



Asamblea General

Distr. general
8 de abril de 2016
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

49º período de sesiones

Nueva York, 27 de junio a 15 de julio de 2016

Procesos paralelos en los arbitrajes internacionales

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-3	2
II. Causas y efectos de los procesos paralelos	4-22	3
A. Circunstancias que dan lugar a la celebración de procesos paralelos	4-17	3
B. Ejemplos y consideraciones de políticas	18-22	7
III. Principios y mecanismos existentes	23-40	8
A. Litispendencia y cosa juzgada	24-28	8
B. Acumulación de procesos	29-34	9
C. Mecanismos de coordinación en los tratados de inversión	35-36	11
D. Otros mecanismos	37-39	12
E. Conclusión	40	12
IV. Posible labor futura	41-53	12
A. Orientaciones para los tribunales arbitrales	43-48	13
B. Alentar a los Estados a adoptar mecanismos específicos en sus tratados de inversión	49-50	14
C. Coordinación entre instituciones arbitrales	51	15
D. Creación de un marco internacional	52-53	15



I. Introducción

1. En su 46º período de sesiones, celebrado en 2013, la Comisión determinó 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 examinándola¹. En su 47º período de sesiones, celebrado en 2014, la Comisión examinó la posibilidad de dar a su Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) el mandato de realizar labores en la esfera de los procedimientos paralelos en los arbitrajes en materia de inversiones, sobre la base de una nota preparada por la Secretaría, en la que se exponían brevemente las cuestiones de interés al respecto (A/CN.9/816, adición). La Comisión acordó que la Secretaría examinara la cuestión más a fondo, en estrecha cooperación con los expertos de otras organizaciones que trabajaban activamente en ese ámbito y que esa labor se centraría en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado, sin desatender el contexto del arbitraje comercial internacional². La Comisión solicitó a la Secretaría que la informara en un período de sesiones futuro, señalando las cuestiones de interés e indicando la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) que podría resultar útil a ese respecto³.

2. En su 48º período de sesiones, celebrado en 2015, la Comisión examinó una nota de la Secretaría sobre los procedimientos paralelos en los arbitrajes en materia de inversiones (A/CN.9/848). Tras debatir la cuestión, la Comisión solicitó a la Secretaría que la examinara más a fondo, y que le presentara en un futuro período de sesiones un análisis detallado del tema en que se indicara, entre otras cosas, la labor que podría llevarse a cabo al respecto⁴.

3. Por lo tanto, la finalidad de la presente nota es señalar y analizar las cuestiones que convendría examinar, los criterios que se utilizan en la actualidad para gestionar adecuadamente los procesos paralelos y evitar que ocurran, y sugerir posibles cuestiones que podrían examinarse en el futuro en esta esfera. La nota se refiere a los procesos paralelos en materia de arbitraje internacional en general, aunque destaca aspectos específicos relacionados con el arbitraje comercial y el arbitraje de inversiones⁵.

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.*, sexagésimo noveno período de sesiones, *Suplemento núm. 17 (A/69/17)*, párrs. 126 y 127 y 130.

³ *Ibid.*, párr. 130.

⁴ *Ibid.*, septuagésimo período de sesiones, *Suplemento núm. 17 (A/70/17)*, párr. 147.

⁵ La presente nota se basa principalmente en los siguientes documentos: “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 y Makane Moïse Mbengue; “Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements”, Pierre Mayer, conferencia de Lalive, 22 de mayo de 2008; “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; “Multiple Proceedings, New Challenges for the Settlement of Investment Disputes”, Gabrielle Kaufmann-Kohler, en *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, The Fordham Papers 2013; “Investment treaties as corporate law: Shareholder claims and issues of consistency. A preliminary framework for policy analysis”,

II. Causas y efectos de los procesos paralelos

A. Circunstancias que dan lugar a la celebración de procesos paralelos

4. La celebración de procesos paralelos en materia de arbitraje internacional puede ser consecuencia de distintos factores, a saber: i) la participación de múltiples partes que se encuentran en distintas jurisdicciones en un acuerdo de inversión o contrato; ii) la existencia de múltiples fuentes o fundamentos jurídicos que den lugar a demandas; y iii) la existencia de múltiples foros y la falta de coordinación entre estos.

1. Multiplicidad de partes

5. En un mundo económico cada vez más globalizado, los inversionistas están desarrollando estructuras más complejas para realizar sus inversiones transfronterizas y es posible que procuren maximizar su protección. No es raro que una inversión se realice a través de una cadena de entidades.

6. En el arbitraje comercial, en que ninguna de las partes es un Estado ni una entidad propiedad de un Estado, ciertas circunstancias podrían llevar a la realización de procesos paralelos – por ejemplo, el hecho de que en un mismo contrato haya múltiples partes que adopten distintos criterios al elegir el mecanismo de solución de controversias; que las mismas partes celebren múltiples contratos; y que múltiples partes participen en múltiples contratos (por ejemplo, en un proyecto de construcción, o en otras operaciones en que distintos aspectos de un proyecto son objeto de subcontratación durante las distintas fases).

