



Asamblea General

Distr. general
5 de mayo de 2014
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

47º período de sesiones

Nueva York, 7 a 18 de julio de 2014

Labor prevista y posible labor futura – Segunda parte

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
IV. Asignación de recursos y establecimiento de prioridades (continuación del documento A/CN.9/807).....	57-72	2
B. Actividades de apoyo a la aprobación y el uso de textos de la CNUDMI ...	57-72	2
V. Conclusiones	73	5
Adición: Posible labor futura en relación con el arbitraje — Procedimientos paralelos		7



IV. Asignación de recursos y establecimiento de prioridades (continuación del documento A/CN.9/807)

B. Actividades de apoyo a la aprobación y el uso de textos de la CNUDMI

57. Los párrafos siguientes se referirán a la prestación de asistencia técnica, el fomento de la interpretación y aplicación uniformes de los textos de la CNUDMI, la coordinación y cooperación con otros organismos competentes para la promoción y la utilización de textos de la CNUDMI, y la promoción del estado de derecho en los planos nacional e internacional. Para mayor comodidad, se utilizará la expresión resumida “actividades de apoyo” para referirse conjuntamente a todas esas actividades. En el documento A/CN.9/752 se ofrece información más detallada de las actividades de apoyo pasadas y actuales (párrs. 41 a 51).

58. En el informe dirigido a la Comisión para el presente período de sesiones relativo a la cooperación y la asistencia técnicas (documento A/CN.9/818), se resumen los beneficios de la asistencia técnica, muchos de los cuales se obtienen en todas las actividades de apoyo. Como ha observado la Comisión, colaborar en actividades de apoyo es una parte fundamental del mandato que tiene la CNUDMI de armonizar el derecho mercantil internacional (véase, además, A/CN.9/752, párr. 3). En la introducción de ese informe se señala que la Comisión y la Asamblea General han reconocido y han hecho suyas las actividades de apoyo: la Asamblea General afirmó también que suponen una de las prioridades de la CNUDMI y alentó a adoptar medidas para facilitar esa labor (documento A/CN.9/818, párr. 1 y nota de pie de página 1). También se remite a la Comisión a los demás informes sobre las actividades de apoyo realizadas en el año anterior al presente período de sesiones de la Comisión que se enumeran en el párr. 7 del documento A/CN.9/807.

59. En el documento A/CN.9/752 también se advierte que casi todas esas actividades se realizan por conducto de la Secretaría (A/CN.9/752, párr. 57). Como convino anteriormente la Comisión. (A/CN.9/774, párrs. 39 a 42, A/68/17, párr. 307) y como se mencionó en varios lugares de los informes para el presente período de sesiones a que se hace referencia en el párrafo anterior, la demanda de esas actividades supera con creces los recursos de que dispone la Secretaría para atenderla.

60. De hecho, en su 45º período de sesiones, la Comisión observó que una de las consecuencias de que la CNUDMI se centrara principalmente en la preparación de textos legislativos era que la Secretaría carecía en general de personal y recursos para las actividades de apoyo, incluida la prestación de servicios para los textos existentes, y de conocimientos especializados para prestar servicios en relación con algunos textos de la CNUDMI (A/CN.9/752, párrs. 56 a 60, donde se cita también el documento A/66/17, párr. 257). Si la Comisión trata de aumentar la preparación de textos legislativos en general recurriendo más a métodos de trabajo oficiosos, se corre el riesgo de que los recursos disponibles para las actividades de apoyo se reduzcan aún más, y tal vez se agraven las consecuencias mencionadas.

61. Una solución para mitigar esos riesgos, que la Comisión tal vez desee adoptar, sería dejar pasar más tiempo entre la aprobación de un texto legislativo y el comienzo de la labor sobre el tema siguiente seleccionado para elaborar legislación,

