

**Asamblea General**

Distr. limitada
9 de agosto de 2019
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
**Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución
de Controversias entre Inversionistas y Estados)**
38º período de sesiones
Viena, 14 a 18 de octubre de 2019

**Posible reforma del sistema de solución de controversias entre
inversionistas y Estados (SCIE)****Reclamaciones de los accionistas y pérdidas reflejas****Nota de la Secretaría****Índice**

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Reclamaciones de los accionistas y pérdidas reflejas	2
A. Enfoques sobre las reclamaciones de los accionistas y las pérdidas reflejas	2
B. Correlación con las inquietudes señaladas por el Grupo de Trabajo	6
C. Disposiciones de los tratados de inversión y reclamaciones de los accionistas por pérdidas reflejas	8
D. Observaciones finales	11



I. Introducción

1. En sus períodos de sesiones 34° a 37°, el Grupo de Trabajo emprendió su labor sobre la posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), sobre la base del mandato que le había encomendado la Comisión en su 50° período de sesiones, celebrado en 2017¹. Las deliberaciones y decisiones correspondientes a sus períodos de sesiones 34° a 37° figuran en los documentos [A/CN.9/930/Rev.1](#) y su adición, [A/CN.9/935](#), [A/CN.9/964](#) y [A/CN.9/970](#), respectivamente. En esos períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo determinó cuáles serían las cuestiones relativas al sistema de SCIE que convendría tratar y las examinó y, a la luz de las inquietudes manifestadas, consideró que era conveniente emprender una reforma.

2. En su 37° período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que examinaría, elaboraría y desarrollaría simultáneamente múltiples posibles soluciones de reforma ([A/CN.9/970](#), párr. 81). En vista de ello, se solicitó a la Secretaría que comenzara una labor preparatoria sobre varios temas, entre ellos las reclamaciones indirectas, las reclamaciones de los accionistas y las pérdidas reflejas. Se señaló que para ello se podría tener en cuenta la labor realizada por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), que complementaría la labor que ya se había emprendido sobre el tema de los procesos múltiples ([A/CN.9/970](#), párr. 84).

3. Por consiguiente, el objetivo de la presente nota es proporcionar información para facilitar la labor del Grupo de Trabajo con respecto a la cuestión de las reclamaciones de los accionistas y las pérdidas reflejas. Al igual que otros documentos facilitados al Grupo de Trabajo, esta nota se preparó teniendo en cuenta una amplia gama de información publicada acerca del tema, incluidos documentos de trabajo de la OCDE². Con ella no se pretende expresar una opinión sobre las posibles opciones de reforma, que es una cuestión que corresponde examinar al Grupo de Trabajo.

II. Reclamaciones de los accionistas y pérdidas reflejas

A. Enfoques sobre las reclamaciones de los accionistas y las pérdidas reflejas

4. En términos generales, los accionistas de las sociedades comerciales pueden verse perjudicados de dos maneras distintas. En primer lugar, pueden sufrir perjuicios “directos” a sus derechos como accionistas (por ejemplo, por el embargo de sus acciones o medidas que signifiquen una interferencia en los dividendos declarados), lo cual puede llevarlos a presentar reclamaciones directas. En segundo lugar, pueden sufrir perjuicios “indirectos” —las denominadas “pérdidas reflejas”, por haberse causado un perjuicio a “su” sociedad—. Una medida del Estado que perjudique a una sociedad puede afectar a su valor global, lo que podría, por ejemplo, ocasionar una pérdida de valor de las acciones.

5. Los tribunales nacionales de Estados con sistemas avanzados de derecho societario suelen rechazar las reclamaciones de accionistas por pérdidas reflejas —en gran medida por razones normativas relacionadas con la coherencia, la previsibilidad, la necesidad de evitar el doble resarcimiento y la economía procesal—. Los accionistas pueden

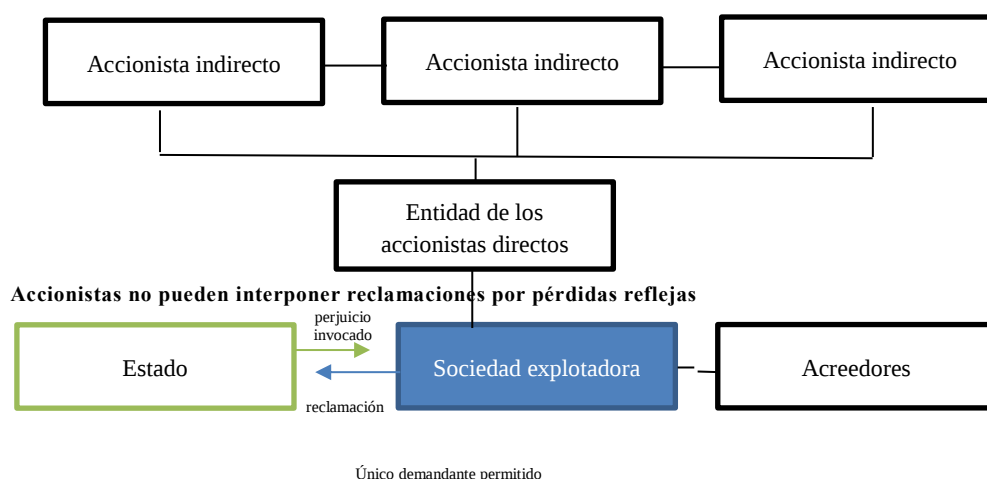
¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/72/17)*, párrs. 263 y 264.

