

# LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

LUCAS VILLAGRÁN GAJARDO



MEJOR TESIS DE PREGRADO



# **Publicación del Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS).**

**Coordinadores de la publicación:** Claudio F. Osses Garrido (Abogado, Asistente de Investigación y Extensión de la Oficina de Estudios y Relaciones Internacionales del CAM Santiago) & Victoria Subiabre Chiong (Abogada, Asistente de Investigación y Extensión de la Oficina de Estudios Internacionales del CAM Santiago).

## **Edición digital.**

© Autores & CAM Santiago, Diciembre de 2025. Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada ni transmitida en forma ni a través de medio alguno –electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, ni similares– sin permiso previo y por escrito del CAM Santiago y de los autores de cada memoria.

**Diseño y diagramación:** Jorge Álvarez Gutierrez.

**Asistente de revisión de diagramación:** Ingrid Robledo Miranda.

# **Premio del CAM Santiago a las Mejores Tesis en Métodos Adecuados de Resolución Pacífica de Conflictos**

## **Jurado:**

### **Comité de Revisión Líder:**

Dr. Enrique Barros Bourie (Consejero del CAM Santiago),  
Dr. Santiago Montt Oyarzún (Consejero del CAM Santiago),  
Mg. Nicole Duclos Toporowicz (Consejera del CAM Santiago),  
Mg. Felipe Correa Molina (Consejero del CAM Santiago),  
Dra. Elina Mereminskaya (Árbitra del CAM Santiago),  
Mg. Mónica van der Schraft Greve (Árbitra del CAM Santiago) y  
MJur. Felipe Ossa Guzmán (Árbitro del CAM Santiago).

### **Comité de Revisión Asociado:**

Claudio F. Osses Garrido (asistente de investigación y extensión de la Oficina de Estudios y Relaciones Internacionales del CAM Santiago).

**Periodo de aprobación de las memorias: 1º de enero de 2022 al 31 de julio de 2024.**

## **El CAM Santiago.**

El Centro de Arbitraje y Mediación (el CAM) es un organismo creado al interior de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS) que tiene por finalidad administrar mecanismos adecuados de resolución pacífica de conflictos: arbitraje nacional (1992), internacional (2006) y de emergencia (2023), mediación (1998) y dispute boards (2015). Asimismo, el CAM Santiago periódicamente imparte cursos tendientes a la preparación de profesionales en el ámbito de su competencia. Con cerca de 7.000 solicitudes entre arbitrajes y mediaciones que han sido presentadas al CAM Santiago desde 1992, la institución se ha constituido como referente en materia de solución adecuada de conflictos en Chile y en América Latina.

## **La CCS.**

La Cámara de Comercio de Santiago (CCS) es una Asociación Gremial sin fines de lucro, fundada en 1919, que reúne a 2.070 empresas asociadas: grandes, pequeñas y medianas, representativas de los más relevantes sectores económicos de Chile. Su propósito es fortalecer el desarrollo del ecosistema empresarial y su visión es ser al 2030 el gremio líder en fortalecer el desarrollo empresarial a través de la innovación y la sostenibilidad. La CCS se rige por los pilares de socios al centro, actuación con integridad, colaboración activa y pasión por la excelencia.

Premio del CAM Santiago a las Mejores Tesis en Métodos  
Adecuados de Resolución Pacífica de Conflictos - Segunda Edición

**Mejor Tesis de Pregrado**  
**Mención Francisco Orrego Vicuña**

**«La excepción de litispendencia en el Arbitraje  
Internacional de Inversiones»**

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**LUCAS VILLAGRÁN GAJARDO**

Profesor guía: JAVIER MATURANA BAEZA

**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**2024**

# ÍNDICE

<b>Agradecimientos</b>	<b>08</b>
<b>Introducción</b>	<b>09</b>
<b>Razones que motivan la elección del tema</b>	<b>11</b>
<b>Fundamentos que lo sustentan</b>	<b>12</b>
<b>Objetivos del trabajo</b>	<b>13</b>
<b>Hipótesis del trabajo</b>	<b>13</b>
<b>Metodología</b>	<b>14</b>
<b>Resultados</b>	<b>15</b>
<b>Capítulo 1: El Arbitraje Internacional de Inversiones</b>	<b>17</b>
1.1. Generalidades	17
1.2. Conceptualización del arbitraje inversor-Estado	20
1.3. Caracterización del arbitraje inversor-Estado	28
1.4. Competencia de los tribunales arbitrales de inversión	33
1.4.1. Competencia <i>ratione personae</i>	35
1.4.2. Competencia <i>ratione materiae</i>	37
1.4.3. Competencia <i>ratione temporis</i>	40
1.4.4. Competencia <i>ratione voluntatis</i>	41
1.5. Procedimiento ante los tribunales arbitrales de inversión	44
1.6. Disputas ante los arbitrajes de inversión	49
<b>Capítulo 2: La excepción de litispendencia en el contexto doméstico chileno</b>	<b>54</b>
2.1. Generalidades: la duplicidad de procedimiento	54
2.2. Conceptualización	57
2.3. Principios y valores fundantes de la litispendencia	62
2.4. Requisitos de la excepción de litispendencia	68
2.4.1. Juicio pendiente	68
2.4.2. Triple identidad	71
2.5. Litispendencia impropia: prejudicialidad y conexidad	75
2.6. Efectos de la excepción de litispendencia	80
2.7. La litispendencia arbitral	82
<b>Capítulo 3: La litispendencia en el Arbitraje Internacional de Inversiones</b>	<b>88</b>
3.1. Situación de procedimientos paralelos	88
3.2. Herramientas utilizadas para prevenir los procedimientos paralelos	92
3.3. Regulación de la litispendencia en el arbitraje de inversiones	96
3.4. Requisitos de la litispendencia en el arbitraje de inversiones	105
3.4.1. El “mismo orden legal”	106
3.4.2. Triple identidad	110
3.5. Efectos de la excepción de litispendencia	118
3.6. Supuestos de procedimientos paralelos y aplicación de la litispendencia	120

3.6.1. Procedimientos ante dos tribunales arbitrales de inversiones ..... 122

3.6.2. Procedimientos ante un tribunal arbitral de inversiones y un tribunal arbitral comercial internacional..... 125

3.6.3. Procedimientos ante un tribunal arbitral de inversiones y un tribunal nacional doméstico..... 130

3.7. Constatación de problemas y posibles soluciones..... 134

3.7.1. Vinculación lógico-jurídica entre objetos procesales ..... 135

3.7.2. Reclamaciones contractuales y de tratado..... 147

**Conclusión..... 154**

**Bibliografía..... 158**

## AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a Javier Maturana, profesor guía de esta tesis, por su acompañamiento y orientación durante el proceso de elaboración de este trabajo. Durante los meses de investigación, ha estado constantemente comprometido, interesado e involucrado con las dificultades a las que me he enfrentado, y ha sido increíblemente paciente con mis preguntas e inquietudes. Su rigurosidad y dedicación por la labor académica han sido, sin duda, una inspiración en la redacción de esta memoria.