algo que se suele hacer con rapidez y que también se señaló en el documento A/CN.9/752, párrafo 56. Asimismo, poniendo en práctica la sugerencia de que podría hacerse una pausa en la preparación de textos legislativos mediante métodos oficiales en algunas circunstancias (véase el párr. 39 del documento A/CN.9/807), la Comisión podría establecer una pausa entre la finalización de un texto y el comienzo de la labor encaminada a añadir un nuevo texto a la actividad legislativa de la CNUDMI. De ese modo, podría disponer de tiempo para centrarse en promover el texto recién finalizado y otras actividades de apoyo, como definir una estrategia para la promoción del texto y elaborar materiales de promoción (A/CN.9/752, párr. 62 c)). Esa pausa podría permitir también, como se indicó en los párrs. 40 a 45 del documento A/CN.9/807 citado más arriba, una rotación más frecuente de esferas temáticas y grupos de trabajo, lo que podría reportar los beneficios señalados anteriormente y permitiría a la CNUDMI lograr un equilibrio adecuado entre la elaboración de textos nuevos y la administración de los ya existentes (cuya necesidad se señaló en el documento A/CN.9/752, párr. 58).

62. No obstante, la Comisión tal vez considere que la Secretaría seguirá sin disponer de recursos suficientes para que las actividades de apoyo alcancen un nivel óptimo.

63. En el documento A/CN.9/752, al examinar este punto, se resaltan varias cuestiones que la Comisión tal vez desee analizar para emplear mejor los recursos existentes, entre ellas la necesidad de:

a) Idear modos más eficientes de prestar asistencia técnica, como utilizar más las videoconferencias, la capacitación en línea y otras tecnologías de las comunicaciones, e instrumentos alternativos para la promoción de los textos (como la publicación de guías de prácticas), a fin de reducir las necesidades de viajes y otros gastos conexos de la Secretaría;

b) Dar una función más activa a la Comisión y los Estados Miembros en la prestación de esa asistencia;

c) Realizar actividades de divulgación y una mejor comunicación sobre el mandato y la labor de la CNUDMI con los encargados de la adopción de decisiones sobre derecho mercantil en los planos nacional y regional, tal vez mediante la constitución dentro de la Comisión de un comité para las actividades de apoyo o la planificación estratégica; y

d) Un programa de asistencia técnica que refleje las diferentes necesidades de los distintos textos de la CNUDMI y como consecuencia, las estrategias diversas para promoverlos (A/CN.9/752, párrs. 59 a 62).

64. La Comisión también ha escuchado que si se estableciesen prioridades en las esferas temáticas (que se aplicasen también a las actividades de apoyo), la Secretaría podría tener más iniciativa para definir y configurar un programa de asistencia técnica y otras actividades de apoyo (A/CN.9/752, párrs. 56 a 58, en los que se cita el documento A/66/17, párr. 257).

65. Sin embargo, evidentemente resulta poco probable que la Secretaría disponga de recursos suficientes para ejecutar un programa como el señalado. La Comisión tal vez recuerde que la mayoría de las actividades de apoyo no se sufragan con cargo al presupuesto ordinario (A/CN.9/775, párr. 89). Reconociendo este hecho, en los documentos A/CN.9/752 (párrs. 59 a 62, por ejemplo) y A/CN.9/774

(párrs. 43 y 44, por ejemplo) se formularon algunas sugerencias sobre el modo de aumentar los recursos de que dispone la Secretaría, entre otros los siguientes:

- a) Establecer más alianzas estratégicas y actividades de cooperación con otros órganos competentes;
- b) Promover un mayor conocimiento de los textos de la CNUDMI en el sistema de las Naciones Unidas, entre los donantes bilaterales y multilaterales y entre los Estados, y alentar, a ellos y a las organizaciones no gubernamentales, a implicarse más en las actividades de apoyo; y
- c) Recurrir a los grupos de trabajo y a la Comisión para encontrar a los expertos adecuados y reservar tiempo en las sesiones de la CNUDMI para tratar sobre el apoyo de los Estados a la aplicación y el uso de los textos de la Comisión.

66. La Comisión tal vez considere que se necesitan además recursos adicionales, de fuentes externas. La Comisión ha recibido información sobre las contribuciones en especie y contribuciones al Fondo Fiduciario para Simposios de la CNUDMI y para conceder asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que son miembros de la Comisión disponibles actualmente, pero también que esos recursos adicionales no bastan para satisfacer las necesidades en cuestión (A/CN.9/775, párrs. 89 a 100). Además de solicitar contribuciones adicionales, la Comisión tal vez desee dar instrucciones a la Secretaría para que reserve tiempo y recursos para elaborar un programa de actividades de apoyo a mediano plazo y buscar recursos externos para financiarlo y le informe sobre los resultados de las medidas adoptadas a ese respecto en su período de sesiones siguiente.

