tribunal debía considerar el resultado del OIEG para evitar la doble indemnización. El hecho de permitir que Favianca y OldV procedieran en tal sentido constituiría un abuso del proceso.

Además, Venezuela argumentó que el 27,017% restante de la indemnización por daños pretendida en el presente caso excedería de la jurisdicción del Tribunal, ya que los beneficiarios finales de dicha participación accionaria no eran nacionales extranjeros. Esta excepción fue desestimada por el tribunal el 21 de septiembre de 2015, por considerarla extemporánea.

2.2. Argumentos de las demandantes

En su memorial sobre el fondo, Favianca y OldV argumentaron que, en la medida que OIEG obtuviera una compensación en su arbitraje, esta recuperación se compensaría con la indemnización a Favianca y OldV en el procedimiento de *Favianca*. Sin embargo, en vista de que Venezuela no había abonado monto alguno a OIEG y había iniciado un procedimiento de anulación, argumentaron que no había necesidad de ajustar su reclamación en el arbitraje.

La potencial anulación del laudo de OIEG, además, podría significar que se vieran privadas de reparación y se les estuviera negando el acceso a la jus-

ticia. Además, el laudo de OIEG no contemplaba el 100% de las empresas de Favianca y OldV.

Por último, Favianca y OldV propusieron una serie de opciones al tribunal para que considerara la cuestión de la doble indemnización, incluyendo que Venezuela abonara a Favianca y OldV una indemnización equivalente al 27,017% de la valoración de la inversión y el 72,983% de la valoración del tribunal menos todo monto cobrado por OIEG; o, en caso que Favianca y OldV obtuviesen un pago con anterioridad a OIEG, que el monto del laudo de OIEG se redujera por los cobros de Favianca y OldV superiores al 27,017% de la valoración del Tribunal en este procedimiento.

3. BLUSUN

3.1. Intervención de Eskosol en Blusun

El 21 de junio de 2016, en medio de los alegatos finales de la audiencia de jurisdicción y fondo, Eskosol solicitó permiso para intervenir como parte no litigante en virtud de la Regla de Arbitraje 37(2). Eskosol ya había iniciado su propio procedimiento CIADI, como subsidiaria de Blusun, sobre la base de los mismos hechos. Eskosol argumentó que el tribunal carecía de jurisdicción y que, subsidiariamente, la reclamación era inadmisibles porque las demandantes solicitaban daños de Eskosol, y que causarían perjuicio a Eskosol sus acreedores y accionistas no partes en este procedimiento.

Italia argumentó adicionalmente que, al ser Eskosol el mismo vehículo utilizado por Blusun para su inversión en Italia, no podía sostenerse que fuera una parte no contendiente en los términos de la Regla de Arbitraje 37(2). En el Derecho internacional de las inversiones, Blusun y Eskosol constituyen una misma entidad.

4. ESKOSOL

4.1. Argumentos de la demandada

Italia solicitó la inadmisión de la solicitud de arbitraje de Eskosol por falta de jurisdicción y admisibilidad, y la desestimación de las reclamaciones de fondo en virtud de TCE.

En relación con la alegación de cosa juzgada y abuso de derecho, objeto de este comentario, Italia argumentó que la disputa era sustancialmente idéntica a la del caso *Blusun*, porque: (i) la disputa se refería a las inversiones de Blusun en Italia a través de Eskosol; (ii) Blusun cuestionó varias medidas, incluyendo el Decreto Romani y Conto Energía IV; y (iii) como Eskosol admitió en su solicitud bajo la Regla 41(5) en el caso *Blusun* sus reclamaciones

en este arbitraje surgían de la misma matriz fáctica objeto de discusión en el caso *Blusun*.

Italia agregó que las conclusiones del tribunal de *Blusun* respecto de la falta de causalidad serían igualmente aplicables si las demandantes hubiesen esgrimido argumentos sobre la base de otras disposiciones del TCE. Según el parecer de Italia, las reclamaciones en ambos casos se refieren a intereses idénticos.

Respecto del argumento de Eskosol de que *Blusun* no se coordinó con Eskosol al comenzar su reclamación en el caso *Blusun*, lo cual indicaría que no albergaba intención de repartir las ganancias del procedimiento a Eskosol, Italia sostuvo que no se podía argumentar que Eskosol no tuviera responsabilidad por el procedimiento iniciado primero por *Blusun*, pues Eskosol había esperado más de dos años tras la decisión de liquidar la compañía para iniciar este procedimiento, y no hay indicios de que *Blusun* hubiera impedido a Eskosol iniciarlo antes. Y que resultaba puramente especulativo afirmar que *Blusun* no repartiría las ganancias del procedimiento con Eskosol. Los inversores minoritarios de Eskosol, cuyos intereses supuestamente no estaban representados en el caso *Blusun*, no eran inversores protegidos por el TCE.