Agradezco también a Elina Mereminskaya por sus valiosas apreciaciones y por su incesante disposición a ayudarme; a Álvaro Jara, por sus ilustrativas reflexiones y opiniones sobre la práctica arbitral; y a la profesora Renée Rivero, al profesor Cristián Maturana y al profesor Ignacio Ried, por su interés en mi investigación, sus agudas observaciones y su disposición a reunirse conmigo para compartir ideas sobre mi trabajo. Sus comentarios y su feedback han sido fundamentales para el resultado final de esta tesis.

Además, agradezco a mi hermano y a mi madre por su apoyo infinito, por su acompañamiento trascendental a lo largo del proceso de confección de este trabajo y de toda mi carrera académica.

La realización de esta tesis habría sido imposible sin su apoyo.



# INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la excepción de litispendencia en el contexto del arbitraje internacional de inversiones. Ello, desde la perspectiva de la exigua y dispersa regulación normativa presente en este tipo de procedimientos, así como también desde los criterios utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para evaluar esta institución. Si bien el criterio clásicamente utilizado en el Derecho chileno para estimar procedente la excepción de litispendencia ha sido el de la “triple identidad” (identidad de partes, causa y objeto), esta investigación pretende responder si el mismo criterio se encuentra en el Derecho internacional de inversiones y, en caso afirmativo, cuáles son las diferencias sobre cómo opera aquel estándar al momento de encontrarse en tramitación un procedimiento arbitral de inversiones y, en paralelo, un procedimiento ante un foro nacional o internacional, judicial o arbitral.

En el primer capítulo, se revisará con detención el arbitraje internacional de inversiones como mecanismo de resolución de controversias entre un inversionista extranjero y un Estado receptor. Este contexto permitirá vislumbrar las problemáticas que surgen a raíz de este procedimiento, como las distintas aristas identificables en estas disputas, la dispersión de normas aplicables a cuestiones procedimentales y sustantivas, las diferencias entre las distintas modalidades del arbitraje de inversiones, y la relación entre los distintos ordenamientos jurídicos relevantes. Esto, como se puede apreciar, genera un contexto en que múltiples variables jurídicas deben ser tomadas en consideración, lo que hace necesario observar los criterios comúnmente utilizados en la doctrina y la jurisprudencia para resolver el problema relativo a procedimientos paralelos. Además, cabe destacar que la internacionalidad, que es característica de este mecanismo de solución de controversias, da pie al diálogo entre distintas tradiciones legales; lo cual será útil a la hora de determinar si la litispendencia es efectivamente una herramienta globalmente utilizada y reconocida para afrontar los procedimientos paralelos, y si existe unanimidad en cuanto a sus requisitos de procedencia. El análisis de esta primera sección proveerá al lector de las categorías y los conceptos adecuados para abordar las referidas problemáticas.

En el segundo capítulo, se tratará la institución de la litispendencia, conceptualizándola, caracterizándola y sentando sus principios y valores fundantes, con el fin de dar cuenta del rol y funcionalidad de esta excepción en el proceso. Lo anterior se hará principalmente desde la perspectiva de la dogmática chilena y la diversidad de tratamiento doctrinal que existe en esta materia. Dada la ausencia de una regulación normativa robusta de esta institución en el ordenamiento jurídico chileno y la falta de una cantidad considerable de investigaciones doctrinales profundas en la materia, resulta necesario hacer referencia a los trabajos comparados más importantes.

Vinculado a lo anterior, se expondrán los requisitos usualmente establecidos para que opere la excepción de litispendencia, cobrando relevancia el criterio de la “triple identidad”. A su vez, se dará

cuenta de criterios alternativos que han sido planteados, como la prejudicialidad y la conexidad (ambos sostenidos como forma de afrontar el creciente fenómeno de procedimientos paralelos en relación de conexión). Luego, se tratarán los efectos usualmente atribuidos a la excepción de litispendencia y el debate existente en este punto, dada la ausencia de provisión expresa. Por último, se abordará la pregunta sobre la existencia de litispendencia en un procedimiento arbitral, la cual constituye una interrogante que debe ser respondida obligatoriamente para los efectos de este trabajo. Todo lo anterior permitirá orientar y preparar el análisis del objeto de este trabajo.

En el tercer capítulo, se tratará la aplicación de la excepción de litispendencia en arbitrajes de inversiones, ocupando las distinciones conceptuales y clasificaciones de los primeros dos capítulos. Primeramente, se dará cuenta del creciente fenómeno de procedimientos paralelos en materia de arbitraje de inversión, lo cual otorga relevancia práctica a la pregunta de investigación de esta tesis. Aquí, podrá notarse cierto paralelismo entre la situación de masiva judicialización en Chile y el aumento de procesos de protección de inversiones, lo cual, como se expondrá, hace surgir problemas similares en ambos contextos. A su vez, se dará cuenta de los mecanismos que han sido utilizados tradicionalmente en Tratados de Inversiones para evitar este problema. Posteriormente, se abordará la pregunta sobre cual ha de ser la regulación de la litispendencia en estos procedimientos, lo que, como se verá, depende directamente de cómo sea conceptualizada esta institución procesal, teniendo implicancias directas en el análisis de su procedencia. Además, se abordará la discusión sobre si la litispendencia ha de entenderse como un principio general del Derecho y, por lo tanto, si ha de formar parte del Derecho Internacional, cuestión trascendental para evaluar su eventual aplicabilidad en materia procedimental por parte de los árbitros.