67. En su 45° período de sesiones, celebrado en 2012, la Comisión tomó conocimiento de algunas propuestas preliminares que podrían definir el alcance de un programa de actividades de apoyo, de modo que implicase un enfoque integrado, desde la preparación para un texto legislativo hasta la asistencia técnica y el seguimiento de los textos aprobados (A/67/17, párr. 230).

68. Entre los elementos sugeridos en ese período de sesiones y otras actividades de apoyo, cabría señalar:

- a) Celebrar conferencias, cursos prácticos o seminarios y editar publicaciones para sensibilizar sobre los principales instrumentos legislativos, y promover su comprensión, así como elaborar directrices prácticas para los jueces;
- b) Asistir a cursos prácticos, conferencias y seminarios relacionados con los textos existentes de la CNUDMI;
- c) Estructurar el establecimiento de contactos mediante la creación de una lista virtual de participantes que permitiría a los expertos “reunirse” e intercambiar información y ayudaría a los Estados que precisaran asistencia a encontrar expertos sobre el terreno;
- d) Asociarse con otros organismos competentes, como los mencionados más arriba, a fin de alentarlos a incluir actividades de apoyo a los textos de la CNUDMI en sus propias actividades principales y resaltar la función que desempeñan esos textos para ayudar a los Estados a atraer inversiones extranjeras y comercio exterior (A/67/17, párr. 230); y

e) Que la Secretaría preste asesoramiento, asistencia y capacitación a una amplia gama de posibles usuarios de los textos de la CNUDMI.

69. Será evidente que los recursos necesarios para esas actividades irán más allá de recursos humanos adicionales, de modo que puedan financiar la elaboración de materiales de promoción y capacitación nuevos (incluida la mejora del sitio web de la CNUDMI como medio principal de difusión de información), la contratación de consultores expertos y los viajes destinados a actividades de apoyo.

70. Los organismos donantes necesitarán explicaciones sobre los resultados de las actividades de apoyo. A este respecto, la Comisión tal vez desee analizar si la aprobación de textos de la CNUDMI por sí sola sería un indicador demasiado limitado de que se han alcanzado resultados positivos y si se deberían idear modos de demostrar el uso de los textos de CNUDMI por parte de los organismos donantes y los Estados.

71. La Comisión tal vez desee también analizar si un programa de actividades de apoyo que contase con recursos suficientes podría garantizar asimismo que los métodos de trabajo oficiales funcionasen eficazmente, en particular por lo que respecta al mantenimiento de conocimientos especializados en las esferas temáticas por parte del personal de la Secretaría y los expertos y los adquiridos mediante la participación en grupos de trabajo. A ese respecto, un programa de actividades de apoyo también podría apuntalar los posibles beneficios de combinar métodos de trabajo oficiales y officiosos, sin poner en peligro el mantenimiento de los conocimientos especializados necesarios.

72. Una característica fundamental de un programa de actividades de apoyo de esa índole sería la asociación con otros organismos competentes, como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y los bancos de desarrollo multilaterales, a fin de determinar posibles temas futuros en los que se podrían realizar actividades conjuntas. La Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de dar instrucciones a la Secretaría, como parte de la elaboración de un programa de esa índole, para que se coordine con esos organismos a fin de determinar esos temas.

V. Conclusiones

73. Teniendo en cuenta todos estos elementos en conjunto, se invita a la Comisión a:

a) Decidir sobre las esferas temáticas y los posibles textos con respecto a los cuales habría que emprender la elaboración de legislación utilizando los métodos de trabajo oficiales en el intervalo hasta el período de sesiones siguiente de la Comisión, en 2015;

b) Con arreglo a ello, repartir las 12 semanas disponibles de tiempo de reuniones entre los grupos de trabajo, a reserva del tiempo de reuniones que se haya de consagrar a coloquios y de cualquier otra recomendación sobre el tiempo de reuniones disponible para las sesiones de la CNUDMI y de sus grupos de trabajo (hasta 16 semanas por año);