² Véanse OCDE, “The impact of investment treaties on companies, shareholders and creditors” en *OECD Business and Finance Outlook 2016* y los documentos de trabajo de la OCDE sobre las inversiones internacionales de David Gaukrodger (*Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency* (2013/03), *Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law* (2014/02) e *Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice* (2014/03)); véase también la publicación del Foro Académico, Julian Arato, Kathleen Claussen, Jaemin Lee y Giovanni Zarra, “Reforming Shareholder Claims in ISDS”, documento de trabajo 2019/9 del Foro Académico sobre la SCIE, que puede consultarse en http://bit.ly/ISDS_AF_SRL_2019 (el “artículo académico”).

presentar reclamaciones por perjuicios directos, pero no por las pérdidas reflejas que sufran. Solo la sociedad que haya sufrido un perjuicio directo puede presentar una reclamación. La interposición de una sola reclamación por una sociedad comercial y el resarcimiento a esta por los perjuicios ocasionados se considera una solución más eficaz y más justa para los demandados y otros interesados del ámbito empresarial, incluidos los acreedores y los accionistas. Existen pocas reclamaciones de accionistas por pérdidas reflejas contra Estados en los tribunales nacionales; esos pocos casos suelen desestimarse por considerarse que solo la sociedad comercial puede presentar una reclamación (véase la figura 1)³.

Figura 1

Derecho interno: un principio impide a los accionistas interponer reclamaciones por “pérdidas reflejas” (basado en la OCDE⁴)



6. La distinción entre los perjuicios directos y las pérdidas reflejas, así como la imposibilidad general de interponer con éxito reclamaciones basadas en estas últimas, se reconoce también en el derecho internacional general y ha sido reafirmada por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en varias ocasiones⁵.

7. En cambio, muchos tratados de inversión vigentes se han interpretado en el sentido de que permiten reclamaciones de accionistas que se encuentran amparados por esos tratados por pérdidas sufridas por las sociedades en que poseen acciones.

8. Con frecuencia las inversiones extranjeras se realizan a través de sociedades constituidas en el Estado anfitrión, y en términos más generales, la participación extranjera en sociedades que cotizan en bolsa ha aumentado considerablemente en los últimos años en muchas jurisdicciones. La posibilidad de exigir reparación por pérdidas reflejas da lugar a reclamaciones múltiples, en los casos en que un accionista presente

³ OCDE, nota 2 *supra*, documento de trabajo 2013/03, pág. 11.

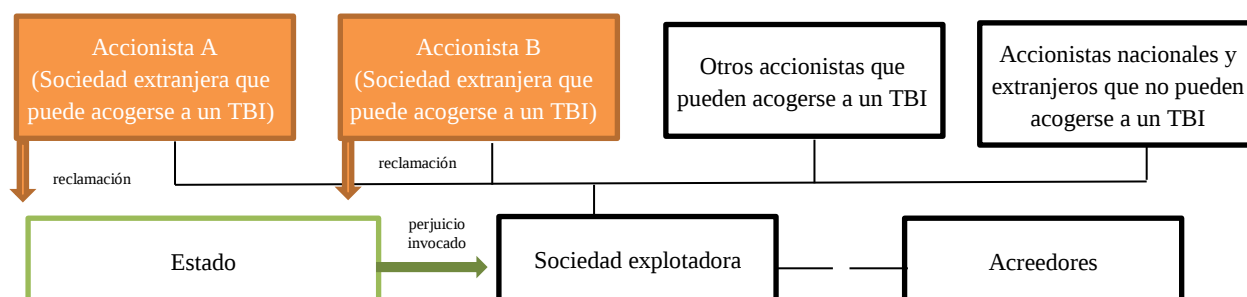
⁴ OCDE, nota 2 *supra*, *OECD Business and Finance Outlook 2016*, pág. 232 (figura 8.2).

⁵ Por ejemplo, en la *Causa relativa a Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, fallo sobre excepciones preliminares (2007), párr. 67 (en que se distingue entre las reclamaciones admisibles basadas en los derechos directos que tienen los accionistas en calidad de tales y las reclamaciones por pérdidas reflejas, que resultan inadmisibles); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España)*, segunda fase, fallo (1970), párr. 47 (“debe hacerse una distinción entre la vulneración directa de los derechos de los accionistas y las dificultades o pérdidas financieras a que pueden verse expuestos esos accionistas como consecuencia de la situación de la empresa”). Los Principios de Gobierno Corporativo del American Law Institute establecen que “un hecho ilícito que agote o disminuya los bienes sociales y, de ese modo, cause un perjuicio únicamente indirecto a los accionistas, en razón del perjuicio ya ocasionado a la sociedad, debería considerarse derivado; por el contrario, un hecho ilícito que es independiente y autónomo del daño que podría causar a la sociedad, por ejemplo, uno que suponga una denegación de los derechos legítimos que implica la propiedad de las acciones o interfiera con ellos, da lugar a una acción directa”. Véase American Law Institute, *Principles of Corporate Governance*, secc. 7.01 (1994 y 2012 Supp.)

