



# Asamblea General

Distr. general  
24 de marzo de 2017  
Español  
Original: inglés

## Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

50º período de sesiones

Viena, 3 a 21 de julio de 2017

### Posible labor futura en materia de solución de controversias: procesos paralelos en los arbitrajes internacionales

#### Nota de la Secretaría

#### Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción . . . . .	2
II. Posible labor . . . . .	3
A. Resumen de las cuestiones y finalidad de la labor . . . . .	3
B. Orientaciones para los tribunales arbitrales . . . . .	5
1. Suspensión del procedimiento . . . . .	5
2. Abuso del proceso . . . . .	6
3. Intercambio de información . . . . .	6
4. Otras formas de coordinación . . . . .	7
5. Ordenar la acumulación de acciones o procedimientos, cuando ello fuera admisible . . . . .	7
6. Litispendencia, cosa juzgada y <i>forum non conveniens</i> . . . . .	8
7. Conexión de procedimientos o medidas relacionadas con la defensa . . . . .	8
C. Disposiciones en los tratados de inversión . . . . .	9
1. Definición de inversionistas . . . . .	9
2. Prevención del abuso del proceso . . . . .	10
3. Mecanismo de indemnización y concepto de pérdida refleja . . . . .	10
4. Acumulación de procedimientos arbitrales . . . . .	11
5. Otras disposiciones del tratado . . . . .	12
III. Observaciones finales . . . . .	12



## 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 examinándola<sup>1</sup>. En su 47º período de sesiones, celebrado en 2014, la Comisión examinó la posibilidad de dar a su Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias) 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 internacional<sup>2</sup>. 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). La Comisión solicitó a la Secretaría que la informara sobre las cuestiones de interés e indicara la labor de la CNUDMI que podría resultar útil a ese respecto<sup>3</sup>.

2. De conformidad con esa solicitud, en su 49º período de sesiones, celebrado en 2016, la Comisión tuvo ante sí una nota de la Secretaría en que se señalaban las causas y los efectos de los procedimientos paralelos, los principios y mecanismos existentes para hacer frente a los procedimientos paralelos en el arbitraje internacional y la posible labor futura en esa esfera (A/CN.9/881)<sup>4</sup>. Tras deliberar, la Comisión convino en que la Secretaría siguiera estudiando el tema y definiendo con mayor precisión la labor que podría llevarse a cabo en relación con los procedimientos paralelos, como se señalaba en la sección IV del documento A/CN.9/881, para su examen por la Comisión en un futuro período de sesiones<sup>5</sup>.

3. Por consiguiente, el propósito de la presente nota es proporcionar información adicional acerca de la labor que podría realizar la Comisión al respecto<sup>6</sup>. De

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

<sup>2</sup> *Ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/69/17), párrs. 126, 127 y 130.

<sup>3</sup> *Ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/70/17), párr. 147.

<sup>4</sup> *Ibid.*, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/71/17), párrs. 175 a 181.

<sup>5</sup> *Ibid.*, párr. 181.

<sup>6</sup> 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*, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Laurence Boisson de Chazournes, Victor Bonnin, Makane Moïse Mbengue, Informe Final del Coloquio de Ginebra (22 de abril de 2006); *Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements*, Pierre Mayer, Lalive Lecture, 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, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, The Fordham Papers 2013; *The International Law of Investment Claims*, Zachary Douglas, 2009; *Parallel Proceedings in International Arbitration*, Bernardo M. Cremades e Ignacio Madalena, *Arbitration International*, Vol. 24, núm. 4 (2008); *The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration*, Hanno Wehland, *Oxford International Arbitration Series* (2013); *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, Herbert Smith Freehills y SMU School of Law Asian Arbitration Lecture (24 de noviembre de 2015); *Le concours de procédures arbitrales dans le droit des investissements*, Emmanuel Gaillard, *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ Lextenso Editions, octubre de 2015; *Recent Developments on the Doctrine of Res Judicata in International Arbitration from a Swiss Perspective: A Call for a Harmonized Solution*, Nathalie Voser and Julie Raneda, *ASA Bulletin*, Vol. 33, núm. 4, (diciembre de 2015); *The Regulation of Parallel Proceedings in Investor-State Disputes*, Hanno Wehland, *ICSID Review*, Vol. 31, núm. 3 (octubre

conformidad con una sugerencia formulada en el 49º período de sesiones de la Comisión, en la nota se aborda no solo la cuestión de los procedimientos paralelos, sino también, en los casos pertinentes, de los procedimientos sucesivos, abarcando así todos los casos posibles de procesos múltiples<sup>7</sup>. La presente nota se centra principalmente en la cuestión tal como se presenta en el arbitraje en materia de inversiones<sup>8</sup>.

