

# La expansión de los márgenes de la doctrina del abuso del proceso por actores estatales en el arbitraje de inversión

**CAROLINE LAUK**

LL.M. CANDIDATE, GEORGETOWN LAW, 2025

DUAL QUALIFIED (UK & SPAIN) (PENDING)

GEORGETOWN ARBITRATION MONTH LEAD ORGANIZER

EXECUTIVE BOARD OF THE GEORGETOWN INTERNATIONAL ARBITRATION SOCIETY (GIAS)

COACH FOR GEORGETOWN'S TEAM OF THE 32ND WILLEM C. VIS MOOT COURT

**Resumen:** El presente artículo aborda la doctrina del abuso de proceso en el contexto de los procedimientos arbitrales incoados al amparo de tratados bilaterales y multilaterales de inversión. Una de las causales más frecuentes de abuso de proceso se refiere a la actuación del inversor que, mediante la reestructuración de su organización corporativa, busca gozar de la protección que ofrece determinado tratado, adecuándose a las definiciones de “inversor” y de “inversión” previstas en el tratado. La autora explora las motivaciones de los Estados al plantear esta objeción, cuestionando si en ocasiones se invoca como una defensa legítima o, en su defecto, se instrumentaliza como una herramienta táctica que podría desbordar su propósito original. Este análisis considera además las implicaciones de tales prácticas para la legitimidad del arbitraje de inversiones internacionales, sugiriendo alternativas para abordar las inquietudes en torno a la equidad procesal y fortalecer la confianza en los procedimientos arbitrales.

**Palabras Clave:** Abuso de proceso, abuso de derecho, arbitraje de inversiones, equidad procesal, Estados.

**Abstract:** This article examines the doctrine of abuse of process within the framework of arbitral proceedings conducted under bilateral and multilateral investment treaties. A primary basis for alleging abuse of process involves the investor's strategic restructuring of its corporate framework to secure the protections of a specific treaty by aligning with its definitions of “investor” and “investment”. The author explores the motivations of States in raising this objection, questioning whether it is at times invoked as a legitimate defense or, alternatively, leveraged as a tactical tool that risks

exceeding its intended scope. This analysis further considers the implications of such practices for the legitimacy of international investment arbitration, suggesting alternatives to address concerns around procedural fairness and to bolster confidence in arbitral proceedings.

**Key Words:** Abuse of process, abuse of rights, investment arbitration, procedural fairness, States.

#### SUMARIO:

**I. INTRODUCCIÓN. II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. III. EVALUACIÓN DEL ABUSO DE PROCESO POR PARTE DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES. IV. DISTINCIÓN ENTRE EL ABUSO DE PROCESO Y LA ESTRUCTURACIÓN LEGÍTIMA DE LAS INVERSIONES. V. ¿AMPLÍAN LOS ESTADOS EL ALCANCE DE LA DOCTRINA DE ABUSO DE PROCESO?. 1. El rechazo de objeciones de abuso de proceso por parte de los tribunales. 2. Consideraciones estratégicas para los Estados. VI. LOS PELIGROS DE LA EXPLOTACIÓN DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DE PROCESO. VII. EXPLORACIÓN DE ALTERNATIVAS PROCESALES A LA EXPLOTACIÓN DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DE PROCESO. VIII. FUTURAS PERSPECTIVAS. IX. CONCLUSIÓN.**

## I. Introducción

En la actualidad, más de 2.200 tratados bilaterales de inversión (“TBI”) están en vigor<sup>1</sup>, y la conclusión y negociación de los nuevos acuerdos multilaterales de inversión acaparan la atención mundial. En un mundo cada vez más globalizado, también ha incrementado el número de controversias entre inversores y Estados. Tanto los Estados como los inversores son cada vez más conscientes de las ventajas que ofrece el mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y Estados<sup>2</sup>. Los Estados incorporaron este mecanismo sobre la base de reciprocidad que implica brindar protección internacional y arbitral a las inversiones extranjeras, a cambio de su intención de atraer mayores flujos

<sup>1</sup> Brebner, T., y Watson, D., “*Nationality Planning and Abuse of Process: A Coherent Framework*”, en *ICSID Review*, vol. 33, 2018.

<sup>2</sup> Born, G., y Kent, R., “*Rules of the Game*” en *Legal Business Arbitration Report*, 2006, p.4.

de inversión extranjera<sup>3</sup>. Como consecuencia de este aumento en el arbitraje de inversiones, la doctrina del abuso del proceso se invoca cada vez con mayor frecuencia<sup>4</sup>. Este trabajo explorará el abuso del proceso en el contexto de la jurisdicción de los tribunales arbitrales constituidos bajo tratados de inversión. Según Emmanuel Gaillard, este concepto hace referencia al intento de una empresa inversora de asegurarse la protección bajo un tratado de inversión, mediante una reorganización corporativa que le permita cumplir con las definiciones de “inversor” e “inversión” establecidas en dicho tratado, con el fin de obtener protección arbitral internacional<sup>5</sup>.

Los Estados receptores recurren a la objeción de abuso de proceso como un medio para impugnar la jurisdicción del tribunal, alegando que el inversor extranjero está utilizando sus derechos procesales de forma impropia. Si la objeción prospera, la controversia suele terminar en la fase jurisdiccional<sup>6</sup>. Esto limita la posibilidad de evaluar los méritos del caso. Por lo tanto, las alegaciones de abuso de proceso pueden constituir una herramienta estratégica beneficiosa para los Estados, permitiéndoles evitar que una controversia avance.

## II. Fundamentos jurídicos

En la actualidad, la doctrina del abuso de proceso es un principio invocado con frecuencia en el derecho internacional. La comunidad jurídica sostiene que la doctrina se deriva del principio de buena fe, el cual es de importancia primordial en todos los ámbitos del Derecho. En el laudo del caso *Phoenix Action c. República Checa*, el tribunal arbitral basó su aceptación de la doctrina del abuso

---

<sup>3</sup> Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 161-162.

<sup>4</sup> Brabandere, Eric., “Good Faith and Abuse of Process and the Initiation of Investment Treaty Claims” en *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3, 2012, p. 162. Vid. Skinner, M., Miles, C.A., y Lutrell, S., “Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping” en *Journal of World Energy Law & Business*, 2010, p. 283.

<sup>5</sup> Gaillard, E., “Abuse of Process in International Arbitration”, en *ICSID Review*, 2017, pp. 3-6.

<sup>6</sup> *Ibid.* pp. 11-12.

de derecho en el principio de buena fe<sup>7</sup>. Como declaró el tribunal (CIADI) en *Orascom c. Argelia*<sup>8</sup>, la doctrina es aplicable en el derecho internacional y prohíbe el ejercicio de un “derecho” para fines distintos de aquellos para los que dicho derecho fue creado, lo que a su vez constituye una desviación del principio de buena fe. En opinión del tribunal arbitral, este abuso de derecho incluiría una “falta abusiva de buena fe en el ejercicio de un derecho procesal, como una objeción a la jurisdicción de un tribunal”<sup>9</sup>. Cabe destacar que, bajo el actual marco del sistema de arbitraje de inversión puede resultar difícil determinar si ciertas acciones estratégicas por parte de un Estado son lo suficientemente abusivas como para atribuirles como una explotación de la doctrina del abuso de proceso, o simplemente una táctica dilatoria. Como señaló el tribunal arbitral en el caso *Orascom*, la consecuencia sería que se puede denegar un derecho legal a una parte cuando se comprueba que está abusando de dicho derecho<sup>10</sup>.