7. En el arbitraje de inversiones, los procesos paralelos pueden originarse en dos situaciones. La primera 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 sustancialmente los mismos intereses, siempre y cuando todas las entidades puedan considerarse inversionistas con arreglo a un tratado de inversión aplicable, o estén legitimadas para actuar en virtud de un contrato o del derecho interno aplicable en materia de inversiones. Es posible que cada una de las entidades pueda iniciar un

David Gaukrodger, OECD Working Papers on International Investment, núm. 2013/3, División de Inversiones de la OECD; “Admissibility: Shareholder claims”, Zachary Douglas, en *The International Law of Investment Claims; Parallel Proceedings in International Arbitration*, Bernardo M. Cremades e Ignacio Madalena; *The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Arbitration*, por Hanno Wehland, Oxford International Arbitration Series; *Concurrent Proceedings in Investment Disputes*, IAI Series núm. 9 (E. Gaillard y D. Reich, eds., 2014); “Multiple Proceedings in International Arbitration: Blessing or Plague?”, Gabrielle Kaufmann-Kohler, conferencia Asian Arbitration, 24 de noviembre de 2015, que puede consultarse en Internet en <http://bit.ly/Kaufmann-Kohler-Multiple>; “Le concours de procédures arbitrales dans le droit des investissements”, Emmanuel Gaillard, en *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*; “Recent Developments on the Doctrine of *Res Judicata* in International Arbitration from a Swiss Perspective: A Call for a Harmonized Solution”, Nathalie Voser y Julie Raneda, Boletín de ASA, vol. 33, núm. 4, 2015. Además, la Secretaría organizó en enero de 2016 una reunión de un grupo de expertos que fue acogida por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Desarrollo Internacional de Francia.

proceso arbitral en virtud de un tratado distinto, además de interponer demandas utilizando el mecanismo de solución de controversias establecido en el contrato de inversión (véanse los párrs. 14 y 15). En síntesis, podría darse que varias partes interpusieran demandas en distintos foros basándose en distintas fuentes del derecho, pero procurando, no obstante, lograr en lo sustancial el dictado de las mismas medidas.

8. La segunda situación se da cuando la medida que ha adoptado el Estado tiene consecuencias respecto de varios inversionistas que no se encuentran relacionados entre sí. Los Estados han elaborado políticas que favorecen las inversiones extranjeras, y en consecuencia ha aumentado el número de operaciones en que interviene una gran variedad de inversionistas. Cuando un Estado adopta una medida que puede afectar a varios inversionistas, es posible que tenga que afrontar múltiples demandas en relación con esa medida por parte de inversionistas que no tienen relación entre sí, además de demandas de accionistas mayoritarios y minoritarios con nacionalidades distintas a las de esos inversionistas, que están legitimados para accionar con arreglo a distintos tratados de inversión. Además, los Estados o las entidades que son propiedad del Estado, cuando celebran acuerdos con inversionistas, a veces utilizan contratos estándar que contienen disposiciones similares. La modificación de las políticas del Estado respecto de esas disposiciones puede afectar a una gran variedad de contratos concertados con distintos inversionistas. Si bien algunas de las cuestiones que se planteen en los procesos que se inicien serán idénticas, las decisiones que adopten los distintos tribunales arbitrales conducirán previsiblemente a la obtención de resultados dispares.

2. Multiplicidad de fuentes jurídicas como fundamento de las demandas

9. Las demandas que se interpongan pueden basarse en distintas fuentes jurídicas. En el arbitraje comercial, una parte puede entablar una demanda ante los órganos jurisdiccionales de un Estado e iniciar un proceso arbitral amparándose en un acuerdo de arbitraje. El artículo II, párrafo 3, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) y el artículo 8, párrafo 1, de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional tienen por finalidad evitar esas situaciones, al establecer la obligación de que las partes se sometan a arbitraje cuando hayan concluido un acuerdo de arbitraje válido.

10. En el caso del arbitraje de inversiones, la situación puede volverse más compleja, como se explica en los párrafos siguientes.

a) Demandas fundadas en tratados

11. Los Estados celebran un número cada vez mayor de tratados de inversión bilaterales y multilaterales con el fin de promover actividades económicas y proteger las inversiones y a los inversionistas, y la mayoría de ellos, aunque no todos, contienen disposiciones sobre la forma en que han de resolverse las controversias que se presenten. Sin embargo, la gran mayoría de esos tratados de inversión no tiene en cuenta la posibilidad de que se interpongan múltiples demandas, como consecuencia de haberse adoptado una definición amplia de los inversionistas y las inversiones que se procura proteger. Al celebrar esos tratados de inversión, quienes los negociaron no contemplaron la posibilidad de que los inversionistas, estuvieran o no relacionados entre sí, interpusieran múltiples

demandas, y por lo tanto, los tratados carecen de mecanismos apropiados para resolverlas adecuadamente.