## II. Posible labor futura

### A. Resumen de las cuestiones y finalidad de la labor

4. La celebración de procedimientos 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.

5. En el arbitraje de inversiones, los procedimientos paralelos pueden originarse en dos situaciones principalmente. 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<sup>9</sup>. Es posible que cada una de las entidades pueda iniciar un procedimiento arbitral en virtud de un tratado distinto, además de interponer demandas utilizando el mecanismo de solución de controversias establecido en el contrato de inversión. 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. Dado que existe un gran número de tratados de inversión, es posible que a quienes integren la relación entre el inversionista y el Estado (es decir, la sociedad extranjera que invierte en el Estado anfitrión y los accionistas de distintas nacionalidades) se apliquen múltiples tratados. Incluso si la sociedad que realiza la inversión y sus accionistas se encontraran protegidos por el mismo tratado, si pudieran entablar acciones por separado podría darse el caso de que distintos tribunales estarían examinando básicamente la misma demanda. Cabe señalar que los inversionistas no necesariamente pueden interponer su demanda ante un único tribunal, dado que quizás

---

de 2016); *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*, Giovanni Zarra G. Giappichelli Editore and Eleven International Publishing (2016); *Abuse of Process in International Arbitration*, Emmanuel Gaillard, ICSID Review vol. 32, Issue 1 (2017); *Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency*, David Gaukrodger, OECD Working Papers on International Investment, 2013/03; *Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law*, David Gaukrodger, OECD Working Papers on International Investment, 2014/02; *Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency*, David Gaukrodger, OECD Working Papers on International Investment, 2013/03; *UNCTAD Series on International Investment Agreements*, II, 2014; y UNCTAD World Investment Report (2015) Además, la presente nota se basa en las deliberaciones mantenidas en la reunión del grupo de expertos organizadas por la Secretaría, organizadas por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Desarrollo Internacional de Francia en enero de 2016.

<sup>7</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/71/17)*, párr. 180.

<sup>8</sup> En el 49º período de sesiones de la Comisión se debatió si la labor debía centrarse en las inversiones o en el arbitraje comercial, o en ambos, y se sugirió que se hiciera una distinción, en caso de que esa labor se llevara a cabo. La opinión general fue que había una necesidad más apremiante de centrarse en los procedimientos paralelos en los arbitrajes en materia de inversiones. También se mencionó que los procedimientos paralelos en el arbitraje comercial merecían el mismo nivel de atención (véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/69/17)*, párr. 180).

<sup>9</sup> Véase [A/CN.9/881](#), párrs. 7, 11, 12, 14 a 16, 19 y 20, apartado i).

no haya una solo foro que tenga competencia para entender en todas sus reclamaciones.

6. 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<sup>10</sup>. 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, 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 o de una entidad que sea propiedad del Estado que repercutan en esas disposiciones puede afectar a una gran variedad de contratos concertados con distintos inversionistas. Si bien algunas de las cuestiones de hecho y derecho que se planteen en los procedimientos que se inicien serán en general comunes a todos los demandantes, las resoluciones que dicten los distintos tribunales quizás conduzcan a la obtención de resultados dispares.

7. La multiplicidad de procedimientos puede tener como consecuencia que un Estado tenga que defenderse de varias demandas relacionadas con la misma medida, en que posiblemente los perjuicios económicos que podrían producirse sean similares, lo que podría conducir a una duplicación de esfuerzos, gastos adicionales, falta de equidad procesal y resultados potencialmente contradictorios (véase [A/CN.9/848](#), párr. 13). Los procedimientos paralelos en los que intervienen entidades que integran la misma estructura societaria (a los que se hace referencia en el párrafo 5 del presente documento) dan lugar al riesgo de que se cobre varias veces una indemnización por el mismo perjuicio y pueden generar malestar entre quienes recurren a un arbitraje en el marco de tratados de inversión, lo que, en un sentido más general, conduciría a que los resultados fueran menos predecibles.