Establecido lo anterior, se tratarán los requisitos que han sido analizados por la jurisprudencia para hacer procedente la litispendencia en el contexto internacional. Posteriormente, se observarán los efectos que debería tener la procedencia de la excepción de litispendencia en un procedimiento internacional de inversiones, bajo la comprensión de las escasas normas que existen en el Derecho internacional sobre litispendencia. Luego, se presentarán distintas formas en que puede producirse el fenómeno de procedimientos paralelos al procedimiento arbitral de inversiones y cómo se han de aplicar estos requisitos, ya sea cuando se encuentra conociendo de los asuntos involucrados un tribunal nacional u otro tribunal arbitral (de carácter comercial o de inversiones). Lo anterior implicará una diferencia sustancial en cuanto a los asuntos de fondo que pueden ser sometidos a los arbitrajes de inversiones, lo cual repercute finalmente en el análisis de los requerimientos para hacer procedente la excepción.

Finalmente, se presentará un análisis respecto a la constatación de problemas e impedimentos para la aplicación de la litispendencia en los arbitrajes de inversión y se ofrecerán posibles soluciones, exponiéndose un panorama general a la luz de las conclusiones de este trabajo.

## RAZONES QUE MOTIVAN LA ELECCIÓN DEL TEMA

Como ha señalado la doctrina nacional, la litispendencia es una de las instituciones procesales más relevantes en la práctica, pero menos estudiadas dentro de la disciplina del Derecho Procesal<sup>1</sup>. La ausencia de una robusta regulación normativa en Chile sobre la excepción de litispendencia ha llevado a un sector de la jurisprudencia y doctrina chilenas a asumir ciertos criterios de procedencia en relación a sus requisitos y efectos. De esta forma, se ha adoptado tradicionalmente el estándar de triple identidad como criterio de análisis para hacer procedente la excepción de litispendencia, así como la aplicación de la acumulación de autos para dar solución al problema de los procedimientos conexos. Estas posiciones tradicionales han sido cuestionadas por cierto sector de la doctrina nacional moderna, la cual ha formulado nuevos criterios y alternativas para afrontar situaciones en las que no existe identidad, pero sí conexión y vinculación lógico-jurídica.

Si ya el plano nacional impone dificultades y desafíos sobre la institución, el ámbito del arbitraje internacional de inversiones los acrecienta, al tratarse de un contexto en el cual los elementos materiales y adjetivos inherentes a un litigio están vinculados con distintos cuerpos normativos. En efecto, esta modalidad de arbitraje presenta un contexto novedoso, al ser relativamente reciente y tener una naturaleza híbrida que oscila entre el Derecho Internacional Público y el arbitraje comercial internacional. Estas características generan distintas preguntas sobre cómo debieran operar las aristas de las disputas de esta naturaleza, las que incluyen, entre otras, las siguientes: ¿Cómo se regula la jurisdicción y competencia de estos tribunales? ¿Cómo opera el procedimiento arbitral en estos casos y qué diferencias tiene con otros tipos de procedimientos? ¿Cuál es la relevancia del Derecho Internacional y cómo interactúa éste con el Derecho doméstico?

Lo anterior añade una serie de variables a la institución que es objeto de esta investigación, pues el análisis sobre la procedencia de la excepción de la litispendencia no solo recaerá sobre cuáles han de entenderse que son sus requisitos, sino también abarcará cuál es el Derecho que ha de regular esta institución, cuáles han de ser sus efectos, cómo opera ésta frente a distintos supuestos de procedimiento paralelos y cómo podría resultar esta herramienta de utilidad para las partes en estos tipos de procedimientos. Así, el interés del tesista por este tópico de investigación surge con el objeto de responder a estas interrogantes y dar respuesta a las dificultades teóricas y prácticas encontradas.

Esta doble complejidad, que vincula a una institución compleja con un contexto novedoso, ha llevado al autor de este trabajo a ubicar el problema de investigación en la operatividad de la excepción de la litispendencia en el procedimiento del arbitraje de inversiones.

<sup>1</sup> RIED, Ignacio. Tres cuestiones sobre la excepción de litispendencia en el proceso civil chileno. *Revista de derecho (Valparaíso)*, 2015, (45), p. 206.

## FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA ELECCIÓN DEL TEMA

Los fundamentos teóricos del trabajo de investigación se encuentran en la identificación de un vacío en el tratamiento de la excepción de litispendencia para el contexto del arbitraje de inversiones en la doctrina chilena. Ello, se estima, se produce a causa de la reducida cantidad de investigaciones sistemáticas en Chile sobre el arbitraje inversor-Estado como modalidad particular de arbitraje y, además, por las complejidades de vincular este contexto con la institución procesal de la litispendencia.

En cuanto al marco teórico desde el cual se aborda la investigación, es posible apreciar una situación paralela entre el ámbito doméstico chileno y el contexto internacional de las inversiones, en cuanto al creciente fenómeno de judicialización de los conflictos y el aumento de probabilidad de procedimientos paralelos en ambos contextos. Si bien el escenario jurídico nacional posee diferencias adjetivas y sustantivas relevantes con el ámbito internacional (las cuales son debidamente delineadas en el trabajo), la existencia de problemas similares simplifica la explicación del problema de procedimientos paralelos en el contexto internacional, pues la lectura puede ser asimilada a la experiencia práctica en la litigación chilena. Así, las preguntas vinculadas a la litispendencia, la triple identidad, la conexidad, la acumulación de autos (en el arbitraje, conocida como consolidación) y la cosa juzgada en un procedimiento ordinario nacional tienen su problemática espejo en el arbitraje de inversiones.

Sin embargo, a pesar de que las problemáticas son asimilables, la serie de variables que inciden en un procedimiento arbitral de inversiones conlleva a que la respuesta que se dé ante estas problemáticas deba necesariamente tomar en consideración cuestiones que pasan desapercibidas en el contexto nacional. Buenos ejemplos de ello son la posibilidad de que en un procedimiento de inversiones incidan distintos ordenamientos jurídicos aplicables a las diversas aristas de la controversia o la finalidad inherente de protección a inversionistas frente a la afectación de actuaciones estatales por un país distinto, ambas cuestiones ausentes en el contexto ordinario nacional.