una reclamación por ese concepto y la sociedad que ha sufrido el daño presente también una demanda en un foro diferente. Asimismo, puede haber reclamaciones múltiples si las presentan accionistas que no están vinculados entre sí, pero que poseen acciones en la misma sociedad que ha sufrido el daño (véase la figura 2). Estas situaciones contrastan con los casos en que una sola sociedad presenta una reclamación, de conformidad con los principios normales del derecho societario. La interposición de reclamaciones por pérdidas reflejas permite que los accionistas de sociedades nacionales que pueden acogerse a tratados de inversión recurran directamente al sistema de SCIE y obtengan una indemnización por daños y perjuicios directamente. Si bien esos accionistas resultan más protegidos, se crean nuevos riesgos para la sociedad que ha sufrido el daño, para otros inversionistas en esa sociedad y para los Estados. También aumenta considerablemente el número de demandas de SCIE que podrían presentarse.

Figura 2

Reclamaciones múltiples por pérdidas reflejas interpuestas por accionistas no vinculados entre sí (basado en la OCDE⁶)

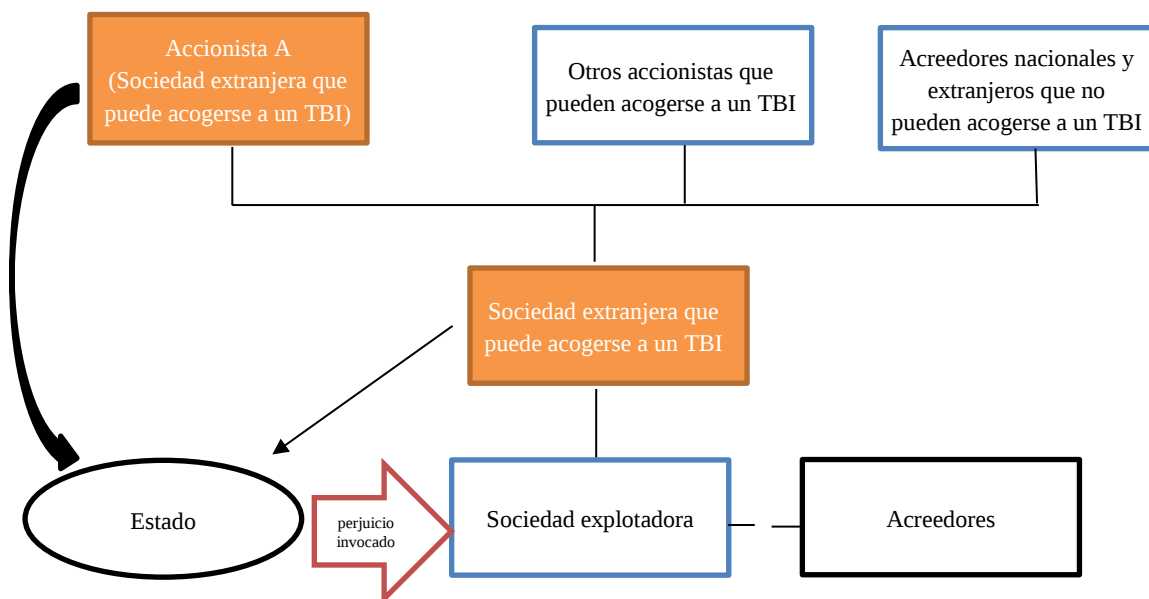


9. También pueden producirse reclamaciones múltiples cuando accionistas de la misma sociedad y vinculados entre sí (como ocurre en el caso de que una empresa matriz y su filial sean ambas accionistas de la sociedad que ha sufrido el daño) presentan reclamaciones por separado con arreglo a distintos tratados de inversión (véase la figura 3). Un único beneficiario final puede tener posibilidades de presentar varias reclamaciones mediante la utilización de distintas entidades controladas; al beneficiario final le alcanza con resultar vencedor en relación con una de esas reclamaciones, mientras que el Estado demandado debe contestar y obtener un resultado satisfactorio respecto de todas las acciones que se intenten contra él.

⁶ OCDE, nota 2 *supra*, *OECD Business and Finance Outlook 2016*, pág. 234 (figura 8.3).

Figura 3

**Reclamaciones múltiples interpuestas por entidades vinculadas entre sí:
dos niveles de accionistas extranjeros, ambos con acceso al sistema de SCIE
(basado en la OCDE⁷)**



10. Habida cuenta de que las reclamaciones por pérdidas reflejas no suelen estar admitidas con arreglo al derecho societario nacional y otros regímenes jurídicos, la aceptación general de las reclamaciones por pérdidas reflejas interpuestas por los accionistas y el enfoque permisivo que siguen los tribunales que entienden en casos de SCIE pueden considerarse excepcionales. Este enfoque, que es excepcional, puede posibilitar que se fragmente la obtención de resarcimiento por las pérdidas que haya sufrido una sociedad, lo que puede verse exacerbado porque con frecuencia también se permite a los accionistas indirectos de mayor jerarquía en la cadena de propietarios de la sociedad obtener indemnizaciones por pérdidas reflejas.

