

**Asamblea General**

Distr. limitada
22 de enero de 2020
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)**
39º período de sesiones
Nueva York, 30 de marzo a 3 de abril de 2020

**Posible reforma del sistema de solución de controversias entre
inversionistas y Estados (SCIE)****Procesos múltiples y reconversiones****Nota de la Secretaría****Índice**

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Procesos múltiples	2
A. Consideraciones generales	2
B. Mecanismos existentes.....	3
C. Cuestiones que deben examinarse	5
III. Reconversiones.....	8
A. Mecanismos generales y existentes	8
B. Cuestiones que deben examinarse	9



I. Introducción

1. En sus períodos de sesiones 34° a 37°, el Grupo de Trabajo dedicó su labor a la posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) sobre la base del mandato que le había conferido la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su 50° período de sesiones, celebrado en 2017¹. En esos períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó y determinó cuestiones relacionadas con el sistema de SCIE y, a la luz de las inquietudes manifestadas, consideró que era conveniente reformarlo.
2. En su 38° período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó un calendario sobre las opciones de reforma y comenzó a examinarlas². Se acordó que en el 39° período de sesiones se examinarían, entre otros aspectos, los procesos múltiples, incluidas las reconvenções.
3. En consecuencia, en la presente nota se abordan los temas de los procesos múltiples y las reconvenções; la falta de un marco en esos ámbitos se consideró motivo de preocupación y un aspecto que era conveniente reformar. Como en el caso de otros documentos proporcionados al Grupo de Trabajo, la presente nota se ha preparado utilizando como referencia una amplia gama de información publicada sobre el tema³, y no se pretende con ella expresar una opinión sobre las posibles opciones de reforma, cuestión que corresponde examinar al Grupo de Trabajo.

II. Procesos múltiples

A. Consideraciones generales

4. En las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre la coherencia, uniformidad, previsibilidad y corrección de las decisiones de los tribunales de SCIE se observó que los resultados contradictorios eran más marcados en las situaciones en que se entablaban múltiples procesos con arreglo a tratados, leyes, instrumentos y acuerdos de inversión que daban acceso al mecanismo de SCIE ([A/CN.9/935](#), párr. 22). Se consideró que las interpretaciones divergentes realizadas por los tribunales en el marco de procesos múltiples de SCIE eran una de las razones de la falta de uniformidad ([A/CN.9/964](#), párr. 42), que los procesos múltiples tenían un efecto negativo en el costo y la duración totales de los procesos, lo cual afectaba a la economía judicial ([A/CN.9/964](#), párr. 45), y que la existencia de procesos múltiples podía romper el equilibrio entre los derechos e intereses de las partes interesadas ([A/CN.9/964](#), párr. 42). También se señaló que, en términos más generales, los procesos múltiples socavaban la previsibilidad y tenían efectos perjudiciales, especialmente para los Estados en desarrollo ([A/CN.9/964](#),

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/72/17)*, párrs. 263 y 264. Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo correspondientes a los 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.

² Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo correspondientes a su 38° período de sesiones figuran en el documento [A/CN.9/1004](#). En el documento [A/CN.9/WG.III/WP.166](#) se describen a grandes rasgos las opciones de reforma.

³ Christoph Schreuer, "Multiple Proceedings", en Andrea Gattini, Attila Tanzi y Filippo Fontanelli (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration* (Brill Nijhoff, 2018), págs. 152 a 167; Hanno Wehland, "The Regulation of Parallel Proceedings in Investor-State Disputes", *ICSID Review*, vol. 31, núm. 3 (2016), págs. 576 a 596; Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Multiple Proceedings—New Challenges for the Settlement of Investment Disputes", en Arthur W. Rovine (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (Brill Nijhoff, 2015), págs. 3 a 12; José Antonio Rivas, "ICSID Treaty Counterclaims: Case Law and Treaty Evolution", en Jean E. Kalicki y Anna Joubin-Bret (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century* (2015, Brill Nijhoff), págs. 779 a 827; Andrea K. Bjorklund, "The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law", *Lewis & Clark Law Review*, vol. 17 (2013), págs. 461 a 464; Arnaud de Nanteuil, "Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers?", en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 17 (2018), págs. 374 a 392; Jean E. Kalicki, "Counterclaims by States in Investment Arbitration", *IISD Investment Treaty News* (14 de enero de 2013).

párr. 46). Tras deliberar, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que era conveniente que la CNUDMI elaborara propuestas de reforma para atender a esas inquietudes (A/CN.9/964, párr. 53).