Aunque la doctrina del abuso de proceso es ampliamente aceptada, pocas veces se incluye en los tratados internacionales de inversiones. Algunas excepciones notables son el Acuerdo de Protección de Inversiones UE-Vietnam, el Acuerdo Eslovaquia-UAE, el tratado bilateral de inversión entre la Asociación India Taipéi en Taipéi y el Centro Económico y Cultural Taipéi en India<sup>11</sup>.

El abuso del proceso es una cuestión que ha surgido a raíz de la jurisprudencia tanto arbitral como de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), y corresponde a los tribunales arbitrales evaluar los hechos del caso y determinar si se ha producido dicho abuso.

<sup>7</sup> *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, CIADI, caso n° ARB/06/5, laudo de 15 de abril de 2009), párr. 143.

<sup>8</sup> *Orascom TMT Investments S.A. v. Argentine Republic*, CIADI caso n° ARB/12/35, laudo de 31 de mayo de 2017.

<sup>9</sup> *Ibid.* párr. 59.

<sup>10</sup> *Clorox Spain S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, CPA caso n° 2015-30, laudo de 20 de mayo 2019, párr. 420. (*Clorox v. Venezuela*.)

<sup>11</sup> Acuerdo de protección de inversión UE-Vietnam (Firmado el 30 de junio de 2019, entró en vigor el 1 de agosto de 2020); Acuerdo Bilateral de Inversión Eslovaquia-Emiratos Árabes Unidos (Eslovaquia-EAU) (Firmado el 22 de septiembre de 2016, entró en vigor el 5 de febrero de 2018); Acuerdo Bilateral de Inversión entre la Asociación India Taipei en Taipei y el Centro Económico y Cultural de Taipei en India (Taipei-India) (Firmado el 18 de diciembre de 2018, entró en vigor el 14 de febrero de 2019), Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 dic. 1982) 1833 U.N.T.S. 3, 21 I.L.M. 1261 (1982), entrada en vigor 16 nov. 1994, Art. 2941(1).

### III. Evaluación del abuso de proceso por parte de los tribunales arbitrales

La doctrina del abuso del proceso está estrechamente relacionada con el principio de buena fe, ya que las partes la infringen cuando ejercen indebidamente un determinado derecho procesal. No obstante, según fue establecido por el tribunal arbitral instaurado bajo la administración de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) en el laudo del caso *Philip Morris c. Australia*<sup>12</sup>, no basta con demostrar una violación de la buena fe, sino que también se requiere una prueba objetiva.

En caso citado, la empresa tabaquera presentó una demanda contra el acto legislativo estatal que imponía una restricción que afectaba al inversor, específicamente la prohibición de vender cigarrillos en paquetes de marca, (“*Plain Packaging Legislation*”)<sup>13</sup>. Anteriormente constituida en Hong Kong, la demandante reorganizó su estructura corporativa para establecerse en Australia unos meses después de la promulgación de la Ley sobre empaquetado sencillo<sup>14</sup>. En el caso en cuestión, el Estado alegó que la demandante había incurrido en abuso de procedimiento al reestructurar su sociedad, ya que la legislación “perjudicial” ya había sido promulgada. En el laudo sobre jurisdicción, el tribunal arbitral comenzó su análisis indicando que no es suficiente con demostrar una noción subjetiva de mala fe por parte de una de las partes, sino que se requiere una prueba objetiva. La necesidad de una prueba objetiva para demostrar el abuso de proceso fue reafirmada por el tribunal arbitral en *Clorox c. Venezuela*<sup>15</sup>. En este caso, el tribunal afirmó que no se puede esperar que el mismo determine las intenciones y pensamientos subjetivos del demandante al determinar si

---

<sup>12</sup> *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, CNUDMI, CPA caso n° 2012-12, laudo de 17 de diciembre de 2015, párr. 539.

<sup>13</sup> *Vid.* Ley Australiana de 2011 del empaquetado sencillo del tabaco.

<sup>14</sup> *Op. cit.* (cita 13), párr. 176 (la reestructuración de Philip Morris se produjo en febrero de 2011, mientras que la legislación australiana se aprobó en noviembre del 2011).

<sup>15</sup> *Clorox v. Venezuela, op. cit.* (cita 11) párr. 413: (“Ambas partes comparten el criterio de que son elementos objetivos y no subjetivos los que se tienen que probar. La Demandada se refiere a parámetros objetivos y la Demandante indica que la prueba no es subjetiva y que no se trata de predecir los pensamientos e intenciones del inversionista que realiza la reestructuración. También para ella, el objeto de la prueba es objetivo”).

hubo abuso de procedimiento. Por el contrario, sería necesario que analizara objetivamente el mérito de tal alegación.

Cabe mencionar que los tribunales han enfatizado continuamente que el umbral para probar el abuso de proceso es alto: en *Clorox c. Venezuela*, el tribunal sostuvo que las circunstancias utilizadas para evaluar los méritos de tal demanda de abuso de proceso deben ser claras, y convincentes<sup>16</sup>. El tribunal (CIADI) de *Renée Rose Levy y Grencitel c. Perú*, declaró que el abuso de proceso debe probarse definitivamente, y el Tribunal solo afirmará la existencia del abuso en “circunstancias excepcionales”<sup>17</sup>, ya que advirtió del peligro de legitimar alegaciones infundadas de comportamiento de mala fe<sup>18</sup>.

Adicionalmente, el criterio de previsibilidad de una controversia para determinar si hubo abuso de proceso fue acuñado como la prueba *Pac Rim*. En el caso de *Pac Rim c. El Salvador*, el tribunal arbitral (CIADI) estableció que el principal criterio para determinar si hubo dicho abuso sería la previsibilidad de la controversia en el momento en que el inversor cambió de nacionalidad mediante una reestructuración empresarial<sup>19</sup>. La prohibición que afectaría negativamente a la demandante ya había sido impuesta por El Salvador antes del cambio de nacionalidad de la demandante, lo que significa que la disputa era razonablemente previsible y que, en consecuencia, el demandante participó en un abuso de proceso<sup>20</sup>. Esta prueba jurídica es utilizada sistemáticamente por los tribunales. En *Philip Morris c. Australia*<sup>21</sup>, donde el tribunal, haciendo referencia a *Pac Rim*, consideró que los tests jurídicos, derivados del abuso de derecho, son aplicables al abuso de proceso por analogía. En particular, se determinó que el concepto de previsibilidad era el criterio jurídico apropiado. El tribunal CPA concluyó que hubo abuso de procedimiento en *Philip Morris c. Australia*, ya que la reestructuración corporativa para cambiar la nacionalidad se produjo en un momento en el que ya era razonablemente previsible que se produjera una disputa.