11. Si bien la mayoría de los tribunales arbitrales que entienden en casos de SCIE han aceptado que los tratados de inversión permiten la interposición de reclamaciones por pérdidas reflejas sin tener en cuenta las consecuencias, algunos han señalado los problemas que pueden ocasionarse⁸.

⁷ *Ibid.*, pág. 235 (figura 8.4).

⁸ *Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italian Republic*, CIADI caso núm. ARB/15/50, Decisión sobre la pretensión de la parte demandada de conformidad con la regla 41, párr. 5 (20 de marzo de 2017), párr. 170, en que el tribunal arbitral declaró: “Obviamente, podría haber razones tanto de eficiencia como de equidad para preferir que todos los accionistas de una entidad afectada por una medida del Estado que se pretende impugnar puedan ser oídos en un único foro y al mismo tiempo, junto con la entidad de la que son propietarios colectivamente. El Tribunal entiende la situación de Italia, que se enfrenta ahora a reclamaciones que están estrechamente vinculadas con aquellas con respecto a las cuales ya había obtenido un resultado favorable en un proceso anterior. Pese a ello, ni el sistema del CIADI, tal como está diseñado en la actualidad, ni el Tratado sobre la Carta de la Energía establecen vías claras para la acumulación en un único proceso de las acciones interpuestas por todas las partes interesadas que puedan verse afectadas por los resultados (y mucho menos la obligatoriedad de esa acumulación). A falta de tal sistema —que los Estados tienen la facultad de crear si así lo desean— no sería apropiado que los tribunales impidieran que los inversionistas legitimados para hacerlo recurrieran al arbitraje ...”. En una nota de pie de página, el tribunal arbitral señaló lo siguiente: “En cambio, si la posición de Italia no hubiese prevalecido en el proceso anterior y el Estado hubiese debido pagar una indemnización a los demandantes que accionaron por *Blusun*, el Tribunal evidentemente debería estar atento para evitar que se intentara obtener un doble resarcimiento de Italia por el mismo perjuicio. Sin embargo, dado el resultado del caso *Blusun*, esa situación no se plantea aquí”.

12. En deliberaciones intergubernamentales llevadas a cabo en la OCDE se llegó a la conclusión preliminar de que, si bien las reclamaciones por pérdidas reflejas planteaban importantes cuestiones en cuanto a las políticas que podrían seguirse, no parecía haber ningún fundamento sólido, en lo concerniente a esas políticas, para la aceptación general de reclamaciones por pérdidas reflejas en los tratados de inversión⁹. Los Estados han impugnado las reclamaciones por pérdidas reflejas en varios casos de SCIE. Sin embargo, los tribunales arbitrales en general han decidido que los accionistas tienen derecho a obtener una indemnización por pérdidas reflejas¹⁰.

B. Correlación con las inquietudes señaladas por el Grupo de Trabajo

13. Las cuestiones que se plantean en relación con las reclamaciones por pérdidas reflejas y la respuesta que se dé a esas cuestiones no pueden estudiarse de forma independiente. Por el contrario, están estrechamente vinculadas con otras cuestiones que, según el Grupo de Trabajo, deben reformarse. A continuación, se describen algunas de las posibles correlaciones entre ambas.

Aumento del número de casos y procesos múltiples

14. El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar si la posibilidad de reclamar por pérdidas reflejas podría aumentar el número total de casos que fueran consecuencia de la producción de un mismo perjuicio. Cuando el Grupo de Trabajo señaló, en su 36º período de sesiones, que una de las inquietudes que se planteaban en relación con la SCIE era la falta de un marco aplicable a los procesos múltiples, se indicó que la admisión por tribunales arbitrales de reclamaciones por pérdidas reflejas era uno de los casos que daba lugar a la multiplicidad de demandas de SCIE (A/CN.9/964, párr. 43). En efecto, permitir reclamaciones por pérdidas reflejas hace posible en muchos casos que coexista una multiplicidad de demandas (tanto en el ámbito de la SCIE como en otros foros) porque, además de las reclamaciones que interponga la sociedad que ha sufrido un daño, cada accionista que pueda acogerse a un tratado de inversión podría presentar también una reclamación.

15. En este sentido, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente que una misma entidad económica tendría varias posibilidades de interponer reclamaciones (incluso por intermedio de sus accionistas) y solo necesitaría resultar vencedora en uno de los procesos que se iniciaran como consecuencia de ellas, mientras que el Estado demandado tendría que defenderse de todas. Esta situación pone al Estado en riesgo de tener que defenderse varias veces básicamente por el mismo perjuicio invocado por la misma entidad económica, incluso si ya hubiera resultado vencedor con respecto a alguna de esas reclamaciones.