En esta línea, las complejidades que afronta la litigación chilena en lo referido a litispendencia ha llevado al autor de esta investigación a considerar aquellos mismos problemas en el marco del arbitraje de inversiones. Se espera que este trabajo de tesis logre dar cuenta de la diversidad de variantes que deben tomarse en consideración al momento de analizar la procedencia de la excepción de litispendencia y que, además, otorgue un panorama general sobre los procedimientos inversor-Estado.



## OBJETIVOS DEL TRABAJO

La principal pregunta de investigación que este trabajo de tesis busca responder es: ¿Cuándo es procedente la excepción de litispendencia en un procedimiento de arbitraje internacional de inversiones? La respuesta a esta pregunta dará con el objetivo principal de este trabajo, el cual es establecer y analizar los requisitos necesarios para la procedencia de la excepción de litispendencia cuando existe este tipo de procedimientos en curso y otro en paralelo, ya sea ante un tribunal nacional u otro tribunal arbitral internacional.

Como objetivos específicos, este trabajo pretende: **(i)** Identificar los requisitos establecidos por la doctrina y la jurisprudencia del arbitraje de inversiones para hacer procedente la excepción de litispendencia; **(ii)** Analizar la aplicación y funcionamiento de estos requisitos en la jurisprudencia; **(iii)** Dar cuenta de las diferencias que podrían existir en la resolución del problema de la litispendencia ante los tribunales nacionales y arbitrales; **(iv)** Analizar los mecanismos que se han utilizado en Tratados de Protección de Inversiones para prevenir el problema de los procedimientos paralelos; **(v)** Exponer los efectos que debería producir el que se acoja la excepción de litispendencia; y **(vi)** Plantear alternativas y posibles soluciones ante los problemas que encuentra la aplicación de la litispendencia en el moderno arbitraje de inversiones.

## HIPÓTESIS DEL TRABAJO

El análisis de la procedencia de la litispendencia ha estado tradicionalmente permeado por el test de triple identidad en Chile, lo cual se ha dado de forma similar en el plano de los arbitrajes internacionales de inversión. La triple identidad ha sido estimada como un requisito de procedencia para la utilización de esta herramienta por su sencillez y mecanicidad, sin perjuicio de las diferencias propias en la interpretación y aplicación de sus elementos. **Más allá de ser un simple estándar para la evaluación de existencia de procesos idénticos, ha sido considerada como un requisito fundamental para la operatividad de la excepción de litispendencia, por la asimilación de sus fines con los de la cosa juzgada.**

Lo anterior conlleva a que la excepción de litispendencia, por regla general, no sea procedente en estos arbitrajes de inversión, pues los procedimientos que se suelen desarrollar en paralelo (ante los tribunales ordinarios nacionales) usualmente tienen por objeto acciones con causa diferente. Esto se debe a que las reclamaciones que suelen entablarse ante los juzgados nacionales usualmente tienen como fundamento normativo las reglas del Derecho nacional y/o las obligaciones de un contrato pactado entre el inversionista y el Estado. En cambio, las reclamaciones que son alegadas ante un tribunal arbitral de inversiones son aquellas que puedan ser calificadas como derivadas de una “inversión”, lo cual implica que las normas invocadas sean principalmente las del Derecho Interna-

cional Público y que las pretensiones estén comúnmente fundadas en vulneraciones a un Tratado Bilateral de Inversiones. Todo lo anterior, por aplicación del requisito de triple identidad, conlleva a que no pueda darse lugar a la litispendencia por la ausencia de identidad de objeto y/o de causa de pedir. De esta forma, no se cumple con el criterio tradicional de triple identidad para hacer procedente la excepción pues la causa de las reclamaciones es diferente, lo cual sucede de igual manera en el caso de asuntos iniciados ante tribunales arbitrales comerciales. Ergo, la litispendencia sólo se configurará normalmente cuando existan dos tribunales arbitrales de inversión conociendo del mismo asunto.

Sin perjuicio de lo anterior, dada las dinámicas propias en el campo de las inversiones, la jurisprudencia de inversiones ha flexibilizado estos requisitos, de forma de incorporar supuestos de conexión entre objetos procesales y hacer frente a abusos por medio de la iniciación de varios procedimientos por parte de los demandantes. De esta forma, la evidencia muestra un leve relajamiento de los requisitos de la triple identidad, lo que parece mostrar un leve movimiento hacia la conexidad (incluyendo en ello a la prejudicialidad) como requisito de procedencia de la litispendencia en el arbitraje de inversiones.

## METODOLOGÍA

Para cumplir con los objetivos de la investigación, se ha ocupado principalmente el método dogmático de análisis. El principal objeto de esta metodología es explicar el ordenamiento jurídico tal como es, pero, al mismo tiempo, complementarlo y hacerlo más inteligible<sup>2</sup>. Estos fines se complementan con los objetivos de esta investigación, la cual ha buscado, por un lado, describir cuál es la situación de la excepción de litispendencia en el Derecho internacional de inversiones (y, si es que se encuentra presente, cuáles son sus requisitos, cómo opera, etc.); y, por otro lado, construir un cuerpo sistemático de ideas que permita comprender de mejor forma la situación de esta institución en el arbitraje internacional de inversiones.

En esta línea, y en términos generales, el Derecho internacional es un ordenamiento jurídico en el cual tiene particular relevancia la costumbre y los principios como fuentes normativas, por lo que resulta común que sus reglas no estén escrituradas ni positivizadas, sino que deriven de la aplicación práctica. Así, para poder analizar la litispendencia en el contexto de los arbitrajes de inversión ha resultado necesario, primero, describir y explicar el arbitraje internacional de inversiones y el ordenamiento jurídico internacional tal como son, constatando las normas, los principios y conceptos vigentes en estos contextos normativos. Por ende, en el primer capítulo se ha ocupado la metodología axiológica, no en su faz valorativa, sino que descriptiva. En otros términos, ha sido necesario des-

<sup>2</sup> CORRAL, Hernán. Cómo hacer una tesis en derecho. Curso de metodología de la investigación Jurídica. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 58.

cribir el funcionamiento del sistema internacional de inversiones y sus conceptos relevantes como forma de otorgar al lector no familiarizado con este mecanismo las categorías necesarias para la comprensión cabal de la investigación. No ha sido necesario entrar en la valoración de las reglas y la operatividad de este sistema.