c) Decidir en qué medida se deben preparar textos legislativos recurriendo a métodos de trabajo oficiosos en esferas temáticas y para textos futuros en el intervalo hasta el período de sesiones siguiente de la Comisión, en 2015, si es que hay que preparar alguno;

d) Decidir si se debe asignar tiempo de reuniones a uno o más coloquios en ese intervalo;

e) Decidir sobre las esferas temáticas y los posibles textos con respecto a los cuales se prevé, con carácter provisional, emprender labores de elaboración de legislación en los 3 a 5 años siguientes a ese período de sesiones de la Comisión y dar una idea de cuántas labores se llevarán a cabo utilizando métodos oficiales y cuántas con métodos oficiosos;

f) Decidir si la Secretaría debería elaborar un programa de actividades de apoyo e informar a la Comisión sobre los progresos realizados en su 48° período de sesiones; y

g) Formular las recomendaciones que la Comisión estime oportunas a la Asamblea General u otros con respecto a los recursos (tiempo de reuniones, personal de Secretaría y otros recursos).

ADICIÓN

POSIBLE LABOR FUTURA EN RELACIÓN CON EL ARBITRAJE – PROCEDIMIENTOS PARALELOS

I. Introducción

1. En su 46º período de sesiones (Viena, 8 a 26 de julio de 2013), la Comisión estudió qué labor podía recomendarse en la esfera del arbitraje internacional¹. En ese contexto, se sugirió que la cuestión de los procedimientos paralelos era cada vez más importante, sobre todo en el ámbito de los arbitrajes en materia de inversiones, y que valdría la pena seguir examinándola. En particular, se dijo que solía suceder que se iniciara un arbitraje en relación con una determinada controversia y que, al mismo tiempo, partes relacionadas iniciaran procedimientos paralelos, para solicitar, total o parcialmente, la misma reparación. Se dijo, además, que tratar la cuestión de los procedimientos paralelos también se ajustaría a la intención de promover un enfoque del arbitraje armonizado y coherente. Algunas delegaciones observaron que, habida cuenta de la forma en que evolucionaba la cuestión de los procedimientos paralelos, por el momento la creación de un enfoque armonizado podría ser prematura². La Comisión fue informada de que el Instituto de Arbitraje Internacional (París), el Centro de Ginebra para la Solución de Controversias Internacionales y la Secretaría organizarían conjuntamente una conferencia sobre ese tema el 22 de noviembre de 2013 y que la Secretaría informaría a la Comisión sobre las cuestiones definidas en esa conferencia³.

2. El objetivo de la presente nota es hacer una breve introducción de las cuestiones prácticas, presentadas en la Conferencia mencionada más arriba⁴, que plantean los procedimientos paralelos en los arbitrajes en materia de inversiones y los posibles medios para limitar los casos de procedimientos paralelos. La nota no se ocupa de los procedimientos paralelos en los arbitrajes comerciales.

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/68/17)*, párrs. 129 a 133 y 311

² *Ibid.*, párr. 131.

³ A/CN.9/785, párr. 18.

⁴ La presente nota está basada en la documentación siguiente: *Concurrent Proceedings in Investment Disputes*, International Arbitration Institute Series núm. 9 (E. Gaillard y D. Reich, eds., 2014); “*Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How can multiple proceedings arising from the same or related situations be handled efficiently*”, Informe final del Coloquio de Ginebra celebrado el 22 de abril de 2006, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Laurence Boisson de Chazournes, Victor Bonnin, Makane Moïse Mbengue; “*Investment treaties as corporate law: Shareholder claims and issues of consistency. A preliminary framework for policy analysis*”, David Gaukrodger, OECD Working Papers on International Investment, núm. 2013/3, División de Inversiones de la OCDE; “*Admissibility: Shareholder claims*”, en *The International Law of Investment Claims*, Zackary Douglas; “*Parallel Proceedings in Investor-State Treaty Arbitration: Responses for Treaty-Drafters, Arbitrators and Parties*”, Robin F. Hansen, *The Modern Law Review*, vol. 73, núm. 4, julio de 2010; *Parallel Proceedings in International Arbitration*, Bernardo M. Cremades e Ignacio Madalena; “*The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Arbitration*”, Hanno Wehland, Oxford International Arbitration Series.