16. Si bien el uso de mecanismos de coordinación y acumulación de procesos arbitrales podría limitar el número de procesos resultantes de reclamaciones por pérdidas reflejas, no todos los tratados o reglamentos de arbitraje contienen disposiciones al respecto. Además, las normas vigentes no han sido concebidas para regular específicamente ese tipo de reclamaciones.

⁹ Mesa Redonda sobre Libertad de Inversión núm. 19, organizada por la OCDE (15 a 16 de octubre de 2013) – Resumen de las deliberaciones de la Mesa Redonda de la Secretaría de la OCDE, pág. 18, que puede consultarse en <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/19thFOIroundtableSummary.pdf>. Véase también el resumen de la Mesa Redonda sobre Libertad de Inversión núm. 18, organizada por la OCDE (20 de marzo de 2013), que puede consultarse en <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/18thFOIroundtableSummary.pdf>.

¹⁰ En cambio, véase *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada*, CPA, caso núm. 2009-04, laudo definitivo sobre daños y perjuicios (10 de enero de 2019), párr. 389. El Tribunal declaró: “[...] los artículos 1116 y 1117 (del TLCAN) han de interpretarse en el sentido de que no se permite la presentación de reclamaciones en concepto de pérdidas reflejas en virtud del artículo 1116. [...] Además, el Tribunal tiene en cuenta la postura en común de las Partes en el Tratado reflejada en sus presentaciones ante los tribunales del Capítulo XI”.

17. Incluso cuando la acumulación de procesos arbitrales esté prevista en un tratado o norma procesal, puede eludirse, ya que distintos demandantes de una misma sociedad perjudicada pueden presentar reclamaciones por pérdidas reflejas con arreglo a distintos tratados de inversión y ante distintas instituciones de arbitraje. Esto llevaría a que intervinieran varios tribunales arbitrales que no tuvieran relación entre sí e incluso podría percibirse a los tribunales como compitiendo unos con otros (véanse también los párrs. 32 a 33).

18. En términos más generales, aunque en la práctica no se presenten realmente reclamaciones múltiples, la posibilidad de que esto ocurra podría hacer más difícil que las partes litigantes llegaran a una solución amistosa, dado que para cada caso siempre podría haber potencialmente varios demandantes e incluso demandantes que no se conocieran entre sí¹¹.

Efectos en el costo y la duración de los procesos de SCIE

19. El interés en la reducción de las costas procesales, que a menudo se denomina economía procesal, es uno de los motivos principales que aducen los órganos judiciales nacionales que suelen no admitir las reclamaciones por pérdidas reflejas. La multiplicidad de reclamaciones relativas al mismo perjuicio pueden generar costas adicionales y la resolución de la controversia insumir más tiempo.

20. Al examinar esta cuestión, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que las reclamaciones por pérdidas reflejas suelen exigir una evaluación de qué cantidad del perjuicio sufrido por la sociedad pasa a los accionistas o los afecta, o se traslada a otros interesados (por ejemplo, a los acreedores que podrían no ser demandantes). Una evaluación de ese tipo también podría repercutir en el costo y la duración de los procesos.

Falta de coherencia en los resultados e interpretaciones

21. El Grupo de Trabajo quizás quiera examinar las consecuencias que tendría permitir reclamaciones por pérdidas reflejas tanto en las controversias en sí como en todo el sistema de SCIE¹². Por ejemplo, la existencia de resultados incongruentes en casos en que se plantearan los mismos hechos y cuestiones, así como las diferentes interpretaciones jurídicas de una misma disposición de un tratado serían problemáticas para el sistema en su conjunto.

Doble resarcimiento que podría resultar en una indemnización excesiva

22. El Grupo de Trabajo tal vez desee preguntarse si el hecho de permitir reclamaciones por pérdidas reflejas aumenta el riesgo de que se otorgue un resarcimiento doble (o incluso múltiple). En otras palabras, quizás un Estado se vea obligado a pagar indemnizaciones por un mismo concepto, si pierde en más de un caso. Los intentos de resolver esta situación pueden perjudicar al Estado o a la sociedad comercial (y, por lo tanto, a otros interesados societarios). No obstante, el Grupo de Trabajo podría tener presente que algunos tribunales arbitrales que entienden en casos de SCIE han estado atentos a esta cuestión y han adoptado medidas proactivas para evitarla, por ejemplo, han tenido en cuenta la existencia de reclamaciones previas y en curso relacionadas con un mismo caso o han prorrateado la indemnización¹³. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que la secuencia de las reclamaciones y los laudos que resulten de ellas también deben tenerse en cuenta al atender los problemas que plantea el otorgamiento de un doble resarcimiento.

¹¹ En el párr. 14 del artículo académico se señala lo siguiente: “la posibilidad de presentar reclamaciones por pérdidas reflejas también dificulta que los Estados tengan confianza en una solución a la que se llegue con la administración o con accionistas individuales, ya que otros accionistas quizás seguirían teniendo la posibilidad de presentar reclamaciones independientes por pérdidas reflejas por el mismo perjuicio invocado”.

¹² OCDE, nota 2 *supra*, documento de trabajo 2013/03.

¹³ Giovanni Zarra, *Parallel Proceedings in Investment Arbitration* (2016), pág 39.