5. Las comunicaciones recibidas de los Estados sobre las opciones de reforma para la tercera parte del mandato (las “comunicaciones”) también se refieren a aspectos conexos. Por ejemplo, se ha sugerido que se podrían preparar instrumentos de derecho no vinculante que disuadieran a los demandantes de presentar la misma demanda ante diferentes instituciones arbitrales, judiciales o administrativas⁴. También se ha sugerido que la acumulación de múltiples demandas presentadas en virtud del mismo tratado permitiría ahorrar tiempo y costos y garantizaría que se dictara una sola resolución en casos con hechos similares⁵. Se ha sugerido además que un mecanismo judicial permanente tendría ventajas considerables en la administración de demandas múltiples⁶.

6. Los procesos múltiples son el resultado principalmente de dos tipos de situaciones. El primer tipo de situación se produce cuando distintas entidades que conforman la misma estructura societaria están legitimadas para actuar contra un Estado o entidad que es propiedad de un Estado en relación con la misma inversión, respecto de la misma medida adoptada por el Estado y para proteger intereses sustancialmente idénticos. Esas entidades pueden presentar sus demandas en distintos foros y con arreglo a diferentes fuentes de derecho, pero pidiendo sustancialmente la misma reparación por la misma medida, lo que podría dar lugar a múltiples indemnizaciones⁷. El segundo tipo de situación se produce cuando la medida adoptada por el Estado tiene consecuencias en varios inversionistas que no están relacionados entre sí. Por ejemplo, un cambio en las políticas de un Estado puede afectar a toda una serie de contratos concertados con diferentes inversores que contengan una cláusula de estabilización. Si bien en general algunas de las cuestiones de hecho y derecho que se planteen en esos procesos serán comunes a todos los demandantes, las resoluciones que dicten los distintos tribunales conducirán previsiblemente a resultados dispares.

7. A continuación se exponen los mecanismos existentes para abordar los procesos múltiples en el sistema de SCIE, y las cuestiones que deben examinarse al respecto, sobre la base de la labor realizada por la Secretaría sobre el tema de los procesos paralelos, que figura en el programa de la Comisión desde su 46º período de sesiones⁸.

B. Mecanismos existentes

8. Los Estados han creado diversos mecanismos e instrumentos en sus tratados de inversión, que se describen a continuación, con el fin de evitar que se produzcan procesos múltiples o limitar sus efectos (A/CN.9/964, párr. 50).

Definición de inversionistas y de inversión

9. Las definiciones de los términos “inversionista” e “inversión” en los tratados de inversión determinan qué inversionistas se encuentran protegidos y pueden presentar demandas contra el Estado anfitrión. Algunas disposiciones de tratados intentan prevenir que se haga un uso abusivo del tratado de inversión y, para ello, prohíben las demandas de inversionistas que apliquen estrategias para aprovechar las ventajas que ofrece un tratado más beneficioso (“treaty shopping”) o para ampararse en la nacionalidad que resulte más conveniente (“nationality planning”) mediante empresas

⁴ A/CN.9/WG.III/WP.174 (comunicación del Gobierno de Turquía), pág. 2.

⁵ A/CN.9/WG.III/WP.161 (comunicación del Gobierno de Marruecos), párr. 9;

A/CN.9/WG.III/WP.176 (comunicación del Gobierno de Sudáfrica), párr. 75.

⁶ A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1 (comunicación de la Unión Europea y sus Estados miembros), párr. 56.

⁷ También cabe hacer referencia al documento A/CN.9/WG.III/WP.170, en el que se abordan las reclamaciones de los accionistas y las pérdidas reflejas.

⁸ Los documentos A/CN.9/848, A/CN.9/881 y A/CN.9/915 describen las causas y los efectos de los procesos paralelos, los principios y mecanismos existentes en relación con los procesos paralelos en el arbitraje internacional y la posible labor futura en esa esfera.

fantasma a través de las cuales canalizan sus inversiones, pero que no realizan operaciones comerciales reales en el Estado anfitrión⁹.

10. Hay diferentes maneras de excluir ciertos inversionistas o inversiones con el fin de limitar las posibilidades de demandas múltiples. Una de ellas es mediante una cláusula de denegación de beneficios que haga referencia a criterios relativos a la actividad comercial sustancial y a la propiedad o el control¹⁰.

Reclamaciones de accionistas y pérdidas reflejas

11. Existen disposiciones de tratados relativas a reclamaciones de accionistas basadas en pérdidas reflejas que aclaran si pueden presentarse o no ese tipo de demandas y, por lo tanto, abordan otra fuente de procesos múltiples. Algunos tratados de inversión contienen disposiciones que establecen el grado de propiedad indirecta necesario para que un accionista sea considerado inversionista con arreglo al tratado (véase [A/CN.9/WG.III/WP.170](#), párrs. 25 a 34).