En el segundo capítulo, ha sido necesario entrar en el análisis de la litispendencia como institución procesal, lo cual presentó el obstáculo de la falta de regulación sistemática en el Derecho doméstico chileno; el que ha sido ocupado como referencia para el análisis. Dada esta situación, ha sido necesario ocupar el método dogmático desarrollado a partir de la doctrina nacional y extranjera, de forma de dar con el espíritu y finalidad de esta institución. Aquí, además, se ha contrastado la litispendencia con otras instituciones procesales, con la finalidad de otorgar mayor claridad en cuanto a los valores protegidos por la institución.

En el tercer capítulo también se ha ocupado la metodología dogmática, especialmente a través del método de la sistematización o axiomatización. Se ha hecho uso del razonamiento inductivo, observando hechos y casos jurídicamente relevantes dentro del sistema internacional de inversiones sobre litispendencia, para luego extraer conceptos y relaciones que den lugar a reglas y principios concatenados lógicamente. De esta forma, por medio de la observación de la experiencia en la jurisprudencia y doctrina, se ha construido una red de requisitos, definiciones y principios sobre la litispendencia en el Derecho internacional de inversiones. Luego de esto, se han ocupado estos conceptos para resolver, por vía lógico-deductiva, los casos no previstos expresamente (en lo referido a los distintos supuestos de procedimientos paralelos). Finalmente, al constatarse los límites de la institución investigada, se ha realizado una propuesta de *lege ferendae*, reafirmando la distinción propia entre “lo que las normas dicen y lo que debieran decir”, propia de esta metodología.

## RESULTADOS

Los resultados de la investigación muestran una confirmación parcial de la hipótesis planteada. Por un lado, la jurisprudencia y la doctrina efectivamente tienden a ocupar el test de la triple identidad para la procedencia de la litispendencia cuando esta es alegada, de forma similar al contexto doméstico chileno. Sin embargo, los tribunales de inversiones han construido en su análisis un cuarto requisito ausente dentro de los ordenamientos domésticos: el requisito del “mismo orden legal”, el cual implica que para hacer procedente la litispendencia en el contexto de un procedimiento internacional, el proceso en paralelo debe encontrarse también dentro del ordenamiento jurídico internacional. Por tanto, resultaría imposible que la litispendencia fuera procedente cuando el proceso en paralelo fuese ante un tribunal doméstico (o un tribunal arbitral comercial).

Sin perjuicio de lo anterior, la experiencia práctica muestra que, en una mayoría de decisiones, los tribunales se han fundado en la ausencia de identidad de partes y de causa de pedir para rechazar la alegación de litispendencia. La doctrina ha estimado que el arbitraje de inversiones, en especial cuando nace en virtud de un tratado de protección de inversiones, hace crecientemente improbable la materialización de los elementos del test de triple identidad. Ello, en tanto la reestructuración empresarial permitiría a inversionistas frustrar fácilmente el requerimiento de la identidad de partes, a lo que se suma la situación común de reclamaciones de tratado y de contrato que obstaculizarían la presencia del requisito de identidad de causas. Estos han sido estimados como los verdaderos impedimentos para la aplicación de la litispendencia en el arbitraje internacional de inversiones.

En cuanto a la flexibilización de la triple identidad por parte de los tribunales arbitrales de inversiones, el análisis de una gran mayoría de decisiones conlleva a la refutación de esta parte de la hipótesis. En otros términos, la jurisprudencia tiende a aplicar estrictamente la triple identidad en lo que a litispendencia refiere, cuestión que ha sido observada con preocupación desde ciertos sectores de la doctrina que estima que esta forma de aplicación del estándar avala la mala fe procesal de los inversionistas. Sin perjuicio de lo anterior, la investigación muestra un leve pero efectivo relajo en la aplicación de los elementos de la triple identidad cuando la institución que ha sido analizada por los tribunales es distinta a la litispendencia: cláusulas de elección de vías o agotamiento de los remedios locales. Así, algunos autores han planteado la razonable pregunta por la disparidad de aplicación cuando la institución en juego es la excepción de litispendencia.



# CAPÍTULO 1:

## EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

### 1.1. Generalidades

Uno de los mayores avances en la pacificación de los conflictos armados derivados de disputas económicas internacionales fue la creación del arbitraje como medio de alternativo de resolución de conflictos. Desde el famoso caso de las Reclamaciones de Alabama en 1872, en el cual se resolvió la disputa sobre la violación de la neutralidad del Reino Unido en la guerra civil estadounidense, el arbitraje apareció como un mecanismo útil para la resolución pacífica de disputas entre naciones<sup>3</sup>. Ello sentó las bases para la celebración de la Convención de La Haya de 1907 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, a partir de la cual emergió por primera vez un sistema global para la resolución pacífica de disputas internacionales entre sujetos de Derecho internacional: el de la Corte Permanente de Arbitraje (*Permanent Court of Arbitration*, en adelante, “PCA” o “CPA”)<sup>4</sup>.

Paulatinamente, esta herramienta fue ampliándose a campos distintos de los conflictos entre Estados. Uno de los ámbitos en que el arbitraje ganó un espacio más relevante fue el del comercio internacional, siendo el hito más determinante en este punto la creación de la Cámara de Comercio Internacional en París el año 1919<sup>5</sup> (*International Chamber of Commerce*, en adelante, “ICC” o “CCI”). La creación de la Corte de Arbitraje de la ICC en 1923 implicó que el arbitraje se convirtiera en la forma normal de resolver disputas derivadas del intercambio comercial internacional<sup>6</sup>.

Sin embargo, la utilización del arbitraje en materia de protección de inversiones extranjeras no se dio tan tempranamente y su desarrollo fue mucho más lento que en los casos anteriores, a pesar de tener sus raíces en la historia primigenia de la resolución de disputas del Derecho internacional<sup>7</sup>. En los conflictos entre inversionistas y Estados, fue usual recurrir a mecanismos violentos por parte del Estado del cual era nacional el inversionista con el objetivo de salvaguardar los intereses de sus nacionales que reclamaban violaciones a sus derechos<sup>8</sup>, práctica que se dio hasta inicios del siglo XX<sup>9</sup>.