8. Los principios y mecanismos existentes que podrían aplicarse para evitar que se iniciaran procedimientos paralelos, o para limitar las consecuencias de esa situación, son la doctrina de litispendencia y de cosa juzgada, la acumulación de procedimientos, y los mecanismos de coordinación que figuran en los tratados de inversión (véase la sección III de [A/CN.9/881](#)). Sin embargo, la posibilidad de aplicar las doctrinas de litispendencia y cosa juzgada es limitada. Además, la complejidad del marco de protección de las inversiones hace que la acumulación y la coordinación sean muchas veces difíciles de aplicar a los procedimientos paralelos en el contexto de los arbitrajes en materia de tratados de inversión. Si bien casi todos los ordenamientos jurídicos y sistemas judiciales nacionales han establecido soluciones para evitar la coexistencia de procedimientos paralelos y resultados contradictorios, en la actualidad no existe una solución orientada a resolver esa cuestión en el arbitraje internacional.

9. La finalidad de estudiar la cuestión de los procedimientos paralelos tal como se dan en el arbitraje en materia de inversiones sería proporcionar un marco más predecible para coordinar esos procedimientos en interés de los inversores y los Estados, y promover la eficiencia procesal y una buena relación costo eficiencia, así como la fiabilidad y legitimidad del proceso, respetando a su vez los derechos de las partes en la resolución de controversias (véase [A/CN.9/881](#), párrs. 18 a 22). La labor podría consistir en designar los mecanismos adecuados para hacer frente a algunas de las consecuencias negativas que presentan los procedimientos paralelos y los problemas que son recurrentes, como las resoluciones y los laudos que son contradictorios y que no pueden reconciliarse.

---

<sup>10</sup> Véanse [A/CN.9/881](#), párrs. 8 y 20, apartado i).

## B. Orientaciones para los tribunales arbitrales

10. Si bien en su 49º período de sesiones, celebrado en 2016, la Comisión examinó brevemente en qué consistiría la labor sobre la cuestión de los procedimientos paralelos, se expresó apoyo a que se proporcionara orientación a los tribunales arbitrales que debieran hacer frente a una situación en que existieran procedimientos paralelos, por ejemplo, utilizar las facultades que les son inherentes a las que hace referencia el artículo 17 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y otras disposiciones similares contenidas en otros reglamentos<sup>11</sup>.

11. Podría darse orientación a los tribunales arbitrales de modo que formara parte del marco jurídico procesal. En efecto, los tratados de inversión, los reglamentos de arbitraje y el derecho arbitral rara vez incluyen orientaciones dirigidas a los tribunales arbitrales sobre el tema. En esos casos, y cuando las partes en una controversia no han convenido la forma de abordar la cuestión de los procedimientos paralelos, un tribunal arbitral podría tener que dictar una resolución definitiva sobre el fondo, sin adoptar otras medidas, por ejemplo, coordinando su labor con la de otros tribunales.

12. También podría prestarse orientación a los tribunales arbitrales mediante un instrumento jurídico que no fuera vinculante, en que figurara una lista de opciones y metodologías para que el tribunal resolviera situaciones en que se viera enfrentado a una situación en que existieran procedimientos paralelos, y dar al tribunal arbitral la posibilidad de evaluar qué alternativa sería más conveniente seguir en el caso concreto. Ese instrumento de derecho blando podría ofrecer a los tribunales arbitrales una serie de posibles medidas que podrían adoptar en el marco de sus facultades procesales. También podría aclarar por qué un tribunal arbitral debería adoptar ciertas medidas incluso cuando las partes no consideraran que la existencia de procedimientos paralelos fuera perjudicial. Como parte de la labor sobre el tema, también se podrían 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 el poder que tienen los tribunales arbitrales de resolver controversias.

### 1. Suspensión del procedimiento

13. Una vez que se constituye el tribunal arbitral y se establece su competencia, el tribunal arbitral tiene facultades que le son inherentes y que puede ejercer para evitar o limitar los efectos de los procedimientos paralelos. Por ejemplo, un tribunal arbitral, después de determinar que tiene competencia en un caso podría, en algunas circunstancias, ejercer sus facultades discrecionales para suspender el procedimiento hasta que otro tribunal de justicia o tribunal arbitral dictara su resolución, y para ello podría aplicar distintos principios, como la eficiencia y la imparcialidad en la administración de la justicia, y la deferencia a la labor de otros órganos judiciales o tribunales arbitrales.