Abuso del proceso

12. Existen disposiciones de tratados relativas a la prohibición de abusar del proceso que establecen los mecanismos necesarios para permitir que los tribunales arbitrales desestimen las demandas abusivas y, de esta forma, alentar a los inversionistas a que acuerden un único foro para resolver sus controversias¹¹. Algunos tratados de inversión limitan la posibilidad de que se produzcan procesos múltiples, y permiten que las partes litigantes comprendan claramente las circunstancias pertinentes, mediante criterios claros sobre cuáles de esos procesos deben considerarse abusivos.

Acumulación de procesos

13. También hay tratados de inversión que contienen disposiciones sobre la acumulación de procesos¹². El primer tipo de esas disposiciones consiste en una reafirmación de la regla general según la cual la acumulación es posible si todas las partes interesadas están de acuerdo, y su finalidad es señalar a la atención de las partes litigantes la posibilidad de acumular los procesos, sin establecer necesariamente el mecanismo para ello. El segundo tipo establece las circunstancias en las que se permite la acumulación, por ejemplo cuando las demandas tienen cuestiones de hecho o de derecho en común y surgen de los mismos hechos o circunstancias¹³. Estas cláusulas suelen establecer un mecanismo muy detallado en virtud del cual cualquiera de las partes litigantes en los procesos conexos que se estén llevando a cabo concurrentemente puede solicitar la acumulación de procesos. Esta solicitud da lugar a una serie de actos que implican que se establezca un tribunal para la acumulación de procesos¹⁴.

14. La acumulación también puede llevarse a cabo de conformidad con las disposiciones del correspondiente reglamento de arbitraje institucional.

⁹ UNCTAD World Investment Report (2015), cap. IV, págs. 143, 144 y 148.

¹⁰ Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), art. 1113 2); Tratado sobre la Carta de la Energía, art. 17 1).

¹¹ Tratado Bilateral de Inversión entre Colombia y el Reino Unido (2010), art. IX.12; *Renée Rose Levy y Gremcitel S.A. c. República del Perú*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), caso núm. ARB/11/17, laudo (9 de enero de 2015).

¹² UNCTAD Series on International Investment Agreements, II, 2014.

¹³ TLCAN, arts. 1117 3) y 1126; Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), art. 14.D.12; Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, art. 10.25; Acuerdo Económico y Comercial Global, art. 8.43; Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, art. 9.28; Tratado de Promoción Comercial entre Panamá y los Estados Unidos de América, art. 10.25.

¹⁴ Al ordenar la acumulación, los tribunales arbitrales deben tener en cuenta el interés de que las demandas se resuelvan de manera justa y eficiente y escuchar a las partes litigantes (véase, por ejemplo, el art. 14.D.12 6) del T-MEC).

Mecanismos de coordinación o acumulación

15. Algunos tratados de inversión prevén mecanismos de coordinación o acumulación. Por ejemplo, en muchos tratados de inversión recientes figura el requisito de que el demandante renuncie o ponga fin a otros procesos o recursos, enfoque que se conoce como “no U-turn” (“sin vuelta atrás”). La llamada cláusula “fork-in-the-road” ofrece al inversionista la posibilidad de optar entre los tribunales nacionales del Estado anfitrión y el arbitraje internacional, pero, una vez elegido el foro, la decisión es definitiva.

C. Cuestiones que deben examinarse

16. Es posible sin embargo que la aplicación de los mecanismos mencionados sea limitada (A/CN.9/964, párr. 49), en particular porque la mayoría de los tratados de inversión no incluyen ninguna disposición relativa a esos mecanismos (A/CN.9/964, párr. 51). Otro ejemplo de esta limitación es que solo cabe proceder a la acumulación si las controversias son idénticas (mismas partes, mismos intereses y misma base jurídica) y normalmente no es posible acumular procesos que se han iniciado con arreglo a diferentes reglamentos de arbitraje o administrados por diferentes instituciones de arbitraje. Se requiere el consentimiento de todas las partes, incluido el Estado demandado. Además, podría ser difícil acumular demandas fundadas en diferentes tratados (así como las demandas basadas en contratos y en el derecho interno), ya que estos podrían establecer obligaciones sustantivas diferentes, así como distintos plazos y obligaciones procesales (A/CN.9/964, párr. 49). Sin embargo, algunos tratados muy recientes prevén la posibilidad de acumulación entre distintos mecanismos de solución de controversias¹⁵.