En relación con el argumento de Eskosol de que *Blusun* no representaba sus intereses significativos, Italia argumentó que cualquier daño que hubiera sufrido Eskosol como resultado de las medidas cuestionadas podría haber sido objeto de la debida compensación en el caso *Blusun*, ya que la indemnización solicitada en ese caso incluía el valor de capital de Eskosol y el capital invertido en el proyecto.

Respecto de la protección de los acreedores de Eskosol, Italia argumentó, por un lado, que los acreedores eran italianos y por lo tanto no estaban protegidos por la TCE y, por otro lado, que no habían reclamado daños directamente sufridos por sus inversiones, por lo que carecerían de legitimación activa. Así, tanto las reclamaciones de los acreedores como las de los accionistas minoritarios podían resolverse en los tribunales locales.

En relación con el abuso de derecho, Italia argumentó que el hecho de que en el caso de *Blusun* la decisión hubiera sido favorable a Italia demostraba que Italia no debía soportar la carga de verse demandada nuevamente en relación con las mismas medidas, en virtud del TCE, por alegados daños al mismo negocio.

Según la posición de Italia, hay abuso cuando un inversor que controla más de una entidad a través de una integración vertical intenta cuestionar las mismas medidas y la misma compensación en diferentes ámbitos. Así como en el caso *Orascom* se aplicó este principio en presencia de múltiples tratados

de protección en paralelo, el mismo principio debe aplicarse cuando se trata del mismo tratado.

En este sentido, la solicitud de Eskosol de participar en el caso *Blusun* bajo la Regla de Arbitraje 37(2), con el objetivo de garantizar que Blusun no pudiera reclamar daños exclusivos de Eskosol, así lo confirma. De hecho, en ese caso Blusun reclamó daños que teóricamente pertenecían exclusivamente a Eskosol. El hecho de que, en ese caso, el tribunal desestimara el fondo de las reclamaciones es irrelevante en este punto.

Si se aceptase el argumento de Eskosol, según el cual en todo momento se hallaba bajo el control de Blusun, entonces el inversor habría abusado de su derecho al duplicar su reclamación en virtud del TCE, aprovechándose de la posibilidad *in abstracto* de acceder al arbitraje en nombre propio y a través de su compañía local.

Para Italia, este caso era distinto del caso *CME*, porque en este último caso Italia solicitó la acumulación de ambos procedimientos, en lugar de oponerse a ella. Además, el retraso de Eskosol al intervenir en el caso *Blusun* debía valorarse junto con la supuesta falta de colaboración de Blusun.

4.2. Argumentos de la demandante

Según exponía Eskosol, la aplicación de la cosa juzgada requiere identidad de (i) partes, (ii) causa de pedir y (iii) objeto; y ninguno de estos elementos había sido acreditado en este caso.

En primer lugar, claramente Eskosol y Blusun no son idénticos. Tampoco es aplicable la excepción prevista por el tribunal en su decisión en relación con la Regla 41(5), relacionada con una sociedad local en la que el 100% de la tenencia accionaria es del accionista extranjero, pues ese no es el caso aquí. Además, Eskosol no actuó en concierto con Blusun⁵, por lo que no puede afirmarse que intentaran abusar de la personalidad jurídica independiente de Eskosol. Eskosol agrega que el retraso en comenzar el proceso fue justificado.

En relación con el segundo y tercer elemento de la triple identidad de la cosa juzgada, para Eskosol tampoco concurrían en el caso. En primer lugar, los dos procedimientos no se referían a las mismas medidas. En segundo, Blusun sólo reclamaba por sus pérdidas como accionista en Eskosol, mientras que Eskosol reclama por el 100% de las pérdidas de la compañía como resultado de las medidas impugnadas.

Por lo que respecta a la cuestión del abuso de derecho, Eskosol argumentaba que las circunstancias del caso *Orascom* eran únicas y diferentes de las

5. De hecho, Blusun rechazó la acumulación de los procedimientos.

circunstancias en este caso. En ese caso, el tribunal declaró que las tres notificaciones de disputa eran efectivamente idénticas, y que las tres habían sido enviadas por la misma persona que controlaba cada una de las compañías verticalmente integradas. Este asunto, por el contrario, según Eskosol, no involucraba a una única persona o entidad que buscaran aumentar sus posibilidades de éxito con arbitrajes repetidos, y de hecho se percibía una completa falta de colaboración entre Blusun y Eskosol.