<sup>16</sup> *Ibid.* párr. 416.

<sup>17</sup> *Renée Rose Levy v Grencitel c. República del Perú*, CIADI caso n° ARB/11/17, laudo de 9 de enero de 2015, párr. 186.

<sup>18</sup> *Ibid.* párr. 153.

<sup>19</sup> *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, CIADI caso n° ARB/09/12, Decisión sobre las objeciones jurisdiccionales del demandado de 1 de junio de 2012.

<sup>20</sup> *Ibid.* párr. 2.94.

<sup>21</sup> *Philip Morris v. Australia*, *op. cit.* (cita 13) párr. 554.

La prueba de previsibilidad de una disputa también se aplicó en el caso *Tokios Tokelés c. Ucrania*, en el que se trataba de una controversia relativa a una sociedad constituida con arreglo a las leyes de Lituania, pero propiedad al 99% de nacionales ucranianos<sup>22</sup>. Se planteó la cuestión de si la sociedad podía recurrir al arbitraje internacional como sociedad lituana, o si tendría que buscar soluciones internas, dado que es propiedad de ucranianos. En última instancia, el tribunal consideró que: “el estatus de la Demandante como entidad jurídica de Lituania está bien establecido bajo las leyes tanto de Lituania como de Ucrania y es bien conocido por la Demandada. Para el tribunal fue evidente que la demandante no creó Tokios Tokelés con el fin de acceder al arbitraje del CIADI”<sup>23</sup>. En otras palabras, el tribunal reconoció que el elemento definitorio que legitimaba la constitución de la sociedad en Lituania era el hecho de que lo hizo antes de necesitar acceder al arbitraje del CIADI.

En el caso de *Cascade Investments c. Turquía*<sup>24</sup>, se determinó que el inversor actuó de mala fe, ya que participó en un plan para llevar a cabo una inversión bajo pabellón extranjero, cuando en realidad la inversión fue realizada por inversores nacionales en su país de origen<sup>25</sup>. Además, el inversor cambió de nacionalidad cuando la disputa ya era razonablemente previsible. Por estas razones, en opinión del tribunal arbitral, la inversión no tiene derecho a protección en virtud del tratado bilateral de inversión (TBI), ya que no se realizó con el “propósito genuino de dedicarse a una actividad económica en el Estado receptor”<sup>26</sup>. El intento de *Cascade Investment* de obtener protección a través del TBI constituye un abuso de proceso.

En el asunto *Capital Financial Holdings c. Camerún*<sup>27</sup>, se evidencia que la forma en que se produjo el abuso de proceso está estrechamente relacionada con el *treaty shopping*. A pesar de que el demandante ya contaba con una

---

<sup>22</sup> *Tokios Tokelés v. Ukraine*, CIADI caso n° ARB/02/18, decisión sobre jurisdicción y disenso de 29 de abril de 2004.

<sup>23</sup> *Ibid.* párr. 56.

<sup>24</sup> *Cascade Investments NV v. Republic of Turkey*, CIADI caso n° ARB/18/4, laudo de 20 de septiembre de 2021, párr. 340.

<sup>25</sup> *Ibid.* párr. 444.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> *Capital Financial Holdings Luxembourg S.A. v. Republic of Cameroon*, CIADI caso n° ARB/15/18, laudo de 22 de junio de 2017, párr. 365.

oficina, no fue hasta que la disputa fue previsible que empezó a utilizarla. El tribunal CIADI concluyó que se producía un abuso de proceso en el contexto del *treaty shopping* cuando el inversor únicamente utilizaba su domicilio social para obtener la protección de un TBI en el momento que le era conveniente.

Cabe mencionar que algunos tribunales han señalado que la prueba del abuso de proceso generalmente consta de dos elementos. En primer lugar, la reestructuración para cambiar de nacionalidad se llevó a cabo en un momento en el que la controversia ya era razonablemente previsible<sup>28</sup>. En segundo lugar, la parte demandada debe demostrar que la reestructuración de la demandante fue motivada por la obtención de la protección del tratado para esa disputa previsible<sup>29</sup>. Es importante mencionar que el umbral para el abuso de proceso no siempre es tan alto, como por ejemplo en el caso *Philip Morris v Australia*, donde se sostuvo que el primer criterio de previsibilidad era suficiente<sup>30</sup>. Sin embargo, en la mayoría de los casos analizados, los tribunales consideraron que la intención es un factor clave para determinar el abuso de proceso<sup>31</sup>.

Por tanto, el tribunal CPA en *Philip Morris* tenía razón al afirmar que un análisis objetivo de los hechos es clave, sin embargo, también es necesaria cierta subjetividad a la hora de determinar el abuso de proceso. No basta con objetar que el demandante actúa de mala fe; debe probarse algún tipo de intencionalidad. Como afirmó Winter: “Puede que esto es lo que pretendían los tribunales Tidewater y Philip Morris, es decir, que la intención subjetiva del demandante debe determinarse objetivamente, es decir por referencia a todas las pruebas

<sup>28</sup> La previsibilidad como único criterio utilizado para determinar el abuso de proceso ha sido criticado por varios autores. *Vid.* Jagusch, S., y otros, “Restructuring Investments to Achieve Investment Treaty Protection”, en Kinnear, M., y otros (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer International Law, 2015, pp. 188-190; Brebner, T., y Watson, D., *op. cit.* (cita 1), p. 318: (“El elemento de previsibilidad tiene dificultades reales que no pueden resolverse por completo simplemente refinando. Puede que no sea posible determinar, con verdadera Certeza, si una reestructuración propuesta se considerará posteriormente abusiva. La incapacidad de asesorar ‘en tiempo real’ puede ser un argumento de peso a favor de abandonar por completo el elemento de previsibilidad”).

<sup>29</sup> *Vid.*, *Philip Morris v Australia*, *op. cit.* (cita 13) párr. 495.

<sup>30</sup> *Ibid.* párr. 420: el Tribunal consideró tanto el elemento de “previsibilidad” como el de ‘motivación’ al evaluar si hubo abuso de proceso.

<sup>31</sup> *Phoenix Action v. Czech Republic*, *op. cit.* (cita 7) párr. 142; *Cementownia “Nowa Huta” SA v. Republic of Turkey*, CIADI caso n° ARB(AF)/06/2, laudo de 17 de septiembre de 2009, párr. 154; *Philip Morris v. Australia*, *op. cit.* (cita 18) párr. 587.

y no solo a las alegaciones del demandante sobre su intención subjetiva. No está claro cómo la intención de una parte podría ser 'objetiva' de otro modo. Desentrañar esta distinción debería ayudar a aportar claridad al análisis"<sup>32</sup>.