17. Teniendo en cuenta la opinión según la cual el régimen actual de SCIE carece de mecanismos adecuados para dar respuesta a las inquietudes relacionadas con los procesos múltiples, el Grupo de Trabajo tal vez desee establecer un marco más previsible para abordar los procesos múltiples, lo que redundaría en beneficio de los inversionistas y los Estados y promovería la eficiencia, fiabilidad y legitimidad procesales (A/CN.9/964, párr. 48). Al elaborar las soluciones pertinentes, el Grupo de Trabajo tal vez desee centrarse en las consecuencias negativas de los procesos múltiples y los problemas recurrentes, como las decisiones contradictorias e irreconciliables (A/CN.9/964, párr. 48), pero teniendo en cuenta también la autonomía de las partes y el carácter consensual del arbitraje, así como el derecho de acceso a la justicia (A/CN.9/964, párrs. 46 y 47).

1. Alcance de la labor: definición de procesos múltiples

18. Como ya se ha señalado (véase el párr. 6 *supra*), las circunstancias que pueden dar lugar a procesos múltiples varían, como la participación de múltiples partes que pueden encontrarse en diferentes jurisdicciones, la existencia de múltiples bases jurídicas o

¹⁵ En el artículo 3.24 5) del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur se dispone lo siguiente: “La división de consolidación del Tribunal llevará a cabo sus procedimientos como se describe a continuación: a) a no ser que todas las partes en la diferencia acuerden otra cosa, en caso de que todas las demandas para las que se pretende obtener una orden de acumulación se hayan presentado con arreglo a las mismas normas en materia de solución de diferencias, la división de acumulación procederá con arreglo a las mismas normas en materia de solución de diferencias; b) en caso de que las demandas para las que se pretende obtener una orden de acumulación no se hayan presentado con arreglo a las mismas normas en materia de solución de diferencias: i) las partes en la diferencia podrán ponerse de acuerdo en las normas en materia de solución de diferencias aplicables de conformidad con el artículo 3.6 (Presentación de una demanda ante el Tribunal) que serán aplicables para el procedimiento de acumulación, o ii) si las partes en la diferencia no logran ponerse de acuerdo sobre las mismas normas en materia de solución de diferencias en un plazo de 30 días a partir de la solicitud formulada de conformidad con el apartado 3, las normas de arbitraje de la CNUDMI serán aplicables para el procedimiento de acumulación”. El artículo 14.D.12 8) del T-MEC establece que el tribunal establecido para la acumulación de los procesos “realizará las actuaciones de conformidad a lo previsto en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, salvo en lo modificado por este anexo”.

causas de reclamación, la disponibilidad de múltiples foros o la falta de coordinación entre los foros concurrentes.

19. El Grupo de Trabajo tal vez desee llegar a una hipótesis de trabajo sobre el significado de los procesos múltiples con el fin de reducir el alcance de su labor¹⁶. Dado que no todos los procesos múltiples son problemáticos, el Grupo de Trabajo tal vez desee concentrarse en aquellos que son más perjudiciales para el sistema de SCIE, por ejemplo, los casos en que la multiplicidad de procesos tiene como consecuencia que un Estado deba defenderse de varias demandas relacionadas con la misma medida, en las que posiblemente se reclamen los mismos perjuicios económicos, dando lugar a una duplicación de esfuerzos, gastos adicionales, falta de equidad procesal, resultados potencialmente contradictorios y múltiples indemnizaciones (A/CN.9/964, párr. 46). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también si desea centrarse en las soluciones que se limiten a abordar los procesos múltiples basados en tratados (A/CN.9/964, párr. 43).

2. Elaboración de mecanismos para abordar los procesos múltiples

20. El Grupo de Trabajo tal vez desee seguir elaborando mecanismos para prevenir los procesos múltiples o limitar sus efectos.

Participación de terceros coadyuvantes o acumulación de procesos

21. La labor del Grupo de Trabajo podría centrarse en establecer mecanismos que permitan la participación de terceros coadyuvantes y la acumulación de procesos múltiples. Estos mecanismos pueden ser un instrumento útil para reducir o evitar los procesos múltiples y promover la eficiencia, siempre que se evalúe razonablemente si serían justos y eficientes y no implicarían una vulneración de las garantías procesales. Sin embargo, esa labor tendría una utilidad limitada si no incluye la posible cooperación entre las instituciones arbitrales que administran esos procesos. Además, como la participación de terceros coadyuvantes y la acumulación de procesos se basan en el consentimiento de las partes, se podría examinar la manera de tener en cuenta las posibles inquietudes de las distintas partes implicadas.