12. Además, la jurisprudencia de los tribunales arbitrales ha reconocido sistemáticamente el derecho de los accionistas directos e indirectos de una sociedad comercial local de iniciar un arbitraje en virtud de un tratado de inversión y procurar obtener una indemnización por los perjuicios sufridos por la sociedad local. En cambio, la legislación y la jurisprudencia de los países en general no reconocen que los accionistas tengan derecho a interponer demandas por los perjuicios sufridos por la sociedad basándose exclusivamente en su condición de accionistas⁶.

b) Demandas fundadas en contratos

13. No es raro que para ciertos tipos de inversión sea necesario concertar otros contratos relacionados con el contrato de inversión original (por ejemplo, un contrato de concesión), que se suscribe entre el inversionista o una filial del inversionista y un Estado o entidad propiedad del Estado; esos contratos constituyen fuentes de demandas e incluyen una cláusula independiente para resolver las controversias que surjan de ellos.

c) Combinación de demandas fundadas en tratados y contratos

14. Es posible que un inversionista desee interponer una demanda fundándose tanto en el tratado de inversión como en un contrato. Algunas cláusulas sobre solución de controversias que figuran en los tratados de inversión limitan las posibilidades de que se recurra al arbitraje en relación con el incumplimiento de cláusulas sustantivas del tratado, y excluyen así la posibilidad de que se interpongan demandas fundadas en el incumplimiento del contrato de inversión (que por consiguiente deben interponerse en algún proceso arbitral distinto o ante los órganos jurisdiccionales del Estado). Por lo tanto, es posible que las demandas del

⁶ Las pérdidas reflejas de los accionistas se producen como consecuencia del perjuicio sufrido por “su” sociedad, normalmente una pérdida de valor de las acciones; en general se diferencian de los perjuicios que afectan directamente a los derechos de los accionistas, como la obstaculización de su derecho de voto; “Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency”, OECD Working Papers on International Investment, 2013/03, Gaukrodger, D. (2013); “Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2014/02, Gaukrodger, D. (2014); “Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice”, OECD Working Papers on International Investment, 2014/03, Gaukrodger, D. (2014); véase también, “Reflective Loss” (presentación en la Mesa Redonda sobre la Libertad de Inversión, 16 de octubre 2013), Elías Ferran, que puede consultarse en Internet en www.slideshare.net/OECD-DAF/ferran-oecdfoipresentation; resumen de las discusiones de la 18ª Mesa Redonda sobre la Libertad de Inversión (marzo de 2013), págs. 4 a 9, que puede consultarse en Internet en www.oecd.org/daf/inv/investmentpolicy/18thFOIRoundtableSummary.pdf; Resumen de las discusiones de la 19ª Mesa Redonda sobre la Libertad de Inversión (octubre de 2013), págs. 12 a 19, que puede consultarse en Internet en www.oecd.org/daf/inv/investmentpolicy/19thFOIRoundtableSummary.pdf. En trabajos anteriores para el Comité de Inversiones de la OCDE también se han examinado los procesos múltiples y paralelos y la acumulación de demandas. Véase “Improving the System of Investor-State Dispute Settlement”, OECD Working Papers on International Investment, 2006/01, Yannaca-Small, K.; OCDE, *International Investment Perspectives* (2006) (capítulo titulado “Consolidation of claims: A promising avenue for investment arbitration”).

inversionista, que se fundan en los mismos hechos y se refieren al mismo perjuicio causado por una medida adoptada por el Estado anfitrión, deban ser presentadas ante distintos tribunales arbitrales, lo que puede tener como consecuencia que se llegue a resultados contradictorios y se pague un resarcimiento dos veces.

15. Puede darse el caso, por ejemplo, de que un inversionista extranjero constituya una sociedad comercial local en el Estado anfitrión y que esa sociedad celebre un contrato con el Estado. En caso de que este termine el contrato, la sociedad comercial local puede demandarlo fundándose en el contrato, en razón de la cláusula sobre solución de controversias que figure en él, pero también puede demandar al Estado el accionista extranjero de la sociedad comercial local que alegue que se han infringido ciertas disposiciones del tratado de inversión celebrado entre el Estado anfitrión y el Estado del accionista extranjero, lo que daría lugar a la celebración de procesos paralelos, a saber: i) un proceso arbitral o un proceso ante un órgano jurisdiccional de ese Estado, fundado en el contrato celebrado entre la sociedad local y el Estado anfitrión, y ii) un proceso arbitral entre el accionista extranjero y el Estado anfitrión, fundado en el tratado de inversión, en relación con la misma medida adoptada por el Estado (la terminación del contrato). Además, los accionistas minoritarios de la sociedad local pueden entablar sus propias demandas fundadas en el tratado, por ejemplo, si no tienen la misma nacionalidad que el accionista mayoritario, y pueden ampararse en la protección que les otorga algún otro tratado de inversión. También sería posible que los accionistas de los accionistas que tienen intereses en alguna otra parte de la cadena societaria entablen una o más demandas amparándose en un tratado⁷.

16. En cuanto a la cronología de las decisiones que se adoptan cuando se celebran múltiples procesos, si la demanda de la sociedad local se resuelve primero y se ordena el pago de una indemnización, se restituye el valor de la sociedad demandante por lo que toda otra demanda de los accionistas por pérdidas reflejas (pérdida del valor de sus acciones como consecuencia del perjuicio sufrido por la sociedad) deja de tener importancia. En el caso opuesto, cuando las demandas de los accionistas se resuelven y las indemnizaciones correspondientes se pagan primero, las consecuencias para la sociedad y sus acreedores no es tan clara.