En conclusión, los tribunales han decidido que para determinar si hubo abuso de proceso, es necesario comprobar (i) si la disputa era previsible en el momento en que el inversor adoptó una determinada nacionalidad; y (ii) si la nacionalidad se cambió a la luz de la disputa, o, si el cambio de nacionalidad también se habría producido independientemente de la existencia de la disputa. No obstante, la frontera entre el concepto de abuso de proceso y la reestructuración legítima de inversiones es sumamente sutil, ya que ambos conceptos, *prima facie*, suelen aparentar cumplir con los requisitos previamente mencionados.

## IV. Distinción entre el abuso de proceso y la estructuración legítima de las inversiones

Los inversores prudentes buscan estructurar sus inversiones de la forma que les resulte más ventajosa, incluyendo la posibilidad de acogerse a la protección de ciertos tratados de inversión. La planificación de la nacionalidad se convierte así en un interés primordial para las empresas que invierten en el extranjero, al permitirles beneficiarse de la protección otorgada por los TBI, los acuerdos multilaterales y las disposiciones de inversión de los tratados de libre comercio<sup>33</sup>. No obstante, la distinción entre la planificación legítima de la nacionalidad y el abuso indebido del proceso es sumamente delicada<sup>34</sup>. Es importante trazar una distinción clara entre ambos conceptos al abordar el abuso de proceso. Los tribunales arbitrales no condenan la planificación de la nacionalidad per se y reconocen que los inversores internacionales pueden estructurar sus inversiones de la manera que mejor responda a su necesidad

---

<sup>32</sup> Brebner, T., y Watson, D., *op. cit.* (cita 1), p. 319.

<sup>33</sup> Jagush, S., *op. cit.* (cita 29), p. 323.

<sup>34</sup> Brebner, T., y Watson, D., *op. cit.* (cita 1), p. 1.

de protección internacional<sup>35</sup>. La protección que ofrece un tratado es relevante no sólo para los inversores que aún no han invertido, sino también para aquellos ya establecidos. Con frecuencia, riesgos políticos como golpes de Estado, elecciones o cambios legislativos amenazan una inversión. Cabe destacar que es de interés primordial para el Estado atraer inversores y, con ello, incrementar el flujo de capitales en el país. Por esta razón, algunos autores sostienen que muchos países han permitido tácitamente la planificación de la nacionalidad, aplicando requisitos de nacionalidad flexibles para que los inversores puedan acogerse a dicha protección<sup>36</sup>. Por ejemplo, varios TBI han impuesto tales requisitos de derecho indicativo, entre ellos: TBI entre Australia y Uruguay, TBI entre El Salvador y el Reino Unido, TBI entre Cuba y Grecia, y el TBI entre la República Checa y Eslovaca y los Países Bajos<sup>37</sup>.

La planificación legítima de la nacionalidad es reconocida por los tribunales y no se considera un abuso de proceso. Este concepto se refiere a empresas que canalizan sus inversiones a través de un país que les permite acceder a protecciones de tratados favorables, a las cuales no tendrían acceso si mantuvieran su constitución en el Estado de origen<sup>38</sup>. En *Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia*, el Tribunal señaló que “no es infrecuente en la práctica y –en ausencia de una limitación particular– no es ilegal ubicar la propia operación de una jurisdicción que se percibe como proveedora de un entorno regulatorio y legal beneficioso en términos, por ejemplo, de tributación o del derecho sustantivo de la jurisdicción, incluyendo la disponibilidad de un TBI”<sup>39</sup>. Los tribunales

<sup>35</sup> *Renée Rose Levy, op. cit.* (cita 18) párr. 184: (“En opinión del Tribunal, ahora está bien establecido, y con razón, que una organización o reorganización de una estructura corporativa diseñada para obtener los beneficios del tratado de Inversión no es una perse ilegítima, incluso cuando esto se hace con miras a proteger la Inversión de posibles controversias futuras con el Estado receptor”).

<sup>36</sup> Gordillo, A., y Willcocks, A., “*Nationality Planning*” en *Jus Mundi*, 11 de Agosto de 2022, disponible en <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-nationality-planning>

<sup>37</sup> Tratado Bilateral de Inversiones entre Australia y Uruguay (Australia-Uruguay) (Firmado el 5 de abril de 2019, entró en vigor el 23 de enero de 2022); Tratado Bilateral de Inversiones entre El Salvador y el Reino Unido (El Salvador-U.K.) (Firmado el 14 de enero de 1999, entró en vigor el 1 de diciembre de 2000); Tratado Bilateral de Inversiones entre Cuba y Grecia (Cuba-Grecia) (Firmado el 18 de junio de 1996, entró en vigor el 18 de octubre de 1997), Art. 1: (definición de “inversión”).

<sup>38</sup> Gordillo, A., y Willcocks, A., *op. cit.* (cita 37).

<sup>39</sup> *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, CIADI caso n° ARB/02/3, decisión sobre las objeciones del demandado a la jurisdicción de 21 de octubre de 2005, párr. 330.

han aceptado que el interés legítimo del inversor es mitigar los riesgos, lo que también incluye la búsqueda de protección en virtud de un TBI<sup>40</sup>. En relación a la carga de prueba, corresponde al demandado demostrar el abuso de proceso, mientras que el inversor no tiene obligación de justificar una reestructuración que no sea la minimización del riesgo<sup>41</sup>.

Es fundamental precisar la distinción entre el abuso de proceso y la reestructuración legítima, que radica en si la disputa era razonablemente previsible en el momento de la reestructuración y si esta se realizó con la intención específica de obtener protección para una disputa determinada.

Los tribunales arbitrales han aceptado en su mayoría que la reestructuración de una empresa para cambiar de nacionalidad y obtener protección bajo un tratado de inversión, sin previsibilidad de una disputa, no constituye abuso de proceso. Dada la sutil precisión de esta distinción, esto da lugar a que los Estados puedan formular objeciones por abuso de proceso en casos que involucren reestructuraciones corporativas en términos generales.

## V. ¿Amplían los estados el alcance de la doctrina de abuso de proceso?

### 1. El rechazo de objeciones de abuso de proceso por parte de los tribunales

La admisión de una demanda por abuso de proceso conlleva la terminación del procedimiento arbitral sin necesidad de un juicio sobre el fondo del asunto, lo cual representa una ventaja para el Estado en su rol de demandado en estos casos. Los casos siguientes ofrecen un análisis de demandas de abuso de proceso presentadas por Estados y posteriormente desestimadas por los tribunales. En otras palabras, se examinarán ejemplos de cómo los Estados han recurrido a la doctrina del abuso de proceso como parte de su estrategia de defensa.

---

<sup>40</sup> *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. v. Republic of Costa Rica*, CIADI caso n° ARB/13/2, decisión sobre jurisdicción de 15 de diciembre de 2014, párr. 292.