3 SCHULTZ, Thomas; GRANT, Thomas D. *Arbitration: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 4.

4 VAN DEN HOUT, Tjaco. Resolution of International Disputes: The Role of the Permanent Court of Arbitration—Reflections on the Centenary of the 1907 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes. *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21 (3), 2008, p. 643.

5 SCHULTZ, Thomas; GRANT, Thomas. *Ob. Cit.*, p. 4.

6 DERAÏNS, Yves. New Trends in the practical Application of the ICC Rules of Arbitration. *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, Vol. 3, 1981, p. 39.

7 LEVENTHAL, Alexander. Threading the Sovereign's Needle. A philosophical Deconstruction of an Investor-State Tribunal's Authority to Award Interim Relief in Relation to Criminal proceedings. *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration*, Vol. 3, (4), 2021, p. 5.

8 LANTAN, Harold. Introducción al arbitraje de inversión. *Ley, derecho, jurisprudencia*, Vol. 7 (11), 2015, p. 68.

9 ROSERO, Nicolás. Cláusulas de Fork in the Road en acuerdos internacionales de inversión: insumos para la construcción de un test unificado. *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, 2016, Vol. 4 (2), p. 59.

Ante la posibilidad de la vía armada, los Estados comenzaron progresivamente a exigir que las controversias sobre inversiones extranjeras en su territorio fueran resueltas como un asunto doméstico<sup>10</sup>, idea que permanecería intacta hasta los años 60. Esta forma de atender este tipo de conflictos iba de la mano de las famosas “doctrinas Drago y Calvo”, las cuales postulaban, por un lado, que la deuda pública en ningún caso podía dar pie a la intervención armada<sup>11</sup> y, por otro, que los inversionistas tenían la obligación de recurrir a las herramientas legales disponibles ante los tribunales locales para obtener protección, sin poder pedir protección diplomática al país de origen<sup>12</sup>.

En atención a lo anterior, fue ganando eco la idea de que los tribunales nacionales del Estado receptor eran los únicos habilitados para resolver pacíficamente este tipo de conflictos, de forma privada y sin politización de la disputa. Esta idea no vendría a cambiar sino hasta el año 1966, cuando entró en vigor el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, que dio nacimiento al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, “ICSID” o “CIADI”)<sup>13</sup>. Si bien existieron referencias teóricas anteriores al arbitraje como un mecanismo para atender a este tipo de conflictos<sup>14</sup>, fue solo al momento de la creación del CIADI cuando aquel surgió como una solución práctica y plausible para resolver las disputas entre inversionistas y Estados.

Ahora bien, a pesar de su creación 20 años antes, el CIADI no recibió demandas por vulneración a un Acuerdo Internacional de Inversiones sino hasta el año 1987<sup>15</sup>. Con anterioridad a este año, sólo se habían desarrollado y resuelto 14 disputas de inversiones ante el CIADI<sup>16</sup>, las cuales tenían mayoritariamente origen contractual o legal. Sin embargo, partir de 1987 empezaron a aumentar significativamente las disputas inversor-Estado, en correlato con la proliferación de los Tratados de Protección de Inversiones<sup>17</sup>. Esto da cuenta de lo relativamente novedoso que es el arbitraje de inversiones como institución; el cual, si bien no estuvo exento de críticas desde sus orígenes, representó una alternativa muy atractiva por su imparcialidad, rapidez, bajo costo e irrevocabilidad<sup>18</sup>. Estas virtudes llevaron a consagrarlo como una de las áreas más fértiles (en términos de utilización práctica) del Derecho internacional en materia económica<sup>19</sup>.

10 ROSERO, Nicolás. Ob. Cit., p. 59 citando a JARAMILLO, Eduardo. *¿El regreso a las cañoneras y Calvo?: hacia dónde va el arbitraje entre inversionistas y Estados*, 2005.

11 MOLINA, Evaristo. La Doctrina Drago. Memoria de Prueba para optar al Grado de Bachiller en Leyes i Ciencias Políticas. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1917, p. 1489.

12 CALVO, Carlos. Le droit international théorique et pratique: précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens. A. Rousseau, 1896, pp. 350-351.

13 ROSERO, Nicolás. Ob. Cit., p. 60.

14 MOLINA, Evaristo. Ob. Cit., p. 1489.

15 BROWN, Chester. Procedure in investment treaty arbitration and the relevance of comparative public law. En: SCHILL, Stephan. *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 670. Tal como explica el autor, el primer caso CIADI por vulneración a un Tratado de Inversiones fue *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Sri Lanka*, caso en el cual fue dictado laudo el 27 de junio de 1990.

16 YOUNBI FASSEU, Frédérique. Current Debates on Investor-State Arbitration in Latin America. Tla-melaua, Vol. 12 (45), 2018, p. 194.

17 Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. Controversias entre inversores y Estados: prevención y alternativas al arbitraje. Ginebra: Naciones Unidas, 2010, p. 4.

18 MORTIMORE, Michael. Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe. *Naciones Unidas*, (188), 2009, p. 26.

19 POLANCO, Rodrigo. The return of the home state to investor-state disputes: bringing back diplomatic protection?

Producto de lo anterior, ha existido una evolución rápida en el campo de estudio gracias a la creación del CIADI y los más de 3.000 tratados de inversión celebrados a la fecha. Esto ha facilitado el proceso de creación de una verdadera “jurisprudencia” internacional sobre inversión extranjera por parte de los tribunales del CIADI, los cuales persiguen determinar el Derecho aplicable a sus casos, corroborar la vigencia de las reglas jurídicas y constituir precedentes para disputas futuras<sup>20</sup>. Un ejemplo prístino del aporte de la jurisprudencia arbitral en el desarrollo de esta área del Derecho es el principio general de la buena fe y la prohibición del abuso de derecho como estándar requerido por los tribunales para la iniciación de un procedimiento arbitral de inversiones<sup>21</sup>, el cual ha sido introducido dentro del análisis de los tribunales para determinar la admisibilidad de una demanda por vulneración de derechos de un inversionista.