3. Multiplicidad de foros y ausencia de un mecanismo de coordinación

17. Existen varios foros para resolver las controversias que surgen de una relación comercial o de inversión. Los foros ante los cuales los inversionistas pueden presentar reclamaciones contra un Estado o entidad propiedad de un Estado son los siguientes: i) foros para la solución de controversias que surgen de un contrato, es decir, órganos jurisdiccionales del Estado, tribunales arbitrales nacionales o internacionales; y ii) foros acordados en tratados de inversión, generalmente procesos arbitrales, que se llevan a cabo bajo los auspicios de distintas instituciones arbitrales o especiales. Las partes que participan en operaciones comerciales en que no participan Estados ni entidades que sean propiedad de un Estado podrían entablar una demanda ante los foros a los que se refiere el apartado i). En la actualidad no

⁷ Véase “Multiple Proceedings in International Arbitration: Blessing or Plague?”, Gabrielle Kaufmann-Kohler, conferencia Asian Arbitration, 24 de noviembre de 2015, que puede consultarse en Internet en <http://bit.ly/Kaufmann-Kohler-Multiple>.

hay un modelo común para coordinar los distintos procesos que podrían celebrarse ante los distintos foros.

B. Ejemplos y consideraciones de políticas

18. En general, puede haber muchas razones por las que se celebren múltiples procesos.

19. Quizás los ejemplos más emblemáticos de arbitraje en materia de inversiones sean las siguientes causas, que se citan con frecuencia: *Lauder c. República Checa*, que se funda en el tratado bilateral de inversión celebrado entre los Estados Unidos y la República Checa, y *CME Republic BV c. República Checa*, que se funda en el tratado bilateral de inversión celebrado entre los Países Bajos y la República Checa. En esos dos procesos arbitrales se discutía la misma medida y el mismo perjuicio (el perjuicio causado por la revocación de un licencia). Desde el punto de vista económico, se trataba en parte del mismo demandante (el Sr. Lauder, quien interpuso la demanda en su propio nombre en un proceso y en su calidad de accionista de CME en el otro); sin embargo, desde el punto de vista jurídico, se trataba de personas distintas (CME y el Sr. Lauder), que tenían distinta nacionalidad (neerlandesa y estadounidense, respectivamente), y de dos tratados de inversión distintos. Al final, los dos arbitrajes culminaron en resultados opuestos (la denegación de prácticamente todas las pretensiones en un caso y el otorgamiento de una indemnización en el otro).

20. A efectos expositivos, se podría decir que los procesos múltiples en los arbitrajes en materia de inversiones pueden clasificarse en tres categorías:

i) los casos en que los demandantes, que en lo sustancial se encuentran vinculados entre sí, interponen la misma demanda contra el mismo demandado (el Estado anfitrión o una entidad propiedad del Estado), ante distintos foros, con respecto a la misma medida adoptada por el Estado anfitrión;

ii) los casos en que los demandantes, que no se encuentran vinculados entre sí, inician procesos separados contra el mismo demandado respecto de la misma medida (en virtud de un tratado de inversión y/o un contrato); y

iii) los casos en que el demandado entabla un proceso separado contra el demandante en un foro diferente.

21. Como se señala en el documento A/CN.9/848, párrafo 13, la multiplicidad de procesos puede tener como consecuencia que un Estado tenga que defenderse contra varias demandas relacionadas con la misma medida, en que posiblemente los perjuicios económicos en juego sean similares, lo que podría conducir a una duplicación de esfuerzos, gastos adicionales, falta de equidad procesal y resultados potencialmente contradictorios (por ejemplo, en las situaciones a que se hizo referencia anteriormente en los apartados i) y ii) del párrafo 20). Asimismo, es posible que los inversionistas tengan que afrontar a su vez múltiples contrademandas por parte de los Estados. En relación con la situación descrita en el párrafo 20, apartado iii), el principal problema – además de los gastos y de que los resultados pueden ser contradictorios – es la incertidumbre respecto de qué foro tendrá la última palabra en caso de que no haya coordinación entre ellos. La interposición de demandas paralelas da lugar al riesgo de que se cobre varias

veces una indemnización por el mismo perjuicio y puede generar malestar entre quienes recurren a un arbitraje en virtud de tratados de inversión, lo que, en un sentido más general, socavaría la predictibilidad.

22. Asimismo, en el arbitraje comercial, la adopción de un marco para limitar la posibilidad de que se celebren múltiples procesos podría conducir al logro de resultados más rápidos y eficientes en función del costo, y a evitar que se adopten decisiones contradictorias sobre las mismas cuestiones de hecho y derecho.

III. Principios y mecanismos existentes

23. Existen varios principios y mecanismos para hacer frente a las situaciones que se generan cuando se celebran los procesos paralelos que se describen en la sección II, que hasta cierto punto, resultan útiles. Sin embargo, no existen las disposiciones ni los marcos necesarios para coordinar su aplicación en las circunstancias adecuadas.

A. Litispendencia y cosa juzgada

24. Como se señala en el documento A/CN.9/848, párrafo 23, la litispendencia y la cosa juzgada son principios que pueden mencionarse como parte de la *lex causae* de una controversia.