II. Cuestiones relacionadas con los procedimientos paralelos

A. Definición y tipos de procedimientos paralelos

3. Los procedimientos judiciales múltiples o paralelos derivados de una única inversión son percibidos como una cuestión cada vez más problemática en la esfera de las controversias entre inversionistas y Estados.

4. Sin embargo, cabe señalar que no existe en la práctica una definición universal de “procedimientos paralelos” y que, a los efectos de cualquier posible labor futura en relación con los problemas detectados a raíz de esos procedimientos, habría que acordar una definición de trabajo. En la presente nota, se entenderá por “procedimientos paralelos” las situaciones en las que se presenta más de una demanda contra un Estado en virtud de un tratado de inversión e intervienen en esas demandas partes que están sustancialmente relacionadas entre sí, con independencia de su ubicación, en relación con la misma medida o medidas adoptadas por ese mismo Estado, o una medida o medidas sustancialmente idénticas. Sin embargo, cabe destacar que existen fundamentos jurídicos diferentes para determinar si el hecho de que haya más de una demanda contra un Estado constituye una situación de “procedimientos paralelos”. En la presente nota no se pretende presentar un análisis exhaustivo a ese respecto.

5. La complejidad de las estructuras empresariales multinacionales, las estructuras de las propias inversiones y la naturaleza de las relaciones contractuales y las relaciones basadas en un tratado entre las partes hacen necesariamente que puedan surgir procedimientos paralelos de distintas maneras. Varias de ellas se indican más abajo (en los párrs. 7 a 13).

6. En particular, si bien las cuestiones suscitadas por el inicio de un procedimiento por inversionistas sustancialmente distintos (más que inversionistas relacionados) i) contra el mismo Estado, en relación con la misma medida del Estado y las mismas disposiciones aplicables de un tratado de inversión, o ii) en virtud de tratados de inversión diferentes, en relación con la misma medida del Estado, pueden ocasionar desventajas similares a las de los procedimientos paralelos en sentido más estricto (por ejemplo, una jurisprudencia contradictoria), esas categorías de procedimientos no se tratarán más en la presente nota.

Instrumentos diferentes: reclamaciones contractuales y reclamaciones sobre inversiones en virtud de tratados de inversión

7. Varias fuentes del derecho distintas pueden conferir derechos a los inversionistas e imponer obligaciones a los Estados. Las obligaciones contractuales y las dimanantes de tratados, por ejemplo, ofrecen fundamentos específicos para las demandas en cuanto al fondo (a menudo, con una ley sustantiva aplicable diferente), pero una única medida del Estado anfitrión puede dar lugar al mismo tiempo a una reclamación contractual y a una basada en un tratado.

8. El incumplimiento de un contrato entre un inversionista y un Estado también puede servir de indicación de que se ha violado el tratado y, en algunos casos, las cláusulas generales de los tratados de inversión pueden establecer el principio de que se infringe el tratado si se comete una infracción contractual. Sin embargo, esas dos infracciones no dependen necesariamente la una de la otra y una reclamación

contractual y una reclamación en virtud de un tratado que estén basadas en la misma medida se pueden presentar ante tribunales diferentes y con arreglo a leyes sustantivas diferentes, aunque las partes pueden ser sustancialmente las mismas y pretender sustancialmente la misma reparación.

Diferentes actores: inversionistas integrados por múltiples entidades con legitimación procesal

9. Con frecuencia las inversiones están estructuradas mediante varias personas jurídicas diferentes y más de una de ellas puede tener legitimación procesal para interponer una demanda contra el Estado anfitrión.

10. En los arbitrajes contemporáneos en materia de inversiones prácticamente siempre se establece el derecho a interponer una demanda cuando pueden resultar perjudicadas las acciones de la empresa local como consecuencia de una medida adoptada por el Estado. Los tratados suelen proteger a las propias acciones como “activos protegidos” y, por consiguiente, incluso los accionistas minoritarios de una empresa local se han considerado protegidos, en virtud del tratado de inversión, contra la pérdida del valor de sus acciones.