Distorsión del derecho societario y las finanzas de la sociedad

23. El Grupo de Trabajo podría preguntarse si el hecho de permitir reclamaciones por pérdidas refleja atenta contra la personalidad jurídica independiente de la sociedad al autorizar a los accionistas a obtener acceso a fondos de esta. Mediante la presentación de reclamaciones, un accionista puede obtener una indemnización por daños y perjuicios que normalmente quedaría protegida de una liquidación, en que varios acreedores pueden tener prelación en el cobro y otros accionistas, la expectativa de que les corresponde el mismo grado de prelación¹⁴.

Resumen

24. Considerados en su conjunto, los elementos mencionados anteriormente relativos a las reclamaciones de accionistas por pérdidas refleja podrían contribuir a minar la previsibilidad y la seguridad jurídica para los Estados, los inversionistas y los accionistas por igual, y redundar en un aumento del costo del sistema de SCIE. En particular, esas reclamaciones pueden tener un efecto negativo en la previsibilidad del sistema de SCIE desde el punto de vista del Estado demandado, ya que es difícil determinar si habrá otras reclamaciones y quiénes serán los reclamantes.

C. Disposiciones de los tratados de inversión y reclamaciones de los accionistas por pérdidas refleja

25. En muy pocos tratados de inversión, y quizás en ninguno, se regulan expresamente las reclamaciones por pérdidas refleja. Los Estados han argumentado con éxito que algunos tratados de inversión excluyen la posibilidad de interponer dichas reclamaciones. Además, en algunos figuran disposiciones para evitar la multiplicidad de procesos (que podrían ser consecuencia de reclamaciones por pérdidas refleja) o para limitar sus efectos.

Definición de “inversionistas” y de “inversión”

26. Las definiciones de los términos “inversionista” e “inversión” en los tratados de inversión establecen qué inversionistas se encuentran protegidos y pueden presentar reclamaciones contra el Estado anfitrión. Las interpretaciones de los tribunales arbitrales que entienden en casos de SCIE han extendido una amplia protección a los accionistas.

27. En algunos tratados se han incorporado disposiciones para prevenir ciertas reclamaciones de determinados inversionistas¹⁵. Por ejemplo, algunos tratados de inversión contienen disposiciones que establecen el grado de propiedad directa (o el considerable grado de influencia en la administración) que es necesario que un accionista tenga para ser considerado inversionista con arreglo al tratado¹⁶. En algunos tratados modelos recientes, los Estados han adoptado un “criterio empresarial” para definir a las inversiones a las que se aplica el tratado, en que se excluyen las inversiones de cartera a corto plazo.

28. Además, un enfoque que suele mencionarse es el adoptado en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que establece un régimen específico para las reclamaciones de los accionistas que pueden prevalecer del tratado. Además de las reclamaciones que estos accionistas interpongan por cuenta propia (art. 1116), el TLCAN permite a los accionistas interponer una demanda derivada, es decir, una demanda que

¹⁴ OCDE, nota 2 *supra*, documento de trabajo 2014/2, pág. 20.

¹⁵ UNCTAD, Informe sobre las Inversiones en el Mundo (2015), cap. 5, que puede consultarse en https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2015overview_es.pdf.

¹⁶ Por ejemplo, el TBI entre Turquía y Azerbaiyán, art. 1 (2011) (en que se excluye el acceso al sistema de SCIE cuando la participación sea inferior al 10 %). Del mismo modo, el modelo de TBI de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo (SADC) excluye las inversiones de cartera, que se definen como participaciones inferiores al 10 %. Véase el documento “Model BIT Template with Commentary” de la SADC (2012), págs. 9 a 11, que puede consultarse en <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>.

el accionista mayoritario presenta en nombre de la sociedad con reintegro para esta (art. 1117). Los Gobiernos de los Estados parte en el TLCAN han declarado que estos accionistas no pueden interponer demandas por pérdidas reflejas por cuenta propia. En sus laudos los tribunales arbitrales resolvieron la cuestión de distintas maneras y más recientemente reafirmaron la declaración interpretativa que hacían sistemáticamente las partes en el Tratado, de que el TLCAN prohíbe las reclamaciones por pérdidas reflejas¹⁷. En otros tratados celebrados recientemente se han adoptado enfoques similares¹⁸.

29. Además de los enfoques mencionados, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta la posibilidad de prever otros medios para limitar las reclamaciones por pérdidas reflejas, a saber: i) prohibir las reclamaciones de los inversionistas cuando la propia sociedad ya hubiese interpuesto una acción en un foro diferente; ii) permitir a un inversionista presentar una reclamación solo si el inversionista y la sociedad local retiran toda demanda pendiente y renuncian a sus derechos a buscar reparación ante otros foros; y iii) limitar la posibilidad de selección de foro en relación con las reclamaciones que todavía no se hayan presentado en otros foros.