25. La doctrina de la litispendencia, consagrada en muchos ordenamientos jurídicos, permite que una parte solicite a un órgano jurisdiccional que suspenda o desestime una acción en razón de que la misma acción ha dado lugar a un proceso que se encuentra en trámite ante otro foro. Para que pueda oponerse esa defensa, es necesario que coincidan tres elementos en esas acciones: las partes, el objeto de la pretensión, y la misma causa. Ese requisito de la triple identidad quizás dificulte la aplicación de la doctrina a los procesos paralelos que se describen en la sección II. Por ejemplo, en el contexto del arbitraje que se celebra en el marco de tratados de inversión, determinar quiénes son “las mismas partes” a los fines de aplicar ese principio podría presentar inconvenientes si distintos accionistas interpusieran demandas por el mismo perjuicio causado a la sociedad comercial como consecuencia de una misma medida adoptada por el Estado anfitrión.

26. El Reglamento (UE) núm. 1215/2012 (“el Reglamento de Bruselas”) quizás pueda arrojar cierta luz sobre la aplicación de la litispendencia a procesos paralelos dado que establece condiciones menos estrictas. El artículo 29, párrafo 1, del Reglamento de Bruselas se refiere al mecanismo de litispendencia en el contexto de un proceso civil (como se menciona en el documento A/CN.9/816, adición, párrs. 23 y 24)⁸. El artículo 30 del Reglamento de Bruselas también establece una disposición discrecional para “demandas conexas”, que permite la concentración de

⁸ El artículo 29, párrafo 1, establece lo siguiente: “cuando se formulen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos, el órgano jurisdiccional ante el que se formule la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera.”

demandas vinculadas o relacionadas en un mismo foro⁹. En el párrafo 3 del artículo 30, se establece que “[s]e considerarán conexas las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno transmitir las y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si los asuntos fueran juzgados separadamente”.

27. Con arreglo a la doctrina de cosa juzgada, una controversia no puede dirimirse dos veces (una parte no puede entablar la misma demanda dos veces) y por lo tanto, la doctrina se aplica cuando se celebran procesos sucesivos. Al respecto, la Comisión podría considerar que se ampliara el tema de los procesos paralelos para que incluyera también a los procesos sucesivos (véase el párr. 42). El efecto de cosa juzgada en el arbitraje internacional genera cuestiones complejas, en particular dado que en su aplicación entran en juego distintos ordenamientos jurídicos (el derecho del lugar del primer arbitraje, el derecho del lugar del segundo arbitraje, el derecho que rige el fondo de la controversia), y que la cosa juzgada tiene alcances distintos en los ordenamientos jurídicos de los distintos países.

28. Cabe señalar que en los informes finales de 2006 de la Asociación de Derecho Internacional sobre litispendencia y cosa juzgada en el arbitraje comercial internacional se establece que los laudos arbitrales deben ser concluyentes o impedir que se entablen otros procesos arbitrales con objeto de promover la eficiencia y el carácter definitivo de los arbitrajes comerciales internacionales y que estos efectos no se rigen necesariamente por el derecho de los distintos Estados sino por normas internacionales que deberán elaborarse (recomendaciones 1 y 2).

B. Acumulación de procesos

29. La acumulación de procesos implica la consolidación de dos o más demandas o procesos arbitrales que no han concluido en un único proceso. Siempre que se haga antes una evaluación razonable de su justicia y eficiencia, la acumulación de procesos puede constituir un instrumento eficaz para evitar que se celebren procesos paralelos o reducir su número. El respeto de las garantías procesales constituye un aspecto importante del marco de la acumulación de procesos, que debe estar fundada en la ley o en un contrato (incluidos los reglamentos institucionales) y en general basada en el consentimiento de las partes. Es necesario trazar una distinción entre los arbitrajes que tienen lugar entre inversionistas y Estados que son de índole comercial, y los que se inician en virtud de un tratado, dado que los fundamentos en que se basa la acumulación de procesos pueden ser distintos.

⁹ Los párrafos 1) y 2) del artículo 30 establecen lo siguiente: “1. Cuando demandas conexas estén pendientes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos, el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda posterior podrá suspender el procedimiento; 2. Cuando la demanda presentada en primer lugar esté pendiente en primera instancia, cualquier otro órgano jurisdiccional podrá de igual modo declinar su competencia a instancia de una de las partes, a condición de que el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la primera demanda sea competente para conocer de las demandas de que se trate y de que su ley permita su acumulación.”

1. Arbitraje comercial

30. Algunas jurisdicciones han aprobado legislación que permite a los órganos judiciales del Estado consolidar distintos procesos arbitrales, cuando haya cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes a ellos. La acumulación de procesos impuesta por los órganos judiciales del Estado puede presentar problemas para el arbitraje, algunos de los cuales tienen que ver con cuestiones relacionadas con el consentimiento, el nombramiento de los árbitros, el procedimiento, y la ejecución de laudos arbitrales.