Paralización o suspensión del proceso

22. Una vez que se ha constituido el tribunal arbitral y se ha establecido su competencia, el tribunal tiene facultades inherentes que puede ejercer para evitar o limitar los efectos de los procesos múltiples¹⁷. Por ejemplo, un tribunal, después de determinar que tiene competencia en un caso concreto, podría ejercer en algunas circunstancias sus facultades discrecionales para paralizar o suspender el procedimiento hasta que otro órgano judicial o tribunal arbitral dictara su resolución, y para ello podría aplicar distintos principios, como la eficiencia y la equidad en la administración de justicia y la deferencia a la labor de otros órganos judiciales o tribunales arbitrales.

23. La labor del Grupo de Trabajo podría consistir en elaborar una cláusula que establezca en qué circunstancias un tribunal arbitral podría o debería paralizar o suspender el proceso. También podría abordar la cuestión de si, tras paralizar o suspender sus actuaciones, el tribunal debería tener debidamente en cuenta la resolución dictada en el otro foro o justificar cualquier desviación a ese respecto.

¹⁶ Por ejemplo, debería aclararse que los procesos múltiples incluyen los procesos concurrentes o paralelos así como los sucesivos (A/CN.9/964, párr. 43).

¹⁷ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, CIADI, caso núm. ARB/84/3, decisión sobre competencia (27 de noviembre de 1985) (“todo tribunal tiene facultades inherentes para suspender el procedimiento cuando las consideraciones de justicia así lo requieran, y la facultad discrecional de este Tribunal para hacerlo se establece en el artículo 44 del Convenio”).

Abuso del proceso

24. Uno de los motivos por los que un tribunal arbitral podría desestimar una demanda es el abuso del proceso¹⁸. En el contexto de los procesos múltiples, es muy probable que la prohibición de abusar del proceso sea pertinente y aplicable en caso de que el inversionista ya haya obtenido una resolución sobre el fondo en un foro pero siga impulsando la misma demanda ante otro foro. El abuso del proceso también puede darse cuando un demandante realiza o reestructura su inversión con miras a interponer una demanda contra el Estado anfitrión en un momento en que la controversia es previsible pero no se ha producido todavía (es decir, el intento abusivo de adquirir el derecho)¹⁹. El principio del abuso del proceso permitiría que el tribunal arbitral determinara en qué situaciones son aceptables los procesos múltiples y en qué circunstancias no lo son.

25. Se podría precisar más el principio del abuso del proceso y proporcionar orientación sobre la manera en que el tribunal arbitral podría determinar que se ha producido tal abuso.

Intercambio de información y otros mecanismos de coordinación

26. Se podría proporcionar orientación a los tribunales sobre los distintos mecanismos disponibles para intercambiar información con otros tribunales, así como sus limitaciones y los distintos problemas que podrían plantearse, por ejemplo los posibles conflictos con la obligación de confidencialidad en relación con el intercambio de información. Un ejemplo de esos mecanismos podría ser la celebración de audiencias conjuntas o la presentación de un conjunto común de pruebas a fin de evitar demoras innecesarias y la duplicación o multiplicación de gastos relacionados con la determinación de los hechos, así como evitar la duplicación de presentaciones escritas y orales.

Litispendencia, cosa juzgada y forum non conveniens

27. La labor del Grupo de Trabajo también podría centrarse en el desarrollo de los principios de litispendencia, cosa juzgada y *forum non conveniens* en el sistema de SCIE.

28. En el marco de los litigios nacionales se han elaborado diversos principios para prevenir o limitar los efectos de la multiplicidad de procesos judiciales. Por ejemplo, en los sistemas de derecho de inspiración romanista, los tribunales de justicia aplicarían el principio de litispendencia, de modo que el tribunal que entendiera en el segundo proceso probablemente lo paralizaría hasta que el tribunal que entendiera en el primero dictara su resolución. En los sistemas de *common law* puede utilizarse el principio de *stare decisis*, que obliga a los tribunales de justicia a seguir los precedentes judiciales, o puede recurrirse al *forum non conveniens* y dictarse resoluciones judiciales por las que se impida entablar acciones en otro foro, incluidas resoluciones contra la ejecución. Si se pone fin a uno de los dos procesos con una sentencia, probablemente se aplicaría el principio de cosa juzgada.