Sin embargo, al existir una proliferación relativamente acelerada de los arbitrajes de inversión, han surgido a su vez diferentes problemáticas jurídicas asociadas a los mismos, referidas al consentimiento inicial de las partes al arbitraje, la regulación de cuestiones procedimentales que no se encuentran expresamente consagradas, las cuestiones referidas a elementos sustantivos de la controversia y el reconocimiento y ejecución final de los laudos dictados<sup>22</sup>. Este tipo de cuestiones hacen necesario otorgar respuestas adecuadas a las situaciones que pueden llegar a desarrollarse, lo que no solo tiene relevancia en cuanto a la certeza jurídica esperable de estos procedimientos, sino que también en cuanto a fortalecer su buena percepción e imagen pública, cuestiones trascendentales para su mantenimiento<sup>23</sup>.

En este contexto, y atendida a la masificación del uso del arbitraje para resolver disputas entre inversionistas y Estados, uno de los problemas procedimentales que se ha dado cada vez con más recurrencia es la situación de procedimientos paralelos<sup>24</sup>. Esto va de la mano con el llamado proceso de “fragmentación del Derecho internacional”, mediante el cual distintos tribunales son llamados a resolver diversas dimensiones de una misma disputa de carácter internacional. Así, atendida la gran cantidad de Tratados Bilaterales de Inversión ratificados que contienen ofertas de arbitraje y de inversores que recurren a este mecanismo, el aumento en los riesgos de procedimientos paralelos con un mismo objeto y la inconsistencia de laudos es patente.

Sumado a ello, las dudas sobre el tratamiento que debiese dársele a una situación como la indicada se acrecientan cuando se observa que este tipo de problemáticas no suelen encontrarse reguladas por los estatutos y las reglas aplicables a estas disputas. Si bien los reglamentos de las institucio-

---

Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 29.

20 PÉREZ PACHECO, Yaritza. Arbitraje inversor-Estado desde la perspectiva latinoamericana. En ODRIÓZOLA, Carlos. Retos actuales del derecho internacional privado, Memorias de XXXVIII Seminario de Derecho Internacional Privado. Ciudad de México: Instituto de la Judicatura Federal, 2015, p. 155

21 PACHECO, Yaritza Pérez. Ob. Cit., p. 155.

22 ARENAS, Sergio. Problemas jurídicos del arbitraje ante el CIADI. 2021 [en línea]. Disponible en: [https://issuu.com/sergioluisarenasbenavides/docs/problemas\\_juridicos\\_del\\_arbitraje\\_ante\\_el\\_ciadi](https://issuu.com/sergioluisarenasbenavides/docs/problemas_juridicos_del_arbitraje_ante_el_ciadi) [consulta: 3 de junio de 2023].

23 MARCEDDU, María Laura; ORTOLANI, Pietro. What is wrong with Investment Arbitration? Evidence from a Set of Behavioral Experiments. *The European Journal of International Law*, Vol. 31 (2), 2020, pp. 410 y ss.

24 CUNIBERTI, Gilles. Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement. *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Vol. 21, 2006, p. 1.

nes arbitrales están razonablemente detallados con miras a otorgar soluciones rápidas a las partes, ellos no disponen de reglas para cada situación que pueda acontecer<sup>25</sup>. Ello deja un espacio relativamente amplio para la discreción jurisprudencial en esta materia, lo cual va en línea con el rol preponderante que han tomado los tribunales en dar respuesta a estas situaciones no reguladas y en conformar el Derecho de inversiones.

Dado lo anterior, una de las preguntas que tiene más relevancia práctica y que resulta más atingente de ser resuelta en el contexto de los arbitrajes de inversión es la siguiente: ¿cómo debiesen reaccionar los tribunales arbitrales de inversiones y los demandados ante la interposición de una demanda cuando existe un procedimiento pendiente entre las mismas partes ante otro tribunal, ya sea arbitral (de inversiones o comercial) o estatal? Nótese que esta interrogante presupone una incógnita anterior, que es: ¿debiera ser relevante para las partes y el tribunal la existencia de un procedimiento en paralelo al arbitraje de inversiones?.

Como ha sido denunciado, el pronunciamiento de decisiones contradictorias ya ha sucedido en el marco del Derecho internacional de inversiones<sup>26</sup>. Si bien este tipo de situaciones han sido consideradas perniciosas dentro del contexto jurídico doméstico chileno, para lo cual se ha recurrido a la excepción de litispendencia como solución, es plausible cuestionarse si sucede lo mismo dentro del Derecho internacional de inversiones. Y en caso de que la respuesta sea afirmativa, evaluar si la litispendencia se encuentra a disposición de las partes en estos procedimientos para hacer frente a la situación de procedimientos paralelos. De ahí que la anterior pregunta tenga particular relevancia práctica y merezca ser respondida con detenimiento.

Para efectos de adentrarse en la problemática presentada, resulta primero necesario tener una clara conceptualización y caracterización del arbitraje de inversiones y el contexto normativo en que estos procedimientos se desarrollan.

## 1.2. Conceptualización del arbitraje inversor-Estado

Lo primero que debe destacarse es que el arbitraje de inversiones es una modalidad de arbitraje. A pesar de ser una institución global, existen múltiples y diversas concepciones del “arbitraje” que se pueden identificar a partir de un análisis de Derecho comparado, las cuales nacen, a su vez, de distintas preconcepciones del mismo. En este sentido, existen cuatro teorías que se han elaborado para explicar la naturaleza jurídica del arbitraje: la teoría jurisdiccional, la teoría contractual, la teoría mixta (híbrida) y la teoría autónoma<sup>27</sup>.

25 BROWN, Chester. Ob. Cit., 664.

26 HANSEN, Robin. Parallel Proceedings in Investor-State Treaty Arbitration: Responses for Treaty-Drafters, Arbitrators and Parties. *The Modern Law Review*, Vol. 73 (4), 2010, p. 523.

27 BANTEKAS, Ilias. An introduction to international arbitration. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 2.



Los partidarios de la primera teoría se fundan en el poder del Estado para controlar y regular los arbitrajes en su territorio y estiman que la función ejercida por los árbitros es pública y cuasi-judicial<sup>28-29</sup>. A su juicio, claras pruebas de la naturaleza inherentemente jurisdiccional del arbitraje serían, por ejemplo, el hecho de que las personas solo pueden someter una disputa al conocimiento de un árbitro cuando el Derecho lo permite expresa o implícitamente<sup>30</sup>, o también la necesidad de recurrir a los tribunales estatales para poder ejecutar el laudo final<sup>31</sup>.