31. Por otra parte, los reglamentos de instituciones arbitrales incluyen cada vez con más frecuencia disposiciones sobre acumulación de procesos, que permiten la acumulación en una etapa temprana del proceso arbitral, si este se ha iniciado con arreglo al mismo conjunto de disposiciones. La acumulación de procesos en general requiere el consentimiento de las partes, sea por adelantado, mediante la conclusión de un acuerdo de arbitraje general, o después de comenzada la controversia. En general también es posible consolidar procesos en los casos en que en todos los contratos figuran acuerdos de arbitraje que harían que la controversia estuviera sujeta al mismo conjunto de disposiciones arbitrales, administradas por la misma institución arbitral. Un problema importante en un contexto multipartidario es el principio de que cada parte en el proceso arbitral debe tener la misma oportunidad de ser oída y participar en la constitución del tribunal arbitral.

2. Arbitraje entre inversionistas y Estados fundado en un tratado

32. Los tratados de inversión también contienen, cada vez con más frecuencia, disposiciones sobre la acumulación de procesos. En una reseña de tratados de inversión concertados entre octubre de 2014 y septiembre de 2015 se señalaron 21 tratados nuevos, y de esos tratados, en 18 podía consultarse el texto completo. De los 18 tratados cuyo texto completo podía consultarse, 14 contenían disposiciones sobre el arreglo de controversias entre inversionistas y el Estado; de esos 14, en 5 figuraban disposiciones sobre la acumulación de procesos.

33. La acumulación de procesos puede concretarse respecto de los tratados de inversión, entre otras cosas, cuando se trata de “cuestiones en común de hecho o de derecho” (véase, por ejemplo, el artículo 1126.2 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN))¹⁰, o cuando las cuestiones comunes “surjan de los mismos hechos o circunstancias” (por ejemplo, el artículo 10.25 de CAFTA-DR). El artículo 1117 del TLCAN dispone especialmente que deberán acumularse las reclamaciones que interpongan distintos accionistas en nombre de una entidad constituida en el país¹¹. La orientación proporcionada a los tribunales arbitrales en

¹⁰ El párrafo 2 dispone lo siguiente: “Cuando un tribunal establecido conforme a este artículo determine que las reclamaciones sometidas a arbitraje de acuerdo con el Artículo 1120 plantean cuestiones en común de hecho o de derecho, el tribunal, en interés de una resolución justa y eficiente, y habiendo escuchado a las Partes contendientes, podrá ordenar que: a) asuma jurisdicción, desahogue y resuelva todas o parte de las reclamaciones, de manera conjunta; o b) asuma jurisdicción, desahogue y resuelva una o más de las reclamaciones sobre la base de que ello contribuirá a la resolución de las otras.”

¹¹ El párrafo 3 dispone lo siguiente: “Cuando un inversionista presente una reclamación de conformidad con este artículo y de manera paralela el inversionista o un inversionista que no tenga el control de una empresa, presente una reclamación en los términos del Artículo 1116 como consecuencia de los mismos actos [...] y dos o más demandas se sometan a arbitraje en los

algunos tratados de inversión, cuando evalúen la posibilidad de acumular los procesos, es que el tribunal arbitral debe dirimir la cuestión teniendo en cuenta que debe lograrse una resolución justa y eficiente de las reclamaciones.

34. Como se mencionó anteriormente, la acumulación de procesos también puede producirse por aplicación de reglamentos de instituciones arbitrales. Sin embargo, a menudo no es posible acumular procesos que se han iniciado con arreglo a normas de arbitraje diferentes. Al respecto, cabe señalar que un tratado aprobado recientemente permite la acumulación de procesos aunque se hayan iniciado actuaciones en virtud de distintos mecanismos de solución de controversias (véase el artículo 9.29 del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Singapur)¹².

C. Mecanismos de coordinación en los tratados de inversión

35. Ciertos tratados de inversión prevén otros mecanismos en relación con la coordinación o acumulación de procesos, por ejemplo, el requisito de que el demandante renuncie o ponga fin a otros procesos – enfoque que se conoce como *no U-turn* (“sin vuelta atrás”) – ha sido establecido en muchos tratados de inversión recientes¹³.

36. Algunos ejemplos de cláusulas que figuran en esos tratados son las llamadas *fork-in-the-road* (“bifurcación en el camino”), que disponen que el demandante debe elegir el foro de modo irrevocable, y decidir entre recurrir a órganos jurisdiccionales en el Estado anfitrión o entablar un arbitraje de inversiones; y las cláusulas de renuncia, que exigen que el inversionista renuncie a cualquier otro foro antes de iniciar un arbitraje de inversiones.

términos del Artículo 1120, el tribunal establecido conforme al Artículo 1126, examinará conjuntamente dichas demandas, salvo que el tribunal determine que los intereses de una parte contendiente se verían perjudicados.”