Eskosol sostenía que no debía ser penalizada por la falta de colaboración entre Blusun y Eskosol. En relación con el retraso en su solicitud para participar del arbitraje de *Blusun* bajo la Regla de Arbitraje 37(2), este se debió a complicaciones en el proceso concursal. En todo caso, incluso si Eskosol hubiese podido participar, solo hubiese podido actuar como observador, pues Blusun se opuso a la acumulación de los procedimientos.

Por último, Eskosol esgrimió el argumento de que pueden existir múltiples inversores legítimos en una misma reclamación al amparo del TCE. Blusun y Eskosol no actúan coordinadamente, ni representan los mismos intereses. Eskosol aludió, por último, a la conclusión del tribunal en la decisión sobre la objeción de la Regla de Arbitraje 41(5), en el sentido de que no es apropiado que los tribunales limiten los arbitrajes por inversores calificados, simplemente porque otros inversores calificados los hubiesen precedido sin su participación.

V. MOTIVOS DE LA DECISIÓN

1. FAVIANCA

En el caso *Favianca*, el tribunal declinó la jurisdicción, sobre la base de un motivo distinto del analizado en este trabajo. Sin embargo, en concreto en relación con la cuestión de la cosa juzgada y el abuso de derecho, adoptó una posición que resulta interesante.

A lo largo del procedimiento, Venezuela no realizó los desembolsos que le fueron requeridos por el CIADI para sufragar los costos. El tribunal consideró que esto dio como resultado una mayor carga financiera para Favianca y OIdV, y una ventaja para Venezuela. El tribunal consideró que esta ventaja para Venezuela constituía suficiente reconocimiento de su éxito en el debate jurisdiccional. Incluso, esta ventaja reflejaba la alegación de Venezuela de que era irrazonable que Favianca y OIdV iniciaran esta acción por el monto total de su participación en las plantas cuando OIEG ya había obtenido un laudo que cubría toda su participación en Favianca y OIdV, y que representaba el 72,983% de la indemnización solicitada por Favianca y OIdV en este caso. El tribunal coincidió, en cierto modo, con la postura de Venezuela, y la cuestión

del efecto de la cosa juzgada del laudo de OIEG habría constituido un extremo importante para el tribunal si se hubiese podido pasar a examinar el fondo de las reclamaciones de Favianca y OIdV.

2. BLUSUN

2.1. Decisión del tribunal

Luego de oír a las partes, el tribunal rechazó la solicitud de Eskosol sobre la base de que la solicitud de Eskosol había sido presentada de forma injustificadamente extemporánea. En el procedimiento paralelo iniciado por Eskosol, Italia había ofrecido a Eskosol unificar ambos procedimientos. Por último, ambas partes coincidían en interesar la desestimación de la solicitud de Eskosol.

3. ESKOSOL

En su decisión sobre la Regla de Arbitraje 41(5), el tribunal sostuvo que, si bien en principio tanto compañías locales como sus accionistas extranjeros están legitimados como inversores bajo el TCE, pueden darse circunstancias en las que un accionista extranjero y una sociedad local en la que tiene participación poseen intereses tan coincidentes, tan idénticos, que sería abusivo permitir el arbitraje de una disputa por uno de ellos luego de concluido el otro sobre el mismo objeto. El ejemplo que proporciona el tribunal en este caso es el de un accionista que posee el 100% de las acciones de la sociedad local.

El tribunal consideró que no era el caso, ya que Blusun solo poseía el 80% de las acciones de Eskosol, y los intereses de ambas no coincidían. Por esto, el tribunal sostuvo que no era «manifiesto» –uno de los requisitos de la Regla de Arbitraje 41(5)– que Eskosol y Blusun fuesen la misma parte.

Asimismo, para el tribunal había razones de eficiencia y razonabilidad para preferir que todos los accionistas y la sociedad misma fueran oídos en un solo procedimiento. Se mostró receptivo a la situación de Italia, que debía enfrentarse a reclamaciones sobre las cuales ya había prevalecido en otro procedimiento. El tribunal destacó que, si Italia no hubiese resultado vencedora en el procedimiento anterior, debería extremar la cautela para evitar la doble indemnización por la misma pérdida. Sin embargo, destacó que no era ese el sistema diseñado por los Estados en el CIADI ni en el TCE: no sería apropiado impedir a inversores calificados ejercer sus derechos a acceder al sistema CIADI porque los sistemas nacionales pudiesen ofrecer otros remedios.