<sup>41</sup> *Ibid.*

En *Infracapital c. España*<sup>42</sup>, el demandado alegó que Infracapital había incurrido en abuso de procedimiento, ya que reestructuró su inversión cuando el litigio ya era previsible. Si embargo, el tribunal arbitral consideró que tal alegación carecía de fundamento. El tribunal razonó que en las alegaciones de abuso de proceso la carga de la prueba recae sobre el demandado. En este caso, el demandado no pudo demostrar la prueba necesaria de que la demandante había actuado de mala fe con el objetivo de obtener protección en virtud de un tratado de inversión. El tribunal arbitral razonó de que en este caso se trataba de una reestructuración legítima.

En un caso similar, *Tatneft c. Ucrania*, el Estado argumenta que Tatneft reestructuró sus inversiones de mala fe con el objetivo de beneficiarse del acceso al arbitraje a través de tratados favorables a los que no estaría sujeto<sup>43</sup>. El tribunal, correctamente, estableció que la carga de la prueba recae sobre la demandada, quien no pudo demostrar que el cambio de nacionalidad se produjera después de que la disputa fuera previsible, ni que el acceso del inversor al nuevo TBI entre EE.UU. y Ucrania le otorgara una ventaja sobre las protecciones a las cuales tenía acceso a través de su tratado de inversión original (Tratado sobre la Carta de Energía y el TBI entre EE.UU. y Ucrania), con base en las cuales podría haberse iniciado un acuerdo de arbitraje antes de la reestructuración<sup>44</sup>. Por lo tanto, el tribunal arbitral consideró que, debido a la falta de pruebas, así como la ausencia de ventajas derivadas de la aplicación del nuevo TBI, no se había detectado ningún abuso de proceso.

En el caso *Renée Rose Levy contra Perú*<sup>45</sup>, el demandado alegó que se había producido un abuso de procedimiento, ya que el demandante no había actuado de buena fe al realizar la inversión. Sin embargo, Perú no pudo demostrar que la demandante actuó de mala fe. Naturalmente, el tribunal arbitral no aceptó la petición de Perú de presumir mala fe<sup>46</sup>. Si bien Perú no logró probar que el reordenamiento de los activos dentro de la familia del demandante tenía como objetivo acceder a las protecciones bajo el tratado, razonó que “la única

---

<sup>42</sup> *Infracapital F.I.S.à.r.l. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain*, CIADI caso n° ARB/16/18, decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y directrices sobre quantum de 13 de septiembre de 2021, párr. 332.

<sup>43</sup> *OAO Tatneft v. Ukraine*, sentencia de la corte de apelaciones de París de 29 de noviembre de 2016, párr. 33.

<sup>44</sup> *Ibid.* párr. 34-36.

<sup>45</sup> *Renée Rose Levy v. Perú*, *op. cit.* (cita 18).

<sup>46</sup> *Ibid.* párr. 153.

explicación lógica (...) es fabricar la jurisdicción del CIADI para esta disputa”<sup>47</sup>. Las objeciones del demandado por abuso de proceso contradicen el ampliamente aceptado principio de presunción de buena fe<sup>48</sup>.

En *Saluka c. República Checa*, el demandado presentó una objeción por abuso de procedimiento alegando que el inversor había actuado de mala fe al no revelar su intención de comprar acciones a las autoridades del Estado. No obstante, el tribunal de la CPA discrepó en que la omisión de dicha información pudiera constituir un abuso de derecho<sup>49</sup>, especialmente si se tiene en cuenta que el inversor forma parte de un gran grupo financiero, y la inversión puede formar parte de una estrategia más amplia. El tribunal de la CPA estimó que resultaría poco razonable exigir a un inversor la revelación de sus objetivos finales al llevar a cabo una inversión determinada<sup>50</sup>.

Como ilustran estos casos, los Estados en ocasiones formulan objeciones por abuso de proceso aun en circunstancias cuya fundamentación jurídica podría resultar cuestionable, y la diversidad de argumentos expuestos sugiere que esta alegación se ha consolidado como una estrategia frecuentemente empleada por los abogados para salvaguardar los intereses de la parte demandada<sup>51</sup>. La siguiente sección explora cómo la formulación de una objeción por abuso de proceso puede ser parte de los mecanismos de defensa jurisdiccional. Si bien se presume la buena fe de los Estados al plantear estas objeciones, el análisis expone incentivos o razones que podrían llevar a su uso como herramienta estratégica en ciertos contextos, sin que ello implique una acusación.

## 2. Consideraciones estratégicas para los Estados

Las etapas iniciales de una disputa de inversión son fundamentales para las partes, ya que es en ese momento cuando el tribunal arbitral forma su primera impresión de ellas, basada en las conclusiones preliminares. Además,

---

<sup>47</sup> *Ibid.* párr. 124.

<sup>48</sup> Willcocks, A., y Zouari, M., “The ‘Bona Fide’ (Good Faith) Principle” en *Jus Mundi*, 27 de septiembre 2022, disponible en <https://jusemundi.com/en/document/publication/enbona-fide-principle>

<sup>49</sup> *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, CNUDMI, CPA caso n° 2001-04, párr. 235.

<sup>50</sup> *Ibid.* párr. 232.

<sup>51</sup> Cremades, B., “The Use and Abuse of “Due Process” in International Arbitration”, en *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 9, 2016, p. 671.

si un Estado logra demostrar la falta de jurisdicción del tribunal, los méritos de la disputa no serán evaluados, lo cual presenta un beneficio procesal para el demandado en la etapa jurisdiccional. Así, se hace evidente que el Estado tiene un interés considerable en sustentar una objeción por abuso de proceso.

El Estado puede obtener una amplia gama de beneficios al probar el abuso de proceso. En primer lugar, los hechos pertinentes a la fase de jurisdicción tienden a ser más favorables para el Estado, mientras que los hechos relevantes para la fase de méritos suelen inclinarse a favor del inversor<sup>52</sup>. Los hechos relacionados con las objeciones jurisdiccionales son los que muestran una posible corrupción o abuso del proceso. Si se desestima la disputa en la fase jurisdiccional, es probable que no se consideren los hechos relacionados con los méritos, como medidas de expropiación, trato injusto o no equitativos por parte del Estado<sup>53</sup>. “Al dar forma y acotar la historia de esta manera, el demandado obtiene una ventaja estratégica”<sup>54</sup>.

Los Estados demandados también examinan como posibilidad: las objeciones como el abuso de proceso pueden generar retrasos en el calendario procesal, lo cual podría aplazar la emisión de un posible laudo en su contra<sup>55</sup>.

Algunos autores sostienen que, en casos donde el Estado cuenta con fundamentos jurídicos bien sustentados sobre los méritos de la disputa, como la ausencia de expropiación o de violación del principio de Trato Justo y Equitativo (FET), plantear una objeción por abuso de proceso no fortalece su posición. De esta manera, cuando un Estado plantea una objeción por abuso de proceso sin un abuso claro y evidente, esto podría reflejar la falta de solidez en los hechos que sustentan los méritos de la disputa<sup>56</sup>.