Prevención del abuso del proceso

30. Las disposiciones de los tratados que prohíben el abuso del proceso podrían proporcionar los mecanismos necesarios para que los tribunales arbitrales desestimaran algunas reclamaciones por pérdidas reflejas y alentar en mayor medida a los inversionistas a acordar un único foro para resolver sus controversias. Se podrían discutir criterios claros sobre qué reclamaciones por pérdidas reflejas se considerarían abusivas, lo que podría permitir a las partes litigantes entender claramente esas situaciones y, posiblemente, limitar el número de reclamaciones.

31. Por ejemplo, en un caso de SCIE, el tribunal arbitral llegó a la conclusión de que un laudo anterior relativo a una sociedad era vinculante para los accionistas de esta, dado que los hechos ya habían quedado determinados en esa oportunidad (doctrina del “*collateral estoppel*”). En ese caso tres accionistas habían presentado una reclamación por pérdidas reflejas derivadas de un perjuicio causado a la sociedad, de la que eran propietarios en su totalidad, contra la sociedad “Grenada”, que ya se había defendido anteriormente¹⁹. En otro caso de SCIE, el tribunal arbitral decidió que la reclamación de un accionista en el proceso y la reclamación, en un arbitraje paralelo, interpuesta por una sociedad filial de la que ese mismo accionista era el único propietario “equivalía a intentar una doble acción legal por la misma pretensión”. Además, el tribunal arbitral señaló que, dado que ya se habían confirmado cuáles eran los órganos competentes para conocer de ambos procesos, se produciría un “abuso de proceso”, ya que, en definitiva, dos tribunales deberían pronunciarse sobre cuestiones de fondo en relación con una

¹⁷ Véase la nota 10 *supra*.

¹⁸ Véase, por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre la Unión Europea y el Canadá, el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico y Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos.

¹⁹ *Grynberg et al. v. Granada*, CIADI caso núm. ARB/05/14, laudo, párrs. 7.1.5 al 7 (13 de marzo de 2009). El tribunal arbitral señaló lo siguiente: “Por supuesto, RSM es una entidad jurídica con una personalidad jurídica independiente de la de sus tres accionistas, pero esto no modifica el análisis. En primer lugar, la única inversión de los accionistas demandantes es un contrato en el que RSM es parte y ellos no: los accionistas piden una indemnización por daños y perjuicios por daños que afirman haber sufrido indirectamente, ‘mediante RSM’, porque se han vulnerado los derechos jurídicos de RSM. En segundo lugar, los tres demandantes son propietarios conjuntos del 100 % de las acciones de RSM y, por lo tanto, controlan totalmente la empresa. En estas circunstancias, [...] es justo que estén sujetos a los resultados del arbitraje anterior en que fue parte RSM. Es cierto que los accionistas, en muchos sistemas jurídicos, pueden entablar acciones judiciales para reclamar o salvaguardar derechos de la sociedad. Sin embargo, los accionistas no pueden utilizar esas oportunidades como espada y escudo a la vez. Si quieren presentar reclamaciones fundándose en que tienen un interés indirecto en los bienes de la sociedad, deben poderse oponer excepciones que podrían invocarse contra aquella, incluida la excepción por la que se esgrime que los hechos se han considerado probados en un caso anterior (*collateral estoppel*)”.

misma reclamación²⁰. En otro caso de SCIE, el tribunal arbitral observó que un inversionista que controlaba varias filiales de una misma cadena empresarial vertical podía cometer un “abuso” si pretendía impugnar las mismas medidas y reclamaciones del Estado anfitrión por el mismo perjuicio en varios niveles de la cadena, fundándose en varios tratados de inversión celebrados por ese Estado²¹.

Acumulación de procesos arbitrales y acciones

32. Los tratados de inversión contienen, cada vez con más frecuencia, disposiciones sobre la acumulación de procesos y acciones. Se podría recurrir a esas medidas procesales cuando las reclamaciones de los accionistas den lugar a varios procesos²².

33. Si bien la acumulación de procesos también puede producirse por aplicación de reglamentos de instituciones arbitrales, a menudo no es posible acumular procesos que se han iniciado con arreglo a normas de arbitraje diferentes o que se sustancian ante diferentes instituciones de arbitraje²³. Acumular reclamaciones fundadas en diferentes tratados puede resultar difícil, ya que estos pueden contener diferentes obligaciones sustantivas, y distintos plazos, obligaciones procesales y foros de solución de controversias. El Grupo de Trabajo tal vez también desee tener en cuenta que las partes litigantes suelen ser reacias a la acumulación de procesos arbitrales y estudiar

²⁰ *Ampal-American Israel Corp. v. Egypt*, CIADI caso núm. ARB/12/11, Decisión sobre Jurisdicción, párrs. 330 a 333 (1 de febrero de 2016). El tribunal señaló lo siguiente: “De ello se concluye que no hay riesgo de denegación de justicia por falta de un tribunal competente para establecer la parte de la reclamación que corresponde a MAGL. Ambos tribunales están examinando la cuestión de fondo y ninguno ha llegado a una decisión sobre ella”.