¹² El artículo 9.29, párrafo 5, establece que: “El tribunal que acumule los procesos actuará de la siguiente manera: a) a menos que todas las partes en la controversia acuerden otra cosa, en los casos en que todas las demandas respecto de las cuales se procura obtener una orden de acumulación de procesos hayan sido sometidas a arbitraje con arreglo al mismo mecanismo de solución de controversias, el tribunal que acumule los procesos utilizará el mismo mecanismo de solución de controversias; b) en los casos en que la orden de acumulación de procesos no se haya sometido a arbitraje con arreglo al mismo mecanismo de solución de controversias: i) las partes en la controversia pueden convenir cuál será el mecanismo para el acuerdo de controversias aplicable con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9.16 (Presentación de la reclamación a arbitraje), que se aplicará al proceso consolidado; o ii) si las partes en la controversia no pueden ponerse de acuerdo para someter la cuestión a un mismo mecanismo de solución de controversias dentro de los 30 días a partir del momento en que se presentó la solicitud con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3, se aplicará el reglamento de la CNUDMI a las actuaciones orientadas a la acumulación de procesos.”

¹³ Por ejemplo, los acuerdos de libre comercio celebrados entre Singapur y la Unión Europea y Singapur y los Estados Unidos de América.

D. Otros mecanismos

37. Entre los mecanismos orientados a limitar la celebración de procesos paralelos cabe mencionar las demandas colectivas, la acumulación de acciones, y las resoluciones judiciales que imponen una prohibición de litigar o de someter una cuestión a arbitraje.

38. En los reglamentos de algunas instituciones arbitrales figuran disposiciones que prevén la acumulación de acciones de terceros. Los tribunales arbitrales en general no pueden obligar a los terceros a acumular sus acciones a las de las partes si la situación no se encuentra expresamente prevista en los reglamentos de arbitraje aplicables, a menos que ello haya sido expresamente acordado por las partes de alguna otra manera.

39. Las resoluciones por las que se prohíbe litigar o someter una cuestión a arbitraje constituyen mecanismos que pueden utilizarse para evitar la realización de procesos paralelos. Sin embargo, debido a que son unilaterales, no son necesariamente instrumentos útiles de coordinación.

E. Conclusión

40. Los mecanismos mencionados anteriormente proporcionan medios en algunos casos para hacer frente a las consecuencias de la celebración de procesos paralelos, aunque también tienen limitaciones. Como se ha señalado, algunos mecanismos requieren el consentimiento de las partes para que puedan aplicarse; otros figuran en reglamentos de arbitraje y, si se trata de un arbitraje de inversiones, en los tratados de inversión. De no existir acuerdo entre las partes o a falta de una doctrina o procedimiento especiales, es posible que los árbitros no puedan actuar de oficio ante la existencia de procesos paralelos. Quizás no conozcan las alternativas a su alcance ni los límites que imponen los instrumentos aplicables o no puedan adoptar medidas adecuadas para evitar que se produzcan consecuencias negativas cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre la adopción de un criterio en particular. Otras cuestiones que quizás también generen preocupación, se relacionan, entre otras cosas, con la necesidad de respetar la autonomía de las partes en razón de la naturaleza consensual del arbitraje, y el tratamiento de la información protegida y confidencial que se presenta en el proceso arbitral.

IV. Posible labor futura

41. La Comisión podría examinar si la finalidad de estudiar la cuestión de la celebración de procesos paralelos en relación con el arbitraje de inversiones y el arbitraje comercial debería ser la creación de mecanismos apropiados para limitar algunas de las consecuencias negativas asociadas a los procesos paralelos, como el riesgo innecesario de que se dicten resoluciones o laudos contradictorios e irreconciliables, y la promoción de la eficiencia procesal y una buena relación costo eficiencia, respetando al mismo tiempo los derechos de las partes en la solución de controversias.

42. Dado que la multiplicidad de procesos en el arbitraje de inversiones y el arbitraje comercial puede darse de forma paralela o sucesiva en el tiempo, la Comisión quizás desee considerar si también debería incluir en su examen del tema los procesos sucesivos (véase el párr. 27). El marco del arbitraje internacional está compuesto por varios estratos; por lo tanto, la cuestión de los procesos paralelos podría examinarse en distintos niveles.

A. Orientaciones para los tribunales arbitrales

43. El mandato de un tribunal arbitral para resolver controversias surge generalmente del acuerdo de las partes. Un tribunal arbitral debería resolver las controversias con eficiencia y dentro los límites de su competencia. El marco procesal (tratado de inversión, reglamento de arbitraje, ley de arbitraje) rara vez orienta a los tribunales arbitrales sobre cómo actuar ante la existencia de procesos paralelos. En la mayoría de los casos, cuando no hay un acuerdo entre las partes para evitar la celebración de eventuales procesos paralelos, es posible que el tribunal arbitral considere que debe dictar un laudo definitivo sobre el fondo sin actuar en coordinación con otros tribunales arbitrales.

44. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en su artículo 17, párrafo 1, consagra el siguiente principio: "... el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que en una etapa apropiada del procedimiento se dé a cada una de las partes una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos". La mayoría de los reglamentos de arbitraje contienen una disposición similar. La Comisión podría evaluar si sería factible seguir trabajando con el fin de aclarar, o ampliar, las facultades discrecionales de los tribunales arbitrales ante la existencia de procesos paralelos. La finalidad sería proporcionar a los tribunales arbitrales los instrumentos que podrían utilizar para gestionar esas situaciones.