11. También se ha considerado que quedaba protegida en virtud de los tratados de inversión la propiedad indirecta de activos en el Estado anfitrión, al igual que los accionistas y los inversionistas indirectos que ocupan un lugar inferior en la estructura empresarial.

12. Otros tratados pueden ofrecer una definición amplia del “inversionista”, de modo que una sociedad constituida localmente pero que esté bajo control extranjero o una sociedad constituida en el extranjero pueden ser consideradas inversionistas, con lo que se amplía el número de entidades con legitimación procesal en virtud de un determinado tratado de inversión.

13. En consecuencia, varias entidades diferentes dentro de la misma estructura empresarial pueden tener derecho a entablar una demanda en relación con la misma inversión y contra la misma medida del Estado, siempre que tengan la condición de inversionistas en virtud del tratado aplicable.

B. Cuestiones que plantean los procedimientos paralelos

14. Por lo general, los procedimientos paralelos se suelen considerar perjudiciales en la práctica de los tratados de inversión y ello socava la confianza en el arbitraje en materia de tratados de inversión.

15. Muchas de las críticas que suscita la práctica de los procedimientos paralelos se refieren a la posible violación de los principios generales de buena fe y equidad procesal en la práctica del derecho internacional. A continuación se describen varias críticas concretas.

16. En primer lugar, cuando se entablan procedimientos paralelos, el Estado se debe defender contra varias reclamaciones relacionadas con la misma medida, con unos posibles perjuicios económicos similares en juego, lo que podría conducir a un despilfarro de recursos y a gastos innecesarios.

17. En segundo lugar, existe el riesgo de que se obtengan múltiples reparaciones cuando los demandantes, perteneciendo a la misma estructura empresarial pero con personalidades jurídicas independientes, interponen sus demandas en función de esas personalidades independientes en relación con el mismo daño o un daño que es sustancialmente el mismo.

18. En tercer lugar, al igual que en el caso de los arbitrajes comerciales, los procedimientos paralelos respecto de una misma medida del Estado pueden dar lugar a una jurisprudencia incoherente o contradictoria. Los procedimientos paralelos han sido criticados igualmente por las decisiones contradictorias acerca de los hechos.

19. Desde un punto de vista normativo, se puede considerar que la existencia de procedimientos paralelos, o incluso el riesgo de que se produzcan, podría generar una cierta insatisfacción entre los usuarios del arbitraje en materia de tratados de inversión y, de manera más general, socavar la previsibilidad.

C. Posible labor futura en la esfera de los procedimientos paralelos

20. Se podrían considerar varias opciones distintas para armonizar la concepción de las partes en una controversia, las partes en un tratado o los tribunales arbitrales en relación con los procedimientos paralelos y para limitar las consecuencias negativas que pueden generar esos procedimientos. La Comisión tal vez desee tener en cuenta que, para arrojar resultados eficientes, a la hora de concebir cualquier posible instrumento, algunas opciones de las que se indican a continuación exigirían una cooperación estrecha con las instituciones arbitrales que operan en la esfera del arbitraje en materia de inversiones.

Orientación para los tribunales arbitrales en relación con un principio de litispendencia o de cosa juzgada

21. Una cuestión que cabría analizar podría ser la elaboración de una norma u orientaciones en relación con la disponibilidad de los conceptos de cosa juzgada o litispendencia en la esfera de las controversias entre inversionistas y Estados.

22. A diferencia de lo que ocurre en los litigios conforme al derecho de tradición romanista o al *common law*, en el arbitraje internacional tradicionalmente no se ha aplicado el concepto de litispendencia; el segundo tribunal arbitral ante el que se plantea el litigio sobre la misma cuestión que se haya planteado anteriormente ante otro tribunal arbitral, tiene a pesar de ello competencia exclusiva en virtud del acuerdo de arbitraje que confiere esa competencia. No obstante, la litispendencia y la cosa juzgada son principios reconocidos en el derecho internacional público y, por lo tanto, pueden mencionarse como parte de la *lex causae* de una controversia sobre inversiones. En los casos *Lauder c. República Checa* y *CME Republic BV c. República Checa*, que se citan con frecuencia, el tribunal reconoció el posible problema de que hubiese laudos contradictorios y que en su decisión, el segundo tribunal judicial o tribunal de arbitraje podían tener en cuenta la primera decisión al calcular la indemnización definitiva.