En el laudo, en relación con la cuestión de la cosa juzgada y las alegaciones sobre abuso de derecho, relativas a la relación entre las pretensiones de Eskosol y de Blusun en este asunto, el tribunal concluyó lo siguiente.

Respecto de la alegación de cosa juzgada y abuso de derecho, el tribunal rechazó que tuviera el deber de decidir si, por una cuestión de eficiencia o justicia, sería preferible que todos los accionistas de una entidad afectada por una medida cuestionada por un Estado fuesen oídos en un único foro y en un único momento, junto con la entidad que poseen. Son estas cuestiones de diseño del sistema, que reflejan decisiones de política internacional y que no deben, por tanto, ser resueltas por el tribunal. Los Estados –razonaba el tribunal– podrían haber creado un sistema semejante, pero no lo hicieron en esta ocasión.

La cuestión, pues, que quedaba por resolver era si el tribunal debía impedir a Eskosol formular ciertas pretensiones al amparo del TCE, que podría legítimamente formular en otras circunstancias, simplemente porque Blusun previamente hubiera invocado ciertos artículos del TCE en su propia reclamación. El razonamiento del tribunal en este punto es complementario al razonamiento preliminar en su decisión sobre la objeción bajo la Regla de Arbitraje 41(5).

En primer lugar, bajo algunos de los principios que subyacen a la cosa juzgada –el *estoppel* o el abuso de derecho–, Eskosol y Blusun no son la misma parte, ni formal ni sustancialmente. Tanto en *RSM* como en *Orascom* las acciones ejercitadas se referían a filiales cuyos beneficiarios finales habían maniobrado tácticamente para llevar adelante procedimientos paralelos. Pero, en este caso, Blusun no es el único beneficiario final de Eskosol, y no se ha demostrado que Blusun haya intentado una maniobra oculta con el propósito de crear una segunda reclamación en su beneficio. Blusun llevó adelante su caso sin incluir a Eskosol como parte en el procedimiento y, de hecho, activamente se resistió a cualquier participación de Eskosol. El tribunal destaca la falta de colaboración de los dueños de Blusun como testigos en este procedimiento.

Si Eskosol prevalece en sus reclamaciones, podrían de ello derivarse beneficios indirectos potenciales a sus accionistas; pero no de forma automática. Otros –por ejemplo, acreedores– podrían beneficiarse primero. De todas formas, la distribución final de cualquier cantidad recuperada recibida por una compañía local en nada afecta el derecho de la compañía al amparo del TCE de sostener una pretensión en su nombre por sus pérdidas; y ello incluso si algunos de sus accionistas fuesen nacionales del Estado receptor de la inversión, o terceros Estados que no habrían podido formular en nombre propio pretensiones al amparo del TCE.

Finalmente, el tribunal concede que, si la compensación de Eskosol fuera suficiente para permitir una distribución a los accionistas luego de afrontar los pasivos pendientes, Blusun podría beneficiarse indirectamente a través de la compensación de Eskosol, pese a haber visto desestimadas sus pretensiones. El tribunal entiende que este resultado puede resultar chocante, pero surge de

las circunstancias particulares de este caso, donde los intereses de la compañía y su accionista mayoritario no se encuentran alineados y no se coordinan en sus respectivos litigios. El tribunal confía en que esta situación no se dé frecuentemente. Sin embargo, sostiene que la posibilidad de un resultado incómodo tal vez, que podría resultar en un beneficio indirecto a un litigante previo que perdió un caso previo, no es razón suficiente para no reconocer el derecho a acudir al arbitraje expresamente concedido por el TCE.

El tribunal agrega en nota al pie que, a la vista del resultado del caso de *Blusun* contra Italia, no existe riesgo de doble indemnización. Y coincide con el tribunal *Orascom* en que los tribunales deben mantenerse alerta para prevenir tal resultado y garantizar que bajo ningún punto de vista el daño sufrido por una entidad en la cadena y plenamente reparado en un arbitraje sea objeto de nueva compensación a favor de otras entidades en la misma cadena vertical.

El tribunal rechazó, en consecuencia, la excepción opuesta por Italia, así como el mérito de la reclamación.

VI. COMENTARIO

La cuestión del abuso de proceso o de derecho ofrece diversas aristas, que se han desarrollado en la jurisprudencia del arbitraje de inversión. La síntesis que hemos tratado de efectuar en esta nota se refiere a un extremo que se ha tratado en menor medida en relación con el arbitraje de inversión: la discusión sobre la cuestión del abuso de proceso o de derecho como excepción jurisdiccional opuesta por los Estados cuando diferentes demandantes inician procedimientos paralelos en relación con medidas similares o la misma pretensión indemnizatoria.