29. La labor del Grupo de Trabajo podría consistir en proporcionar orientación a los tribunales arbitrales acerca de los principios de litispendencia y cosa juzgada, incluso si su aplicación fuera limitada²⁰, ya que dichos principios pueden plantear cuestiones

¹⁸ *Phoenix Action, Ltd v. The Czech Republic*, CIADI, caso núm. ARB/06/5, laudo (15 de abril de 2009); *Renée Rose Levy y Gremcitel S.A. c. República del Perú*, CIADI, caso núm. ARB/11/17, laudo (9 de enero de 2015); *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, CNUDMI, Corte Permanente de Arbitraje (CPA), caso núm. 2012-12, laudo sobre competencia y admisibilidad (17 de diciembre de 2015).

¹⁹ *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*, CIADI, caso núm. ARB/09/12, decisión sobre las excepciones del demandado a la competencia (1 de junio de 2012), párrs. 2.47 y 2.99; *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, CPA, caso núm. 2012-12, laudo sobre competencia y admisibilidad (17 de diciembre de 2015).

²⁰ Véase "International Law Association Recommendations on *Lis Pendens* and *Res Judicata* and Arbitration", 72ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, Toronto (Canadá), 4 a 8 de junio de 2006. Según estas recomendaciones, los laudos arbitrales deberían tener efectos concluyentes y excluyentes para los procesos arbitrales posteriores, a fin de promover la eficiencia y el carácter definitivo de los arbitrajes comerciales internacionales,

complejas, habida cuenta en particular de la posibilidad de que entren en juego diferentes leyes (la ley del lugar del primer arbitraje, la ley del lugar del segundo arbitraje, la ley que rige el fondo de la controversia), y pueden tener diferente alcance en los distintos ordenamientos jurídicos.

Posible labor futura

30. El marco para abordar los procesos múltiples debería examinarse junto con las demás opciones de reforma que el Grupo de Trabajo está examinando actualmente, por ejemplo las relativas a las garantías del cobro de las costas, las demandas infundadas, las reconvencciones y las reclamaciones de los accionistas, que en su conjunto podrían reducir el número de procesos múltiples. También debería examinarse conjuntamente con el mecanismo de nombramiento (de los tribunales establecidos para la acumulación de procesos) y en el contexto de un mecanismo de apelación y de sus mecanismos alternativos o complementarios, así como de un tribunal multilateral de inversiones.

31. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las diversas maneras de llevar a cabo las reformas para abordar los procesos múltiples. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de formular diversas cláusulas que podrían incluirse en los tratados de inversión, en los reglamentos de arbitraje o en un instrumento multilateral de reforma procesal, como por ejemplo: i) establecer el grado de propiedad indirecta necesario para que ser considerado inversionista con arreglo a un tratado de inversión; ii) prohibir las demandas de los inversionistas cuando la propia sociedad haya interpuesto un recurso ante otro foro judicial; iii) permitir que el inversionista presente una demanda solo si este y la sociedad local retiran cualquier demanda pendiente y renuncian a su derecho a buscar reparación en otros foros; y iv) limitar la posibilidad de selección del foro a las demandas que no se hayan presentado aún en otros foros. También podrían elaborarse disposiciones sobre la acumulación de procesos y la participación de terceros coadyuvantes (o procedimientos menos formales para tratar las demandas conexas) o sobre el abuso del proceso, para su inclusión en los tratados de inversión, los reglamentos de arbitraje o un instrumento multilateral de reforma procesal.

III. Reconvencciones

A. Mecanismos generales y existentes

32. Al examinar las cuestiones relativas a las reconvencciones del Estado demandado en el marco del sistema de SCIE, el entendimiento general fue que la labor que desarrollara el Grupo de Trabajo no debía impedir que pudieran interponerse demandas contra un inversionista cuando existiera una base jurídica para ello ([A/CN.9/930/Add.1/Rev.1](#), párrs. 3 a 7, y [A/CN.9/970](#), párrs. 34 y 35). Se señaló además que sería importante tener en cuenta este aspecto cuando el Grupo de Trabajo elaborara instrumentos para dar respuesta a otras inquietudes que se habían señalado, a fin de que fueran considerados legítimos por todas las partes interesadas ([A/CN.9/970](#), párr. 39).

33. En las comunicaciones también se abordaron aspectos conexos. Una de las principales innovaciones que se introdujo en un tratado modelo fue la posibilidad de que el Estado anfitrión presentara una reconvencción en caso de que el inversionista no cumpliera una o más de sus obligaciones en virtud del tratado²¹. También se afirmó que, a fin de corregir el desequilibrio de los mecanismos de SCIE existentes, se debería permitir que los Estados demandados presentaran reconvencciones contra un inversionista por cualquier incumplimiento²².

y esos efectos no necesariamente han de regirse por la legislación nacional, sino que podrían regirse por normas transnacionales que habría que elaborar (recomendaciones 1 y 2).