Aunque la presunción de buena fe dicta que un Estado solo planteará objeciones por abuso de proceso en situaciones en las que esté convencido de que el inversor ha cometido tal abuso de sus derechos procesales, no se puede descartar

<sup>52</sup> Carlson, M., y Childress, P., “Chapter 5: Bifurcation in Investment Treaty Arbitration” en *The Investment Treaty Arbitration Review*, 4º ed., 2019, p. 54; *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Caso No. 2012-17, (18 de enero de 2013), Orden Procesal No. 2.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> Greenwood, L., “Does Bifurcation Really Promote Efficiency?”, en *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2011.

<sup>56</sup> Carlson, M., y Childress, P., *op. cit.* (cita 34), p. 54.

la posibilidad de que los demandados en la previa sección hayan tenido en cuenta las consideraciones estratégicas mencionadas anteriormente al plantear cualquier objeción por abuso de proceso. El uso de la doctrina por parte de los abogados del Estado puede presentar dificultades para la justicia en el proceso arbitral.

## VI. Los peligros de la explotación de la doctrina del abuso de proceso

El uso inapropiado de la doctrina del abuso de proceso, llevado al extremo, no solo genera injusticia procesal, sino que también puede poner en riesgo la legitimidad y percepción pública del arbitraje internacional de inversiones.

El derecho de inversiones fue originalmente creado para apoyar el desarrollo económico de naciones en desarrollo<sup>57</sup>. Esto se reafirmó en el caso *Amco contra Indonesia*, en el que el tribunal arbitral hizo la siguiente afirmación clave:

Basta señalar, a este respecto, la primera frase del Preámbulo de la Convención (de Washington):

Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y el papel que en ella desempeñan las inversiones privadas internacionales.

Esta declaración demuestra que el arbitraje del CIADI es un método de solución que corresponde a los intereses, no solo de los inversores, sino también de los Estados contratantes, siempre que, mediante su adhesión al Convenio, hayan demostrado que consideraban que este método respondía efectivamente a sus intereses, entendiéndose también que conservan plena libertad para aplicarlo o no, con respecto a cada acuerdo de inversión en particular. En cuanto a los inversores, huelga decir que prácticamente en todos los casos tienen interés en someter a este arbitraje internacional todas y cada una de las controversias con el Estado receptor relativas a la inversión. Así pues, el Convenio

---

<sup>57</sup> Schreuer, C., “Nationality Planning”, en Rovine, A., “Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation” en *The Fordham Papers*, 2013, p. 6.

tiene por objeto proteger, en la misma medida y con el mismo vigor, al inversor y al Estado receptor, sin olvidar que proteger las inversiones es proteger el interés general del desarrollo y de los países en desarrollo”<sup>58</sup>.

La conclusión de este tribunal (CIADI) resulta relevante al referirse al propósito original del Convenio del CIADI y, en extensión, del derecho internacional de las inversiones. Al interpretar el derecho internacional de las inversiones, debe anteponerse el interés general de los países (en desarrollo). Atraer inversiones es fundamental para el desarrollo económico de un país, por lo que el abuso de la doctrina del abuso del proceso, y su consecuencia de disminución de inversión, es inconsistente con las teorías del derecho internacional de las inversiones. Como declaró el tribunal arbitral en el caso *ST-AD c. Bulgaria*<sup>59</sup>, el sistema del CIADI fue diseñado para facilitar la resolución de controversias entre Estados e inversores extranjeros con vistas a “estimular un mayor flujo de capital internacional privado hacia aquellos países que desean atraerlo”<sup>60</sup>. En consecuencia, los tribunales reconocen que los inversores extranjeros gozan de derechos especiales con vistas a atraer capital privado extranjero<sup>61</sup>.

El propósito del arbitraje internacional de inversiones es brindar seguridad jurídica para atraer flujos de capital a los Estados; sin embargo, el abuso de esta doctrina contraviene dicho objetivo al introducir riesgos que pueden desalentar la inversión. Dicha práctica puede socavar la legitimidad del arbitraje y erosionar la confianza pública en él. Además, el planteamiento de una objeción de este tipo podría aumentar los costos y prolongar los plazos del arbitraje, lo que podría desalentar a futuros inversores a recurrir a este mecanismo de resolución de conflictos o incluso a invertir en el extranjero.

<sup>58</sup> *Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia*, CIADI caso n° ARB/81/1, decisión sobre jurisdicción de 25 de septiembre 1983, párr. 23.

<sup>59</sup> *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria*, CPA caso n° 2011-06, párr. 408; David R. Aven, Samuel D. Aven, Carolyn J. Park, Eric A. Park, Jeffrey S. Shiolen, Giacomo A. Buscemi, David A. Janney and Roger Raguso v. *The Republic of Costa Rica*, CIADI caso n° UNCT/15/3, laudo final de 18 de septiembre de 2018, párr. 226.

<sup>60</sup> Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, *Informe de los Directores Ejecutivos sobre el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, Informe de los Directores Ejecutivos, 18 de marzo. 1965, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Static-Files/basicdoc/partB.htm> párr. 9, en *ST-AD v. Bulgaria*, *op. cit.* (cita 61) párr. 408.

<sup>61</sup> Janig, P., “Cynicism and Nationality Planning in International Investment Law”, en Baade, B., Burchardt, D., Feihle, P., Köppen, A., Mührel, L., Riemer, L., Schäfer, R., (eds.), *Cynical International Law? Abuse and Circumvention in Public International and European Law*, Berlín: Springer, 2021, pp. 309-35.

## VII. Exploración de alternativas procesales a la explotación de la doctrina del abuso de proceso

Resulta relevante analizar alternativas equitativas que un Estado podría emplear para enfrentar reestructuraciones corporativas sin recurrir a la invocación de la doctrina del abuso de proceso, salvo en casos justificados. Desde una perspectiva jurídica, el análisis de estas alternativas contribuye a la transparencia y fomenta la confianza en el sistema arbitral. Asimismo, al fortalecer la legitimidad de las decisiones arbitrales en estas materias, se busca preservar la integridad del sistema y asegurar que las partes involucradas actúen en conformidad con el marco legal aplicable.

Si un Estado desea interceptar la reestructuración de una inversión, puede contratar de ello de manera privada con el inversor, o, promulgar una normativa que así lo exija<sup>62</sup>. Alternativamente, los Estados también podrían hacer más estricta la definición de “inversor” que figura en los TBI y en los tratados multilaterales de inversión (“TMI”). Esta redefinición de lo que se entiende por “inversor” e “inversión” se está llevando a cabo en el marco de la modernización del Tratado sobre la Carta de Energía (“TCE”). En la versión actual de la TCE, un inversor que puede gozar de protección en virtud del TCE es cualquier persona física con residencia, ciudadanía o nacionalidad de una parte contratante. Las personas jurídicas se constituirán de conformidad con la legislación de una parte contratante. El acuerdo de principio<sup>63</sup>, así como el texto del TCE modernizado, recientemente publicado<sup>64</sup>, prevén una definición más estricta de lo que constituye un inversor<sup>65</sup>. Las personas con doble nacionalidad, en las que una de las nacionalidades es la del Estado, ya no pueden considerarse inversores<sup>66</sup>. Además, las empresas deben demostrar que tienen actividades comerciales sustanciales en el Estado. Esto puede demostrarse mediante el pago de impuestos o la presencia física.