23. Puede encontrarse una regla sobre litispendencia en el contexto de los litigios conforme al derecho de tradición romanista en el artículo 27 1) del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo de la Unión Europea (Reglamento de Bruselas), en el que se dispone lo siguiente: “Cuando se formularen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante tribunales de Estados miembros distintos, el tribunal ante el que se formulare la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el tribunal ante el que se interpuso la primera.”

24. En el contexto de los arbitrajes en materia de tratados de inversión, determinar quiénes constituyen “las mismas partes” a los efectos de una regla de esa índole podría suponer un problema. En el Reglamento de Bruselas (artículo 28) también se establece una regla discrecional para las “demandas conexas”: “1. Cuando demandas conexas estuvieren pendientes ante tribunales de Estados miembros diferentes, el tribunal ante el que se hubiere presentado la demanda posterior podrá suspender el procedimiento. 2. Cuando tales demandas conexas estuvieren pendientes en primera instancia, cualquier tribunal ante el que se hubiere presentado la demanda posterior podrá de igual modo inhibirse, a instancia de una de las partes, a condición de que el tribunal ante el que se hubiere presentado la primera demanda fuere competente para conocer de las demandas de que se trate y de que su ley permita su acumulación. 3. Se considerarán conexas, a los efectos del presente artículo, las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente.”

25. Entre las cuestiones que cabría analizar a este respecto están las siguientes: i) si formular orientaciones para una regla sobre litispendencia en el mismo procedimiento sobre inversiones o en procedimientos relacionados sería un medio para armonizar la práctica internacional y limitar los casos de procedimientos paralelos en los arbitrajes en materia de inversiones; ii) la forma que podrían adoptar esas orientaciones y, en particular, si sería necesario que figurase una norma en el tratado de inversión correspondiente; y iii) si es apropiada una norma de esa índole entre los procedimientos nacionales y los procedimientos de arbitraje en materia de inversiones. Dejar en suspenso el segundo procedimiento mientras siga pendiente un procedimiento conexo ante un tribunal distinto es también un medio posible de resolver las dificultades derivadas de los procedimientos paralelos, aunque tal vez sería mejor analizar esa posibilidad como una cuestión relacionada con la cortesía judicial, que se trata más abajo.

26. Podría analizarse si en cualquier caso sería útil, para establecer una norma armonizada en relación con los procedimientos paralelos, contar con una definición de “las mismas partes” o de “los procedimientos conexas” o con orientaciones al respecto.

Acumulación

27. Otra cuestión que merece un análisis más profundo, aunque con sus propias complejidades jurídicas y logísticas, y que podría servir para hacer menos frecuentes los procedimientos paralelos, es la introducción de disposiciones sobre acumulación en el texto del tratado o en el reglamento de arbitraje. Esas disposiciones servirían de fundamento jurídico para la acumulación.

28. A título de ejemplo cabe citar el Tratado Modelo Bilateral de Inversiones de los Estados Unidos de América (2004), en el que se prevén las solicitudes de acumulación cuando “dos o más demandas tienen en común una cuestión de hecho o de derecho y traen causa de los mismos hechos o circunstancias”, y otras soluciones, como la contemplada por el Grupo de Negociación de la OCDE sobre el Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (negociado de 1995 a 1998 y abandonado después), en cuyo texto se preveía la acumulación de múltiples procedimientos (artículo 9). En el Acuerdo Multilateral sobre Inversiones se aconsejaba que se confiriese competencia a un tribunal arbitral constituido independientemente para determinar si se acumulaban todas o algunas de las múltiples demandas.

29. Entre las cuestiones que habría que examinar en relación con el diseño de un régimen de acumulación cabe citar las siguientes: el consentimiento de las partes para la acumulación, la naturaleza de la decisión de acumular las demandas si la adopta el tribunal arbitral, las garantías procesales, la acumulación de las demandas en el caso de arbitrajes paralelos entablados en virtud de tratados distintos.