²¹ [A/CN.9/WG.III/WP.161](#) (comunicación del Gobierno de Marruecos), párr. 9.

²² [A/CN.9/WG.III/WP.176](#) (comunicación del Gobierno de Sudáfrica), párrs. 64 y 65.

34. Las normas procesales aplicables al sistema de SCIE generalmente contemplan la posibilidad de que el demandado presente reconvencciones durante el procedimiento²³. En los tratados de inversión recientes también se han incluido disposiciones que permiten las reconvencciones²⁴. Permitir que las reconvencciones sean examinadas junto con la demanda inicial por el mismo tribunal arbitral en un único procedimiento podría aumentar la eficiencia procesal y evitar múltiples procesos en diferentes foros entre las mismas partes.

35. El problema fundamental radica en que los tratados de inversión imponen obligaciones a los Estados anfitriones pero muy pocas obligaciones, o ninguna, a los inversionistas, lo cual limita la posibilidad de que los Estados demandados presenten reconvencciones contra el inversionista invocando el incumplimiento de las obligaciones que corresponden a este en virtud del tratado. También pueden presentarse reconvencciones en relación con el incumplimiento de las obligaciones del inversionista previstas en contratos de inversión ([A/CN.9/930/Add.1/Rev.1](#), párr. 5), así como con conductas del inversionista que supongan una violación o un incumplimiento de las leyes y reglamentos nacionales. Sin embargo, tales demandas rara vez se han encauzado como reconvencciones en el marco del sistema de SCIE basado en tratados, sino que los Estados han recurrido más bien a los tribunales nacionales para obtener reparación.

36. Otra cuestión es la de la admisibilidad, es decir, la competencia del tribunal para examinar las reconvencciones, y las fuentes del consentimiento de los inversionistas a las reconvencciones de los Estados. Por ejemplo, el artículo 46 del Convenio del CIADI dispone que, salvo que las partes hayan acordado otra cosa, las reconvencciones deben: i) estar directamente relacionadas con el objeto de la controversia; ii) entrar dentro de los límites del consentimiento de las partes; y iii) entrar dentro de la jurisdicción del CIADI. Si ambas partes han consentido en someter la controversia a arbitraje conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI, se plantea la cuestión de si el consentimiento del inversionista a ese respecto puede considerarse también un consentimiento implícito a la reconvencción o si se requiere además un consentimiento explícito. Esta cuestión debe examinarse también a la luz de la redacción concreta de los tratados de inversión en lo que respecta a la oferta de arbitraje del Estado y las demandas que pueden presentarse, así como de cualquier cláusula de solución de controversias que pueda existir en el contrato de inversión pertinente.

37. Ha habido algunos casos en el sistema de SCIE en que los Estados demandados han presentado reconvencciones. Algunas han sido aceptadas por los tribunales, pero otras han sido desestimadas por falta de competencia o por infundadas²⁵.

B. Cuestiones que deben examinarse

38. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de elaborar un marco en el que los Estados puedan presentar reconvencciones en el sistema de SCIE, lo que reduciría la incertidumbre, promovería la equidad y el estado de derecho y, en última

²³ Art. 46 del Convenio del CIADI y regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI; art. 21 3) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; art. 9 1) iii) del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo; y art. 5 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

²⁴ Por ejemplo, según el artículo 9.19 2) (Sometimiento de una reclamación a arbitraje) del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, "... el demandado podrá contrademandar en relación con las cuestiones de hecho y de derecho de la reclamación".

²⁵ Por ejemplo, *Spyridon Roussalis v. Romania*, CIADI, caso núm. ARB/06/1, [laudo](#) (7 de diciembre de 2011), párrs. 859 a 877; *Antoine Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi*, CIADI, caso núm. ARB/01/2, [laudo](#) (21 de junio de 2012), párrs. 267 a 287; *Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia*, [laudo](#) (15 de diciembre de 2014), párrs. 655 a 672; *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República Argentina*, CIADI, caso núm. ARB/07/26, [laudo](#) (8 de diciembre de 2016), párrs. 1110 a 1221; *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, CIADI, caso núm. ARB(AF)/12/5, [laudo](#) (22 de agosto de 2016), párrs. 618 a 629; *Oxus Gold plc v. Republic of Uzbekistan*, [laudo](#) (17 de diciembre de 2015), párrs. 906 a 959; *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, CIADI, caso núm. ARB/08/5, decisión sobre reconvencciones (7 de febrero de 2017); *Perenco Ecuador Ltd. c. República del Ecuador*, CIADI, caso núm. ARB/08/6.

instancia, garantizaría un equilibrio entre los Estados demandados y los inversionistas demandantes. Ese marco también podría tener efectos positivos en la duración y el costo de los procesos, así como en otras cuestiones procesales ([A/CN.9/930/Add.1/Rev.1](#), párr. 5).