---

<sup>62</sup> Jagush, S., *op. cit.* (cita 29), p. 325.

<sup>63</sup> Decisión de la Conferencia sobre la Carta de la Energía (“Acuerdo de principio”) de 24 de junio de 2022. El acuerdo de principio se alcanzó el 24 de junio de 2022 tras cinco años de negociaciones.

<sup>64</sup> El 13 de septiembre de 2022 se publicó el texto del TCE modernizado.

<sup>65</sup> Propuesta de Texto de la UE para la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía “TCE” de 13 de septiembre de 2022. (“El texto modernizado”).

<sup>66</sup> Greenop, M., y Lauk, C., “A Review of the ECT Modernisation Efforts: The Agreement in Principle”, en *Jus Mundi*, 22 de agosto. 2022, disponible en <https://blog.jusmundi.com/review-of-the-ect-modernisation-efforts-the-agreement-in-principle>

Se ha reforzado la definición de “inversión” con criterios específicos que deben cumplirse para optar a ella<sup>67</sup>. Los esfuerzos de modernización del TCE constituyen un ejemplo destacado de cómo un Estado receptor puede limitar la planificación de la nacionalidad sin obstaculizar el acceso de los inversores a la justicia y previsibilidad jurídica.

En lugar de recurrir a la doctrina del abuso de proceso, una alternativa más viable para un Estado es la inclusión de una cláusula de negación de beneficios. La incorporación de este tipo de cláusulas excluye de la protección del tratado a determinados inversores que no estaban contemplados en su ámbito de aplicación<sup>68</sup>. Las cláusulas de negación de beneficios pueden entenderse como un contrapeso a la planificación de la nacionalidad, dado que ambos conceptos responden a un razonamiento subyacente similar. Por un lado, los inversores buscan estructurar sus empresas para obtener las protecciones más favorables posibles bajo el tratado; por otro, los Estados pueden intentar restringir el acceso de estos inversores a tales beneficios mediante la inclusión de cláusulas de negación de beneficios<sup>69</sup>. Estas cláusulas de negación de beneficios son eficaces para contrarrestar las “estrategias que buscan la protección de tratados mediante la adquisición de una nacionalidad favorable”<sup>70</sup>. Un Estado puede activar la cláusula de negación de beneficios cuando el inversor es (i) una entidad propiedad de una tercera parte no contratante del tratado que no tiene una actividad empresarial sustancial en el Estado; (ii) entidades propiedad de nacionales del Estado; y (iii) entidades propiedad de nacionalidad de Estado que no mantienen relaciones amistosas con el Estado<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> Texto modernizado, art. 6.

<sup>68</sup> Cannu, P., y Gastrell, L., “*Procedural Requirements of Denial of Benefits’ Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions*”, en *ICSID Review*, vol.30, 2015; *Big Sky Energy Corporation v. Republic of Kazakhstan*, CIADI caso n° ARB/17/22, laudo de 24 de noviembre de 2021, párr. 275; *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC caso n° 080/2005, laudo de 26 de marzo de 2008, párr. 61; *Ulysseas, Inc. v. Republic of Ecuador*, CNUDMI, CPA caso n° 2009-19, párr. 167.

<sup>69</sup> Bashir, M., y Ugale, A., “*Denial of Benefits*”, en *Jus Mundi*, 24 de agosto de 2022, disponible en <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-denial-of-benefits#:~:text=I.-,Definition,did%20not%20intend%20to%20protect>

<sup>70</sup> Schreuer, C., y Dolzer, R., *Principles of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 55.

<sup>71</sup> *Hope Services LLC v. Republic of Cameroon*, CIADI caso n° ARB/20/2, sentencia de 23 de diciembre de 2021, párr. 105; Tratado Bilateral de Inversión entre Ruanda y los Estados Unidos de América (Ruanda-EE.UU.) (Firmado el 19 de febrero de 2008, entró en vigor el 1 de enero de 2012), Art. 17 (“Una Parte podrá denegar los beneficios de este Tratado a un inversor de la otra Parte que sea una empresa de dicha

## VIII. Futuras perspectivas

La doctrina del abuso de proceso es un concepto jurídico en constante evolución, lo que hace interesante la consideración de sus posibles desarrollos futuros. Un aspecto con un futuro incierto es la prueba *Pac Rim*, que define la intención y la previsibilidad de una disputa en el momento de la inversión como criterios para determinar si se ha producido un abuso del proceso. Esta prueba ha sido criticada por autores<sup>72</sup> ya que, la previsibilidad de una controversia es difícil de determinar, y depende en gran medida de las circunstancias específicas del caso<sup>73</sup>. Como se ha mencionado anteriormente, el arbitraje de inversiones es un campo en constante evolución –para bien o para mal– y permanece bajo el escrutinio de la opinión pública. En este contexto, ha surgido el debate sobre la posibilidad de perfeccionar la prueba destinada a determinar el abuso de proceso. Concretamente, el tribunal arbitral en *Philip Morris* ha planteado la posibilidad de modificar la prueba *Pac Rim*, sugiriendo una estructura diferente<sup>74</sup>: En primer lugar, el tribunal determinaría si la disputa era razonablemente previsible. Si el tribunal considera que lo era, entonces la carga de la prueba recaería en el demandante (el inversor), creando así una presunción refutable de que el inversor efectivamente reestructuró con el fin de obtener la protección del tratado para una disputa previsible. Es importante destacar que esta sugerencia no pone necesariamente a este en desventaja, ya que seguramente es él el más cualificado para aportar pruebas de sus intenciones<sup>75</sup>.

---

otra Parte y a las inversiones de ese inversor si personas de una Parte no Parte poseen o controlan la empresa [...]”); *GCM Mining Corporation v. Republic of Colombia*, CIADI caso n° ARB/18/23, decision jurisdiccional de 23 de noviembre de 2020, párr. 133, en Ugale, Bashir, *op. cit.* (cita 56).

<sup>72</sup> Jagush, S., *op. cit.* (cita 29) p. 339.

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> *Philip Morris v. Australia*, *op. cit.* (cita 13) párr. 495.

<sup>75</sup> Brebner, T., y Watson, D., *op. cit.* (cita 1), p. 319: Los autores señalan además que el Tribunal de Philip Morris puede haber aludido a esta sugerencia: *Philip Morris v. Australia*, *op. cit.* (cita 13) párr. 495: “[Corresponde] a la Demandada alegar y probar los hechos en que se basan sus objeciones; y, en la medida en que la Demandada haya establecido un caso prima facie, a la Demandante refutar esta prueba”. A continuación, el Tribunal valoró las pruebas aportadas por la Demandante, que son contrarias a lo establecido en el test de *Pac Rim*, párr. 584: “la Demandante no ha podido probar que razones fiscales u otras razones empresariales fueran determinantes para la reestructuración”.