45. En la labor que se realice se podría incluir, con flexibilidad, las iniciativas que un tribunal arbitral podría considerar adoptar, dependiendo de las circunstancias, a saber:

- Obtener información de otros tribunales arbitrales u ordenar a las partes que informen al tribunal arbitral sobre la existencia de otros procesos conexos;
- Coordinar procesos arbitrales paralelos (por ejemplo, celebrar audiencias conjuntas o autorizar la presentación de medidas de prueba comunes);
- Ordenar la suspensión del proceso, o declarar la propia incompetencia, por ejemplo, no haciendo lugar a las demandas (por ejemplo, porque se ha interpuesto ante otro foro una acción paralela sobre la que no ha recaído un pronunciamiento todavía);
- Evaluar si se ha producido un abuso del derecho; y
- Ordenar la acumulación de acciones o procesos, cuando ello fuera admisible.

También se podría poner de relieve los límites que tienen esas iniciativas, dado el papel que desempeña el consentimiento de las partes en el arbitraje y su relación con las facultades de los tribunales arbitrales para resolver controversias.

46. Una cuestión que podría examinarse es si las orientaciones que se brinden a los tribunales arbitrales deberían incluir las medidas concretas que un tribunal arbitral podría considerar adoptar en determinadas situaciones. Si bien se preservaría la discrecionalidad del tribunal arbitral para adoptar ciertas medidas en particular, podría brindarse orientación sobre la descripción de posibles instrumentos, ejemplificando las circunstancias en que pueden utilizarse. Sin embargo, dado que los procesos paralelos pueden adoptar una gran variedad de formas, quizás sea difícil que un texto de orientación pueda ofrecer una lista exhaustiva de todas las situaciones posibles.

47. Podría prestarse orientación a los tribunales arbitrales mediante un instrumento jurídico que no fuera vinculante, en que figurara una lista de opciones para árbitros y la metodología que debería utilizarse para resolver situaciones en que existen procesos paralelos, y dejar que el tribunal arbitral evalúe qué alternativa sería conveniente adoptar en el caso concreto. En las orientaciones que se brinde, se podría también aclarar por qué el tribunal arbitral estaría autorizado a adoptar ciertas medidas en los casos en que las partes no consideraran que la celebración de procesos paralelos resulta perjudicial y los fundamentos que permitirían al tribunal arbitral actuar de ese modo de no existir un acuerdo entre las partes para ello.

48. Las orientaciones también podrían plasmarse en un protocolo que utilizarían las partes y que integraría su acuerdo de arbitraje.

B. Alentar a los Estados a adoptar mecanismos específicos en sus tratados de inversión

49. Como se señala en la sección III C, los Estados han comenzado a incluir disposiciones en los tratados de inversión para limitar la posibilidad de que se interpongan ciertas demandas. Algunos tratados de inversión contienen disposiciones orientadas a limitar la posibilidad de que se celebren procesos paralelos, o a proporcionar soluciones, como la acumulación de procesos. Esos tratados restringen ciertos derechos sustantivos y procesales de los demandantes al establecer disposiciones en que se definen los términos “inversionista” e “inversión”, así como el cálculo de los daños.

50. La Comisión quizás desee considerar si los Estados deberían centrarse en esos mecanismos en los tratados de inversión, y si debería procurar complementar la labor de la CNUDMI en esta esfera¹⁴.

¹⁴ Por ejemplo, la publicación de la CNUDMI “Investor-State Dispute Settlement: A Sequel”, de 2014, contiene secciones sobre la acumulación de acciones, y cláusulas por las que se establece el sistema de “*fork-in-the-road*” (bifurcación en el camino) o las cláusulas conocidas como “*no-U-turn*” (sin vuelta atrás), y presenta algunos ejemplos de tratados. El capítulo IV (Reforma del Régimen Internacional de Inversiones) del Informe Mundial de Inversiones de la CNUDMI (2015) examina algunas cuestiones conexas, entre ellas alternativas de reforma sobre, por ejemplo, la definición de inversión e inversionista, e impide que se “abuse” de los tratados y el otorgamiento de medidas en múltiples foros para reparar la misma infracción.

C. Coordinación entre instituciones arbitrales

51. Dado que los procesos paralelos se inician sobre la base de diferentes reglamentos, la coordinación entre las instituciones arbitrales intervinientes podría considerarse un elemento útil para resolver el problema de la celebración de procesos paralelos.

D. Creación de un marco internacional

52. Quizás la Comisión desee considerar si evitar o impedir la realización de procesos paralelos es una cuestión que convendría tratar a nivel multilateral.

53. Al respecto, la Comisión podría examinar la cuestión de si sería conveniente que la Secretaría examinara más detenidamente la factibilidad de elaborar un instrumento multilateral con el fin de mejorar el marco para la solución de controversias internacionales en interés de la justicia¹⁵. La doctrina de la cosa juzgada, qué órgano debería tener la prioridad para decidir acerca de la validez del acuerdo de arbitraje, y el tratamiento de acciones conexas podrían ser tema de dicho instrumento multilateral.

¹⁵ Véase *Multiple Proceedings in International Arbitration: Blessing or Plague?*, por Gabrielle Kaufmann-Kohler, conferencia Asian Arbitration, 24 de noviembre de 2015, que puede consultarse en Internet en <http://bit.ly/Kaufmann-Kohler-Multiple>.