Base jurídica de las reconvencciones: obligación de los inversionistas

39. Las reconvencciones plantean un problema particular en el sistema de SCIE, ya que los tratados de inversión generalmente ofrecen protección a los inversionistas mediante la formulación de obligaciones del Estado y no contienen obligaciones recíprocas para los inversionistas. Por ello, los Estados demandados carecen a menudo de una base jurídica para presentar una reconvencción contra el inversionista con arreglo al tratado.

40. En su 37º período de sesiones, el Grupo de Trabajo analizó si era necesario examinar más a fondo las obligaciones de los inversionistas (por ejemplo, en relación con los derechos humanos, el medio ambiente o la responsabilidad social empresarial), y observó que esa cuestión estaba estrechamente relacionada con la cuestión de si se permitiría a los Estados demandados presentar reconvencciones ([A/CN.9/970](#), párr. 34)²⁶.

41. En ese contexto, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de formular disposiciones sobre las obligaciones de los inversionistas que sirvan de base a las reconvencciones de los Estados. Esas obligaciones podrían referirse, por ejemplo, a la protección de los derechos humanos y el medio ambiente, el cumplimiento de la legislación interna, las medidas contra la corrupción y la promoción del desarrollo sostenible²⁷. El Grupo de Trabajo tal vez desee seguir examinando posibles formas de imponer esas obligaciones en los tratados de inversión, así como en los contratos pertinentes o en las leyes nacionales que regulan la inversión extranjera.

42. No obstante, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar también la sugerencia de no abordar la cuestión dado que su labor debe centrarse en los aspectos procesales del sistema de SCIE y no en las disposiciones sustantivas de los tratados de inversión ([A/CN.9/930/Rev.1](#), párr. 20, [A/CN.9/930/Add.1/Rev.1](#), párr. 4, y [A/CN.9/970](#), párr. 27).

Admisibilidad de las reconvencciones

43. El Grupo de Trabajo tal vez desee seguir examinando la cuestión de la admisibilidad de las reconvencciones ante los tribunales del sistema de SCIE. Como ya se ha señalado, si bien las normas procesales contemplan la posibilidad de que los demandados presenten reconvencciones, a menudo se ha cuestionado si las reconvencciones entran dentro de la competencia del tribunal. Para resolver esta cuestión, se ha examinado en general el consentimiento del inversionista demandante y la conexión de la reconvencción con el objeto de la controversia.

44. En ese contexto, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de formular cláusulas que los Estados utilicen en su oferta de arbitraje en los tratados de inversión, que serían lo suficientemente amplias para abarcar cualquier reconvencción que los Estados pudieran plantear. Esas cláusulas podrían reducir, e incluso eliminar, la incertidumbre sobre el consentimiento de las partes, así como sobre cualquier requisito de conexión, ya sea de hecho o de derecho. Esa labor podría ir acompañada de la elaboración de criterios concretos que los tribunales aplicarían para determinar su competencia.

²⁶ El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si el marco para las reconvencciones de los Estados demandados podría ampliarse para permitir las demandas de terceros contra los inversionistas ([A/CN.9/970](#), párr. 34).

²⁷ Por ejemplo, arts. 9 a 12 del Texto Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de la India ([Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty](#)); art. 13 del Acuerdo de Inversión para el Área Común de Inversión del Mercado Común para África Oriental y Meridional ([Investment Agreement for the Common Market for Eastern and Southern Africa \(COMESA\) Common Investment Area](#)); y tercera parte del Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo ([Southern African Development Community \(SADC\) Model Bilateral Investment Treaty Template](#)).

Possible labor futura

45. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las diversas maneras de llevar a cabo las reformas para establecer un marco que permita a los Estados demandados presentar reconvencciones en el sistema de SCIE. Por ejemplo, se podrían incluir disposiciones sobre las obligaciones de los inversionistas en los tratados de inversión. Asimismo, se podrían incluir explícitamente disposiciones sobre la posibilidad de presentar reconvencciones, así como sobre la admisibilidad de esas reconvencciones, en los tratados de inversión, en los reglamentos de arbitraje o en un instrumento multilateral de reforma procesal. Además, se podría proporcionar orientación a los tribunales arbitrales sobre cómo abordar las reconvencciones de manera uniforme.