#### *Possible labor*

14. En ese contexto, la labor podría consistir en preparar un instrumento en que se determinara en qué circunstancias los tribunales arbitrales podrían o deberían paralizar el proceso. También se podría proporcionar información a los tribunales arbitrales respecto a las siguientes cuestiones: i) si sus facultades para paralizar o suspender el proceso temporalmente como parte de sus facultades inherentes para llevar adelante el proceso conforme a las exigencias de la justicia y la eficiencia; y ii) los fundamentos y criterios jurídicos que podrían orientar a los tribunales en el ejercicio de sus facultades discrecionales en este sentido. Se tendrían en cuenta para ello la buena fe, el carácter definitivo de las resoluciones, la oportunidad y plazos de los procedimientos, y la capacidad del foro para cumplir su función judicial,

<sup>11</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/71/17)*, párr. 179.

15. También se podrían abordar las circunstancias en que un tribunal arbitral decidiera paralizar el proceso para esperar el resultado de un proceso paralelo, y si debería tener en cuenta la resolución que se hubiera dictado en el otro foro o justificar cualquier decisión que implicara apartarse de ese resultado. En un sentido más general, la labor podría centrarse en orientar a los tribunales arbitrales para que consideraran cómo se relaciona un foro con otro, por ejemplo, si después de aplicar ciertas normas, la resolución que dicte un foro sería tenida en cuenta por otros.

16. En cuanto a los procedimientos paralelos, la labor podría centrarse en si un tribunal arbitral podría, discrecionalmente, tener en cuenta los procedimientos que se hubieran sustanciado anteriormente, además del laudo que se hubiera emitido al decidir, por ejemplo, si una parte hubiera debido plantear o hubiera podido plantear una cuestión o interponer una demanda en un proceso anterior y, en ese caso, si podría impedirse a la parte posteriormente invocar esa cuestión o interponer una demanda en el proceso actual. Podría alentarse a los tribunales arbitrales a evaluar un caso en el contexto de las circunstancias generales en que se encuentra la controversia entre las partes.

## 2. Abuso del proceso

17. Una razón por la que un tribunal arbitral podría rechazar una demanda es la prohibición del abuso del proceso, un principio de derecho internacional ampliamente reconocido.

18. En el contexto de los procedimientos paralelos, la prohibición del abuso del proceso muy probablemente adquiera pertinencia y encuentre aplicación en el caso en que un inversor haya obtenido una resolución favorable 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 realice o reestructure su inversión para interponer una demanda contra el Estado anfitrión en un momento en que puede preverse la posibilidad de que se genere una controversia, pero que esta no se haya producido todavía<sup>12</sup>.

19. El principio de abuso del proceso permitiría que un tribunal arbitral determinara en qué situaciones son aceptables los procedimientos paralelos y en qué circunstancias no lo son. Deben distinguirse las situaciones en que es necesario llevar a cabo varios procedimientos paralelos para obtener una satisfacción adecuada y en que ello resulta inevitable, de las situaciones en que el inversionista procura obtener una ventaja de la falta de coordinación general de los procedimientos a los fines de maximizar sus posibilidades de éxito.

### *Posible labor*

20. Podría trabajarse más sobre el principio de abuso del proceso, y proporcionarse orientación sobre la manera en que un tribunal arbitral podía determinar en qué situaciones puede decirse que se ha abusado del proceso. Asimismo, se podrían tratar de aclarar los criterios que debe seguir un tribunal arbitral para aplicar este principio a fin de evitar que se inicien procedimientos paralelos en primer lugar.

## 3. Intercambio de información

21. Podría alentarse a los tribunales arbitrales a que pidieran información de los demás tribunales en el caso de que se llevaran a cabo procedimientos paralelos o pidieran a las partes litigantes que informaran al tribunal arbitral de la existencia de otros procedimientos conexos. En ese contexto, los tribunales arbitrales podrían también procurar saber si las partes estarían dispuestas a plantear sus controversias en un único foro.

<sup>12</sup> Véase la siguiente sentencia, en que se analizó esa cuestión: *Pac rim, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections* (núm. 9), párr. 2.41; *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia, PCA Caso núm. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility* (17 de diciembre de 2015).