Otro aspecto de interés a considerar es la interacción entre el abuso de proceso y el elemento *ratione personae*. Si bien el hecho de que un inversor haya reestructurado su sociedad antes de que fuera razonablemente previsible que se produjera un litigio le otorga jurisdicción *ratione temporis*, la planificación de la nacionalidad aún podría impedir que el tribunal obtuviera jurisdicción *ratione personae*. Queda a la discreción del tribunal evaluar la validez de la nacionalidad del inversor, basándose en el control efectivo o en el test de incorporación. Mientras que el abordaje de *constitución jurídica* adopta un enfoque puramente jurídico y determina la nacionalidad en función de dónde la sociedad esté formalmente constituida, el criterio del *control efectivo* tiene en cuenta la realidad económica. El debate entre constitución y control se vincula con la jurisdicción del tribunal y puede influir en objeciones por abuso de proceso cuando el tribunal considera que el inversor carece de control efectivo sobre la inversión, lo cual podría indicar que el arbitraje se inició de mala fe. Por ejemplo, el tribunal arbitral en el caso *Caratube c. Kazajstán* trató de determinar el control efectivo de la empresa cuando no estaba seguro de la buena fe de su inversión<sup>76</sup>. Es relevante que los inversores consideren esta distinción en el contexto de la planificación de la nacionalidad<sup>77</sup>.

## IX. Conclusión

Aunque la doctrina del debido proceso, y por ende la del abuso de proceso, posee raíces antiguas, su aplicación en el ámbito del arbitraje internacional de inversiones ha adquirido una relevancia creciente. No obstante, esto plantea la cuestión de si los Estados involucrados en una disputa invocan esta objeción de manera indebida con el fin de obtener ventajas procesales.

La doctrina del abuso de proceso encuentra su marco jurídico en el ámbito del derecho internacional y está estrechamente entrelazada con el principio de buena fe, lo cual ha sido afirmado por los Tribunales en *Phoenix Action c. la*

<sup>76</sup> *Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan*, CIADI caso n° ARB/08/12, laudo de 5 de junio de 2012, párr. 336-337, 380-381.

<sup>77</sup> Baumgartner, J., *Treaty Shopping in International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 121.

*República Checa*<sup>78</sup>, y *Orascom c. Argelia*<sup>79</sup>. Al evaluar si la objeción de un demandado sobre esta base tiene fundamento, se aplica una prueba objetiva, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, para determinar si la controversia era previsible en el momento en que el inversor adoptó una nacionalidad que le otorgara la protección favorable del tratado. Además, la intención del inversor también se evalúa como un criterio adicional utilizado por algunos tribunales. Para evaluar este elemento más bien subjetivo, los tribunales se fijaron en si el cambio de nacionalidad también se habría producido con independencia de la existencia de la controversia.

La doctrina de abuso de proceso constituye una herramienta de protección que los Estados pueden emplear para evitar que los inversores accedan a beneficios de tratados que, conforme a los hechos, no les corresponderían. No obstante, la jurisprudencia arbitral reciente sugiere que, en ciertos casos, los Estados han presentado esta objeción sin un respaldo fáctico suficiente, utilizándola en algunos contextos como parte de sus mecanismos de defensa jurisdiccional.

Dado que las etapas iniciales de un procedimiento arbitral son fundamentales, obtener ventaja en la fase jurisdiccional reviste gran interés para las partes. En esta etapa, los hechos suelen favorecer al Estado, principalmente en relación con objeciones por abuso de proceso o casos de corrupción, mientras que en la fase de méritos los elementos tienden a beneficiar al inversor, centrándose en pruebas de expropiación o trato discriminatorio. Asimismo, los retrasos procesales pueden representar una ventaja estratégica adicional para el Estado. Diversos casos han examinado objeciones por abuso de proceso que han sido desestimadas por falta de pruebas concluyentes o de relevancia jurídica.

En numerosos casos, los Estados han difuminado la línea entre la doctrina del abuso de proceso y la legítima planificación de la nacionalidad mediante la reestructuración empresarial. Los inversores prudentes buscan (re)estructurar sus inversiones para acogerse a la protección de los tratados de inversión, una estrategia generalmente aceptada por los tribunales arbitrales. La segunda parte de este documento examina la distinción entre estos dos conceptos aparentemente intercambiables, observando que la delgada frontera que separa

---

<sup>78</sup> *Phoenix Action. v. Czech Republic, op. cit.* (cita 7).

<sup>79</sup> *Orascom TMT Investments S.A.v. Republico f Argentina*, CIADI caso n.º ARB/12/35, laudo de 31 de mayo de 2017.

una estrategia de buena fe del inversor prudente de una apropiación indebida y malintencionada de los derechos procesales reside en la previsibilidad objetiva. Esta interacción reviste especial interés considerando que, en cierta medida, la planificación de la nacionalidad puede resultar beneficiosa para los Estados receptores, al ofrecerles la oportunidad de atraer inversores y, con ello, fomentar la entrada de capital en el país. Sin embargo, el abuso de proceso puede perjudicar al Estado de acogida al permitir que los inversores accedan a beneficios de tratados sin cumplir con los requisitos establecidos.

Se han considerado mecanismos más equitativos disponibles para los Estados receptores que deseen limitar el acceso de un inversor a las protecciones de un tratado. Los Estados pueden establecer acuerdos específicos con el inversor, o bien optar por endurecer la definición de “inversor” e “inversión” en los TBI y TMI, ya que estas definiciones determinan la aplicabilidad de un tratado a un acuerdo de inversión. Este endurecimiento ha sido particularmente visible en la modernización del TCE. Asimismo, como contrapeso a la planificación de la nacionalidad, los Estados receptores pueden incorporar cláusulas de denegación de beneficios en sus TBI. A diferencia de las reclamaciones infundadas de abuso de proceso, esta medida facilita la observancia de la equidad procesal. Al aplicar esta cláusula, el Estado puede prevenir de forma anticipada que ciertos inversores accedan a los beneficios del tratado, estableciendo previamente su exclusión en la cláusula de denegación de beneficios.

Recurrir a las herramientas mencionadas en la sección anterior, en lugar de alegaciones de abuso de proceso, contribuirá a salvaguardar la legitimidad del arbitraje inversor-Estado y proporcionará a los inversores un mayor grado de seguridad jurídica, lo cual, a su vez, favorecerá la consecución sostenida del propósito original del arbitraje de inversiones: fomentar la afluencia de capital hacia los países en desarrollo.

La doctrina del abuso de proceso plantea preguntas sobre su uso potencialmente estratégico por parte de los Estados y examina ejemplos en los que podría haberse invocado con ese propósito. A medida que esta doctrina sigue desarrollándose y ganando visibilidad, resulta fundamental observar cualquier cambio que pueda afectar su aplicación en el arbitraje de inversiones, siempre recordando el propósito central del derecho internacional comercial: promover un entorno de seguridad jurídica que fomente la inversión y el crecimiento económico.