En todos los casos, el meollo de la cuestión parece ser si diferentes compañías dentro de una misma estructura societaria podrían tener más de una oportunidad de iniciar procedimientos en relación con las mismas o muy similares medidas, y la relevancia de ello a los efectos del cálculo de la indemnización.

En los casos reseñados se han destacado algunas similitudes. Demandaron en primer lugar los accionistas de las sociedades locales, y en segundo término las propias sociedades locales. Asimismo, en todos los casos los Estados solicitaron la acumulación de los procedimientos, y en todos la solicitud fue rechazada.

Es interesante, también, destacar las diferentes estrategias de las partes en estos casos después de la desestimación de la solicitud de acumulación de los procedimientos. En los casos *Blusun/Eskosol*, Eskosol solicitó participar como parte no litigante en el proceso de *Blusun*, mientras que en los casos *OIEG/*

Favianca, Venezuela solicitó la suspensión del procedimiento hasta tanto no se resolviera el procedimiento de OIEG; y ambas solicitudes fueron rechazadas.

En el caso de *Eskosol*, el argumento de Italia se basó en que, una vez que había obtenido una decisión favorable, no debiera volver a ser demandada por las mismas medidas, al amparo del TCE y por supuestos daños al mismo negocio. En el caso *Favianca*, el argumento de Venezuela, en primer lugar, fue un argumento de economía procesal; en segundo lugar, luego de dictado el laudo del caso *OIEG*, que el tribunal debía evitar la doble compensación.

Si bien los Estados parecen haber basado sus excepciones de jurisdicción, principalmente, en la cuestión de la repercusión práctica que podría tener en los Estados la carga de comparecer en diferentes procedimientos en relación con el mismo objeto, los tribunales parecen haber concentrado sus conclusiones en la cuestión, de hecho, de la doble indemnización.

Sobre la base de las conclusiones de *RSM c. Granada* y *Orascom c. Argelia*, el tribunal de *Eskosol* sí reconoce que sería abusivo permitir el arbitraje de una disputa por un accionista extranjero cuando la sociedad local ya hubo llevado adelante un arbitraje concluido (o viceversa), en caso de que los intereses de ambos fuesen idénticos, como podría ser el caso si tuviese el 100% de las acciones.

Ambos tribunales reconocen que una duplicación de pretensiones podría ser abusiva cuando hay riesgo de doble indemnización. En *Eskosol*, el tribunal consideró la importancia de prevenir el riesgo de doble indemnización, subrayando que, *dado el resultado de Blusun*, no existía tal riesgo. En el caso *Favianca* el tribunal no se refirió en detalle a la cuestión del abuso de derecho; pero sí a una compensación implícita a favor de Venezuela, por su falta de pago del anticipo sobre costas, dada la supuesta falta de razonabilidad del inicio de la acción por parte de *Favianca* y OIdV por la totalidad de su participación en las plantas *considerando el resultado obtenido por OIEG*.

En ambos casos, la cuestión clave fue el riesgo de doble indemnización. En tal sentido, en *Eskosol* el tribunal destaca que no había tal riesgo por la cuestión, de hecho, del rechazo de la reclamación de fondo en *Blusun*. En el caso de *Favianca*, el tribunal también se centró en la cuestión de la duplicación de la reclamación del 72,983%, aunque hizo una referencia a la cuestión de la falta de razonabilidad del inicio de la acción.

Al optar por centrar su análisis en la cuestión de hecho relacionada con el riesgo de doble compensación, en lugar de tratar la cuestión jurisdiccional tal y como fue planteada por los Estados, pareciera que en la jurisprudencia podría quedar aún por desarrollarse el tratamiento de la cuestión jurisdiccio-

nal: si debiera o no otorgarse protección a los demandados frente a múltiples reclamaciones en relación con las mismas medidas y la misma compensación.

Algunos tribunales, como el de *Eskosol*, han descartado esta discusión sobre la base de que los textos de los tratados generan jurisdicción a favor de diferentes actores en relación con la misma disputa, algo que los Estados podrían haber limitado si esa hubiera sido su intención en el momento de la redacción del tratado. Queda por resolver, en todo caso, si es relevante, para tal análisis, la interacción de la cuestión del abuso de proceso o derecho, como principio de Derecho internacional, con tales acuerdos.