22. Al respecto, cabe señalar que es posible que el intercambio de información tenga cada vez más cabida en vista de la tendencia que existe a lograr más transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado. Varios tratados celebrados desde la entrada en vigor del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, en abril de 2014, han hecho remisión a él<sup>13</sup>. También es previsible que la transparencia se aplique progresivamente en el contexto del arbitraje iniciado en el marco de tratados de inversión concertados antes de abril de 2014, desde que entró en vigor la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y un Estado<sup>14</sup>.

*Possible labor*

23. Como parte de la labor sobre el tema, se podrían elaborar listas de las distintas medidas que podrían adoptar los tribunales arbitrales así como sus limitaciones y las distintas cuestiones que podrían surgir, por ejemplo, los conflictos que se produjeran respecto del deber de confidencialidad, en relación con el intercambio de información.

**4. Otras formas de coordinación**

24. Se podría señalar a la atención de los tribunales arbitrales otras formas de coordinación, en particular en los casos en que fuera inevitable llevar adelante procedimientos paralelos, por ejemplo en las situaciones mencionadas en el párrafo 6. Esas otras formas de coordinación serían celebrar audiencias conjuntas o autorizar la presentación de medidas de prueba en común.

*Possible labor*

25. La labor se podría centrar en proporcionar a los tribunales arbitrales una lista de herramientas que podrían utilizar para gestionar esas situaciones, a fin de evitar demoras innecesarias y la duplicación o multiplicación de gastos relacionados con la tarea de constatar los hechos, y evitar la duplicación de presentaciones escritas y orales.

26. Las orientaciones también podrían plasmarse en un protocolo que utilizarían las partes y que integraría su acuerdo de arbitraje. Esas orientaciones podrían abarcar diversos elementos que permitieran la coordinación, y posiblemente acumulación de procedimientos.

**5. Ordenar la acumulación de acciones o procedimientos, cuando ello fuera admisible**

27. La acumulación de acciones o procedimientos implica la acumulación de dos o más demandas o procedimientos arbitrales que no han concluido en un único proceso. La acumulación debe tener un fundamento, en la ley o en un contrato (o en reglamentos de instituciones), y en general depende de que las partes den su consentimiento para ello. La acumulación de procedimientos puede constituir un instrumento útil para reducir o evitar la realización de procedimientos paralelos, siempre que se evalúe razonablemente si llevar a cabo esa acumulación sería justo y eficiente, y no implicaría una vulneración de las garantías procesales.

*Possible labor*

28. Si bien la labor podría centrarse en proporcionar mecanismos para posibilitar la acumulación de procedimientos paralelos, esa labor tendría una utilidad limitada si no

<sup>13</sup> La información sobre la situación actual del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado se puede consultar en la Internet en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/2014Transparency\\_Rules\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Rules_status.html).

<sup>14</sup> La información sobre la situación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, se puede consultar en la Internet en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/2014Transparency\\_Convention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html).

incluyera el estudio de la posibilidad de que las instituciones arbitrales que administraran esos procedimientos cooperaran entre sí. Además, como la acumulación de procedimientos se basa en el consentimiento de las partes, debería examinarse de qué forma se podrían tener en cuenta los intereses de las partes. Por ejemplo, un inversionista puede oponerse a la acumulación de acciones o procedimientos si ello lo obligara a revelar información comercial confidencial a los demás demandantes.

## 6. Litispendencia, cosa juzgada y *forum non conveniens*

29. En los casos en que la controversia se plantea en el derecho interno, se han elaborado distintas doctrinas para evitar o limitar las consecuencias de que se sustancien procedimientos paralelos. Por ejemplo, en un sistema de tradición romanista, un tribunal aplicaría el principio de litispendencia, y el juez que interviniera en el segundo proceso probablemente lo paralizaría hasta que el juez que entendiera en el primero se expidiera. En los sistemas de *common law*, puede recurrirse al *forum non conveniens* (o dictar el juez un auto por el que impida entablar acciones judiciales en otro foro). Si se puso fin a uno de los dos procedimientos con una sentencia, probablemente se aplicaría el principio de cosa juzgada.

### *Posible labor*

30. En el contexto del arbitraje internacional, la labor puede consistir en proporcionar orientación a los tribunales arbitrales acerca de los principios de litispendencia y cosa juzgada, incluso si su aplicación fuera limitada (véase A/CN.9/881, párrs. 24 a 28). Esta labor podría complementar los informes finales de 2006 de la Asociación de Derecho Internacional sobre litispendencia y cosa juzgada en el arbitraje comercial internacional, en que se estableció que los laudos arbitrales debían ser concluyentes o impedir que se entablaran otros procedimientos arbitrales con objeto de promover la eficiencia y el carácter definitivo de los arbitrajes comerciales internacionales y que estos efectos no se rigieran necesariamente por el derecho de los distintos Estados sino por normas internacionales que debían elaborarse (recomendaciones 1 y 2)<sup>15</sup>.