²¹ *Orascom TMT Investments v. Argelia*, CIADI caso núm. ARB/12/35, Laudo, párrs. 542 a 543. El tribunal arbitral afirmó, además, lo siguiente: “Huelga decir que no es ilegítimo estructurar una inversión mediante sociedades en varios niveles en distintos Estados. De hecho, esta estructuración puede perseguir fines legítimos de índole empresarial o fiscal o utilizarse para planificar la nacionalidad con miras a la aplicación de un TBI con anterioridad a la controversia. En el ámbito de los tratados de inversión, cuando existe una cadena empresarial vertical y la protección que ofrecen los tratados abarca inversiones ‘indirectas’, varias entidades de la cadena pueden invocar esta protección, sobre todo en los casos en que el Estado anfitrión ha firmado varios tratados de inversión. En otras palabras, varias entidades societarias de la cadena pueden estar en condiciones de iniciar un proceso arbitral contra el Estado anfitrión en relación con la misma inversión. No obstante, esta posibilidad no significa que el Estado anfitrión haya aceptado ser demandado varias veces por distintas entidades de una cadena vertical sujetas al mismo control en relación con la misma inversión, las mismas medidas y el mismo perjuicio”. El tribunal justificó su conclusión, además, con el siguiente argumento: “Si la protección prevista en un tratado de inversión se solicita en uno de los niveles de la cadena vertical, particularmente en el primer nivel de participación extranjera, se cumple con el objetivo del tratado, el cual no se logra si se permite a otras entidades de la cadena vertical controlada por el mismo accionista buscar protección por el mismo perjuicio a la inversión. [...] esa protección adicional acarrearía el riesgo de que se obtuviera un resarcimiento múltiple y decisiones contradictorias, por no hablar de la pérdida de recursos que entraña la multiplicidad de procesos. La existencia de estos riesgos estaría en contradicción con la promoción del desarrollo económico en casos en los que ya se ha comenzado a proteger la inversión. Por lo tanto, cuando múltiples tratados ofrecen a las entidades que integran una cadena vertical similares derechos procesales de acceso a un foro arbitral y garantías sustantivas comparables, el inicio de procesos múltiples para perseguir la reparación de lo que constituye esencialmente el mismo perjuicio económico conllevaría el ejercicio de derechos para fines que son ajenos a aquellos para los que esos derechos fueron establecidos”.

²² Por ejemplo, el artículo 1117, párr. 3, del TLCAN establece que cuando un inversionista y una empresa presenten una reclamación en relación con los mismos actos, el tribunal deberá examinarlos conjuntamente, salvo que los intereses de una parte se vean perjudicados. El artículo 8.43 del AECG contiene normas más detalladas sobre la acumulación de demandas dentro de la estructura del tribunal permanente del AECG. En el art. 1126, párr. 9, del TLCAN y en el art. 8.24 del AECG se faculta a los tribunales para suspender las actuaciones a la espera de la resolución en curso de demandas de SCIE duplicadas o relacionadas entre sí.

²³ El Grupo de Trabajo quizás quiera tener presente que un tratado reciente permite la acumulación de procesos, aunque se hayan iniciado en virtud de distintos mecanismos de solución de controversias (véase el art. 9.29 del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Singapur).

cómo se podría resolver esa situación, al tratar la cuestión de las reclamaciones por pérdidas reflejas.

Otras consideraciones

34. Al estudiar las cuestiones relacionadas con las reclamaciones de los accionistas por pérdidas reflejas, el Grupo de Trabajo tal vez también desee tener en cuenta los siguientes elementos adicionales:

- el grado de protección de los accionistas extranjeros en los tratados de inversión;
- las posibles repercusiones que podría tener la forma de atender a las reclamaciones de los accionistas en los derechos de los acreedores y los accionistas que no interpongan reclamaciones, así como en la estructura empresarial o la estructura de las inversiones;
- el posible riesgo de que los accionistas sigan invocando el tratado que les resulte más ventajoso (“*treaty shopping*”);
- la asignación de las costas correspondiente a las reclamaciones de los accionistas, así como las garantías de cobro de esas costas, teniendo en cuenta de que el riesgo de impago de las costas fijadas en el laudo por quienes demandan por pérdidas reflejas es mayor, y
- la financiación por terceros de reclamaciones por pérdidas reflejas.

D. Observaciones finales

35. Dado que el Grupo de Trabajo aún tiene que analizar muchas de las cuestiones que se tratan en la presente nota y que estas cuestiones están estrechamente vinculadas con otras inquietudes y opciones de reforma ya señaladas, el Grupo de Trabajo tal vez desee preguntarse si la Secretaría debería examinar el tema en mayor profundidad, en colaboración con la Secretaría de la OCDE y otras organizaciones internacionales pertinentes e interesadas, por ejemplo, a través de una conferencia o una reunión de grupo de expertos entre períodos de sesiones. Esa reunión podría celebrarse en la sede de la OCDE en París, en el segundo trimestre de 2020 con los siguientes objetivos: i) seguir examinando las cuestiones planteadas en la presente nota y ii) recopilar las opiniones de los Estados sobre posibles opciones de reforma en relación con las reclamaciones de los accionistas y las pérdidas reflejas. La Secretaría podría resumir los resultados de dicha reunión y transmitirlos al Grupo de Trabajo en un futuro período de sesiones.