Coordinación e intercambio de información entre tribunales arbitrales

30. La cortesía judicial internacional es otra esfera que podría ofrecer un mecanismo para coordinar múltiples procedimientos. Una cuestión que cabría analizar podría ser si los textos ya existentes de la CNUDMI, por ejemplo la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza (Nueva York, 1999) (la “Ley Modelo sobre la Insolvencia”), que prevé la cooperación en relación con litigios paralelos en materia de insolvencia, podría servir de modelo para un texto legislativo en la esfera del arbitraje en materia de inversiones.

31. La Ley Modelo sobre la Insolvencia prevé la cooperación y la comunicación directa entre tribunales de distintos países, o entre los tribunales y las instituciones encargadas de la administración en distintos países, en relación con los procedimientos que se estén siguiendo simultáneamente respecto de un mismo deudor (artículos 25 y 26); reglas relativas a la apertura de un procedimiento nacional respecto del mismo deudor tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero (artículo 28); reglas relativas a la coordinación de procedimientos paralelos, especialmente con respecto a la concesión de medidas (artículos 29 y 30); reglas para tratar de evitar el doble pago cuando tienen lugar en diferentes jurisdicciones procedimientos paralelos respecto de un mismo deudor (artículo 32); y una presunción fáctica básica de que, salvo prueba en contrario, el reconocimiento de un procedimiento extranjero en relación con el deudor constituirá prueba válida de que el deudor es insolvente (artículo 31). La Ley Modelo sobre la Insolvencia está fundada en la idea de que hay procedimientos de insolvencia en múltiples jurisdicciones contra el mismo deudor. También cabe destacar la Guía de Prácticas sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza, que suministra información a los profesionales de la insolvencia y a los jueces sobre los aspectos prácticos de la cooperación y la comunicación en casos de insolvencia transfronteriza. En ella se explica el modo en que se podría facilitar la resolución de los problemas y conflictos que pueden surgir en esos casos mediante una cooperación transfronteriza, en particular recurriendo a acuerdos en materia de insolvencia transfronteriza, diseñados a medida para satisfacer las necesidades específicas de cada caso y los requisitos de la legislación aplicable.

Definición de inversionista; limitación de las partes con legitimación procesal

32. Los comentaristas han sugerido que los tratados de inversión establezcan claramente el grado de titularidad indirecta que se exige para que un accionista tenga derecho a interponer una demanda en virtud de un tratado de inversión y que esa claridad podría ayudar a reducir los procedimientos paralelos cuando las mismas partes (relacionadas entre sí por el control) entablen un procedimiento en virtud de tratados distintos pero en relación con la misma medida del Estado.

33. Una cuestión que cabría analizar es si podrían elaborarse orientaciones en relación con la armonización de una norma sobre la nacionalidad de la sociedad o con la creación de cláusulas modelo para los tratados de inversión a fin de aclarar la legitimación procesal de los inversionistas en virtud del tratado.

34. La Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (la “Guía sobre la Insolvencia”) señala que los regímenes de distintas jurisdicciones varían en cuanto a la medida en que permiten que se levante el “velo” de la responsabilidad limitada (veil of incorporation), pero que en los regímenes de la insolvencia el modo en que se regulan las cuestiones de responsabilidad dentro del grupo de sociedades suele fundarse en la relación que existe entre la empresa insolvente y las demás empresas pertenecientes al grupo, en función de quién controle el capital y la gestión de aquella (véase la tercera parte, capítulo I, párrs. 26 a 30). En la Guía sobre la Insolvencia se cita como una alternativa a la regulación directa de los grupos de sociedades la necesidad de incluir una definición suficiente en la ley en la materia que permita aplicar las disposiciones pertinentes a los grupos de sociedades, por ejemplo demostrando la subordinación de las “partes relacionadas”.

III. Observaciones finales

35. La Comisión tal vez desee analizar si la CNUDMI debería celebrar un coloquio para examinar más a fondo las cuestiones resaltadas en la presente nota, entre otras las siguientes:

- La definición de las diversas cuestiones que se plantean y si esas cuestiones pueden resolverse a nivel multilateral;
- Las cuestiones que habría de abarcar cualquier instrumento que tratase de los procedimientos paralelos;
- La forma o formas que podrían adoptar ese instrumento o instrumentos;
- Quiénes deberían participar en la formulación de cualquier posible solución a ese problema.