31. Las consecuencias que tiene la cosa juzgada en el arbitraje internacional plantea cuestiones complejas, en particular dado que en su aplicación entran en juego distintos ordenamientos jurídicos en los que se hace una aplicación distinta de ese principio (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. También se podría trabajar para lograr una mayor armonización del concepto de cosa juzgada.

## 7. Conexión de procedimientos o medidas relacionadas con la defensa

32. Otro instrumento que se utiliza en los litigios es la conexión de procedimientos o medidas relacionadas con la defensa<sup>16</sup>. Este concepto es más amplio que la doctrina de cosa juzgada, ya que no tiene la limitación de que se deba darse el requisito de la triple identidad. Un ejemplo de este mecanismo puede encontrarse en el Reglamento de Bruselas (Reglamento (CE) Núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil) en que también se establece una disposición discrecional para “demandas conexas”, que permite la concentración de demandas vinculadas o relacionadas en un mismo foro<sup>17</sup>. En el artículo 30.3, se establece que

<sup>15</sup> Véase *International Law Association on Recommendations on lis pendens and res judicata and arbitration*, Septuagésimo segunda Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, Toronto (Canadá), 4 a 8 de junio de 2006.

<sup>16</sup> *Multiple Proceedings in International Arbitration: Blessing or Plague?*, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Herbert Smith Freehills y SMU School of Law Asian Arbitration Lecture (24 de noviembre de 2015).

<sup>17</sup> Los párrafos 1) y 2) del artículo 30 establecen lo siguiente: “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

“[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”. De conformidad con el Reglamento de Bruselas, un tribunal que no sea el primer tribunal que entiende de una demanda podrá paralizar las actuaciones que esté sustanciando si ya se ha interpuesto una demanda en otro Estado miembro de la Unión Europea y esperar el resultado de ese proceso antes de dictar sentencia. En determinadas circunstancias, puede incluso declinar su competencia si la ley del primer tribunal permite la acumulación de acciones.

#### *Possible labor*

33. Podría estudiarse la viabilidad de elaborar un mecanismo similar en el contexto del arbitraje internacional.

### **C. Disposiciones en los tratados de inversión**

34. Algunos tratados de inversión contienen disposiciones orientadas a limitar la posibilidad de que se celebren procedimientos paralelos, o a limitar sus efectos (véase la sección III C del documento [A/CN.9/881](#)). La cuestión de los procedimientos paralelos podría abordarse incluyendo distintas disposiciones en los tratados de inversión, como se detalla brevemente a continuación.

35. Podría señalarse a la atención de los Estados los diferentes tipos de cláusulas que podrían incluirse en los tratados para abordar la cuestión.

#### **1. Definición de inversionistas**

36. Las definiciones de los términos “inversionista” o “inversión” en los tratados de inversión determinan qué inversionistas se encuentran protegidos y pueden presentar demandas contra el Estado anfitrión (véase [A/CN.9/848](#), párrs. 8 y 9). Las definiciones liberales de “inversionista” e “inversor” que figuran en muchos tratados extienden esa protección a las inversiones que indirectamente se formulan mediante una o más entidades societarias.

37. Las disposiciones de los tratados se han redactado para prevenir el uso abusivo de un tratado de inversiones al prohibir que los inversionistas 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 fantasma a través de las cuales canalizan sus inversiones, pero que no realizan operaciones comerciales reales en el Estado anfitrión<sup>18</sup>. Hay diferentes maneras de definir la protección de los inversionistas o las inversiones con el objetivo de limitar la posibilidad de que se interpongan múltiples demandas, por ejemplo, hacer referencia a criterios como “actividad comercial importante” y definir su significado, y la nacionalidad de quien controle en definitiva la sociedad<sup>19</sup>.

38. Por otra parte, algunos tratados de inversión contienen disposiciones que establecen el grado de propiedad indirecta que es necesario que un accionista tenga para ser considerado inversionista con arreglo al tratado. Esa aclaración en esas disposiciones tiene por objeto reducir los procedimientos paralelos en situaciones en que las mismas partes (vinculadas entre sí por una relación de control) entablen un proceso invocando diferentes tratados en relación con la misma medida adoptada por el Estado.

---

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”.

<sup>18</sup> UNCTAD World Investment Report (2015), Capítulo IV:

<sup>19</sup> *Ibid.*

39. Se podrían señalar a la atención de los Estados diversas opciones que existen en los tratados de inversión, por ejemplo: i) establecer el nivel propiedad indirecta que es necesario para que un inversionista sea considerado tal con arreglo al tratado de inversión; ii) prohibir las reclamaciones de los inversionistas cuando la propia sociedad haya interpuesto una acción en un foro judicial diferente; iii) permitir a un inversionista presentar una reclamación solo si el inversionista y la sociedad local retiran toda demanda pendiente y renuncian a sus derechos a buscar reparación ante otros foros; y iv) limitar la posibilidad de selección del foro al caso de que las reclamaciones que todavía no hayan sido admitidas en otro foro.

## 2. Prevención del abuso del proceso

40. Las disposiciones de los tratados que prohíben el abuso de proceso podrían proporcionar los mecanismos necesarios para que los tribunales arbitrales desestimaran las reclamaciones abusivas y, por lo tanto, alentaran a los inversores a convenir en un único foro para resolver sus controversias. Si al redactarse los tratados de inversión se establecieran criterios claros sobre qué procedimientos paralelos se considerarían abusivos (véanse los párrs. 17 a 20), los tratados podrían limitar los procedimientos paralelos a los que se dan legítimamente y hacer que las partes litigantes entiendan claramente esas situaciones<sup>20</sup>.

## 3. Mecanismo de indemnización y concepto de pérdida refleja

41. Las disposiciones de los tratados relativas a los mecanismos de indemnización (como la asignación de gastos) también podrían repercutir en los efectos que tienen los procedimientos paralelos<sup>21</sup>.

42. En lo que respecta a la idea concreta de las pérdidas reflejas, en los trabajos recientes de la OCDE y los debates intergubernamentales celebrados recientemente en esa organización se ha resaltado la importancia que tiene la distinción entre las pérdidas directas y las pérdidas reflejas al examinar las demandas paralelas en los arbitrajes en materia de inversiones<sup>22</sup>. En las reclamaciones presentadas en virtud de tratados de inversiones, los tribunales arbitrales han determinado que los accionistas tienen derecho a recuperar las pérdidas reflejas. En cambio, los ordenamientos jurídicos de los Estados generalmente prohíben a los accionistas interponer demandas por pérdidas reflejas, tanto por razones que tienen que ver con el derecho societario como con el derecho procesal, entre ellas el deseo de promover la economía judicial reduciendo el número de procedimientos que es necesario sustanciar para indemnizar el daño; la coherencia; la previsibilidad, la necesidad de evitar el pago de una doble indemnización y la equidad para con los demandados. Solo la sociedad que ha sido perjudicada directamente puede reclamar. Los trabajos de la OCDE indican que la aceptación de las reclamaciones por pérdidas reflejas es un aspecto importante de las demandas paralelas en los arbitrajes en materia de inversiones.

<sup>20</sup> Véase “The Regulation of Parallel Proceedings in Investor-State Disputes”, Hanno Wehland, *ICSID Review*, vol. 31, núm. 3 (octubre de 2016).

<sup>21</sup> Véase por ejemplo, UNCTAD Series on International Investment Agreements, II, 2014; véase también OECD, *Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law*, OECD Working Papers on International Investment, 2014/02, David Gaukrodger; *Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice*, OECD Working Papers on International Investment, 2013/03, David Gaukrodger.

<sup>22</sup> El daño reflejo de los accionistas se produce como consecuencia del perjuicio sufrido por “su” sociedad, normalmente una pérdida de valor de las acciones; en general este daño se contrasta con el perjuicio directo producido a los derechos de los accionistas, como la interferencia con los derechos de voto de los accionistas; Gaukrodger, D. (2013), “Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency”, OECD Working Papers on International Investment, 2013/03; Gaukrodger, D. (2014), “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 Shareholders Claims: Analysis of Treaty Practice”, OECD Working Papers on International Investment, 2014/03.

43. En las discusiones intergubernamentales celebradas en la OCDE se ha llegado a la conclusión preliminar de que, si bien las reclamaciones por pérdidas reflejas plantean importantes cuestiones normativas, no parece haber ningún fundamento normativo sólido para su aceptación general en virtud de tratados de inversiones.

#### 4. Acumulación de procedimientos arbitrales

44. Los tratados de inversión también contienen, cada vez con más frecuencia, disposiciones sobre la acumulación de procedimientos (véase [A/CN.9/881](#), párrs. 32 a 34). Hay dos tipos de disposiciones sobre la acumulación de procedimientos<sup>23</sup>. El primer tipo consiste en una reafirmación de la regla general de que la consolidación es posible, si todas las partes interesadas están de acuerdo. La finalidad de esas disposiciones es señalar a la atención de las partes en litigio la posibilidad de acumular procedimientos, sin establecer necesariamente el mecanismo para ello. El segundo tipo de disposiciones permite y sin embargo limita la acumulación de procedimientos a los casos en que se presentan “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)), 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 país. La orientación proporcionada a los tribunales arbitrales en algunos tratados de inversión, cuando evalúen la posibilidad de acumular los procedimientos, es que el tribunal arbitral debe dirimir la cuestión teniendo en cuenta que debe lograrse una resolución justa y eficiente de las reclamaciones. Estas cláusulas suelen establecer un mecanismo para la acumulación de procedimientos que es muy detallado. En el segundo tipo de disposiciones, cualquiera de las partes litigantes en el proceso que se está llevando a cabo concurrentemente y que está relacionado con algún otro puede solicitar la acumulación de procedimientos. Esta solicitud da lugar a una serie de actos que implican que se establezca un tribunal para la acumulación de procedimientos.

45. La acumulación de procedimientos también puede llevarse a cabo con arreglo a las disposiciones aplicables del reglamento de arbitraje institucional. Sin embargo, por lo general no es posible acumular los procedimientos a los que se ha dado inicio aplicando diferentes reglamentos de arbitraje y/o administrados por diferentes instituciones arbitrales. Acumular demandas fundadas en diferentes tratados puede resultar difícil, ya que estos pueden contener diferentes obligaciones sustantivas, y distintos plazos, obligaciones de proceso y foros de solución de controversias. Es interesante notar que un tratado reciente permite la acumulación de procedimientos 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)<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> UNCTAD Series on International Investment Agreements, II, 2014;

<sup>24</sup> 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”.

## 5. Otras disposiciones del tratado

46. Se han elaborado diversos mecanismos a lo largo del tiempo en los tratados de inversión para hacer frente a esta cuestión. Algunos tratados de inversión prevén mecanismos adicionales de coordinación o acumulación. Por ejemplo, el requisito de que el demandante renuncie o ponga fin a otros procedimientos — enfoque que se conoce como “*no U-turn*” (“sin vuelta atrás”) — se ha establecido en muchos tratados de inversión recientes. La llamada cláusula “*fork-in-the-road*” ofrece al inversionista la posibilidad de optar entre los tribunales del Estado anfitrión y el arbitraje internacional; una vez elegido el foro, la decisión es definitiva.

47. La utilidad de esas cláusulas en el contexto de los procedimientos paralelos es limitada, ya que solo se aplican si las controversias son idénticas (si se trata de las mismas partes, los mismos intereses, y el mismo fundamento jurídico). Por ejemplo, esas disposiciones no excluirían la posibilidad de que los accionistas mayoritarios y minoritarios presentaran demandas distintas.

## III. Observaciones finales

48. La Comisión quizás quiera evaluar si debería emprenderse una labor orientada a proporcionar información sobre las herramientas disponibles, como se sugiere en la sección B del presente documento, para los tribunales arbitrales que se encontraran ante una situación en que hubiera procedimientos paralelos. Esto quizás signifique que haya que seguir elaborando ciertos principios de subsidiaridad y abuso del proceso.

49. En el 49º período de sesiones de la Comisión, se sugirió la posibilidad de que se dieran ejemplos concretos de mecanismos o disposiciones ya existentes en los tratados de inversión y de posibles modelos que pudieran seguirse, como forma de complementar la labor ya realizada por otras organizaciones<sup>25</sup>. La Comisión tal vez desee considerar si la atención de los Estados debería orientarse a los mecanismos disponibles en los tratados de inversión, como se describe brevemente en la sección C del presente documento, para evitar los procedimientos paralelos en primer lugar, o para limitar sus efectos.

---

<sup>25</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/71/17), párr. 178 y párr. 179.