Por otro lado, los partidarios de la teoría contractual enfatizan en que el nacimiento y supervivencia del arbitraje depende del acuerdo de las partes, por lo que sería un elemento de la esencia de aquél el ser creado por la voluntad y el consentimiento de los contratantes<sup>32</sup>. A diferencia de la teoría anterior, los partidarios de esta concepción no creen que los árbitros ejerzan una función pública, sino que meramente ejercen los poderes derivados de un mandato suscrito con las partes, encontrando su fundamento en que todo el procedimiento arbitral se basa en un arreglo contractual<sup>33-34</sup>.

En cuanto a la teoría mixta, cabe tener presente que ella fue originalmente planteada por Georges Sauser-Hall en 1952, el cual postulaba que el elemento contractual y jurisdiccional estaban indisolublemente interrelacionados<sup>35</sup>. Esta doctrina toma la posición según la cual el arbitraje no es ni enteramente privado ni enteramente público y sugiere la sinergia entre la voluntad de las partes y el rol del Estado en la asistencia en el procedimiento<sup>36</sup>. El papel del Estado sería crucial para dar efecto a la voluntad de las partes, más que en asumir el protagonismo en el control del procedimiento, y

28 LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. Comparative international commercial arbitration. The Hague: Kluwer Law International BV, 2003, p. 75.

29 Sin ir más lejos, esta es la teoría que, a juicio de Patricio Aylwin, se ha plasmado en la consagración legal del arbitraje en el ordenamiento jurídico chileno, el cual otorga la calidad de “jueces” a los árbitros. Esto ha llevado a que el mismo autor conceptualice al juicio arbitral como *“aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegido por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio; o por un tercero en determinadas ocasiones”*. De su definición es claro el carácter jurisdiccional que el autor otorga a la institución. AYLWIN, Patricio. El Juicio Arbitral. 6ª ed, Santiago: Legal Publishing, 2014, pp. 26 y ss. En el mismo sentido, RIVERO, Renée. La prejudicialidad en el proceso civil. Medios procesales para la coherencia de sentencias dictadas en procesos con objetos conexos. Estudio comparado del Derecho español y chileno. Tesis doctoral. Valencia: Universidad de Valencia, 2015, p. 371. Pareciera estar en una vereda opuesta VÁZQUEZ, María Fernanda. Tratado de arbitraje en Chile. Arbitraje interno e internacional. Thomson Reuters, 2018, pp. 25-27.

30 LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. Ob. Cit., p. 75.

31 Este argumento fue sostenido en el conocido caso *Marquis de Santa Cristina v. Prince del Drago*, fallado el 10 de diciembre de 1901 por la Corte de Apelaciones de París, la cual resaltó la naturaleza jurisdiccional de un laudo extranjero.

32 GAILLARD, Emmanuel. Legal theory of international arbitration. Leiden: Martinus Brill Nijhoff, 2010, pp. 24-34.

33 LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. Ob. Cit., p. 77.

34 Como establecen los autores Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman, cabe considerar que, en Francia, el arbitraje es tradicionalmente definido como *“un mecanismo por el cual la solución de una cuestión que es de interés para dos o más personas se encomienda a una o más personas -el árbitro o los árbitros- **que derivan sus poderes de un acuerdo privado**, no de las autoridades de un Estado, y quiénes deben proceder y decidir el caso sobre la base de dicho acuerdo”* (traducción libre, énfasis agregado). En el mismo sentido, los autores citados establecen que la doctrina suiza define al arbitraje como *“un método privado para resolver disputas, **basado en el acuerdo entre las partes**. Su característica principal es que involucra someter la disputa a individuos escogidos, directa o indirectamente, por las partes (...)”* (traducción libre, énfasis agregado). Como podrá notarse, en ambos ordenamientos el acento se encuentra en el consentimiento como raíz y fundamento del arbitraje, distanciándose del enfoque jurisdiccional. SAVAGE, John; GAILLARD, Emmanuel. Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 9-10.

35 SAUSER-HALL, Georges. L'arbitrage en droit international privé: rapport et projet de resolutions. 1952.

36 BANTEKAS, Ilias. Ob. Cit., p. 3.

los tribunales arbitrales ejercerían una función pública que encuentra su razón de ser en el contrato celebrado entre las partes<sup>37</sup>. Esta posición ha sido la predominante en el mundo actual, en tanto se acomoda a los fundamentos contractuales y jurisdiccionales que se encuentran en el Derecho moderno y en la práctica actual del arbitraje comercial internacional<sup>38</sup>.

Por último, la llamada “teoría autónoma” hace referencia a la visión del arbitraje como un proceso que se desarrolla y opera solamente para abordar las necesidades del mundo de los negocios, por lo que la base contractual del arbitraje permite a las partes soslayar el Derecho nacional, siendo la sede del arbitraje de mínima importancia<sup>39</sup>. Bajo esta doctrina, el procedimiento arbitral no requeriría estar vinculado de manera alguna a algún Derecho doméstico, por lo que podría estar completamente deslocalizado<sup>40</sup>.

Como será notado en los siguientes capítulos, esta última teoría pareciera describir adecuadamente la operatividad de los arbitrajes de inversiones en el CIADI, en los cuales la sede no cumple función alguna, situándose éstos en un plano supra nacional<sup>41</sup> (a diferencia de otros tipos de arbitrajes de inversión en que el Derecho doméstico sí cumple una función relevante). Sin embargo, lo cierto es que inexorablemente los árbitros en este tipo de disputas ejercen un rol público, atendida la naturaleza de las controversias que son sometidas a su conocimiento y los intereses que suelen estar en juego. A ello cabe añadir que las decisiones emanadas de alguno de estos tribunales igualmente deberán ser reconocidas y ejecutadas en el ordenamiento de algún Estado. Por consiguiente, no puede sostenerse la absoluta abstracción de los procedimientos CIADI respecto de los ordenamientos jurídicos domésticos, y de ahí que resulte necesaria su debida coordinación con los tribunales estatales. Es por estas razones que la comprensión de los arbitrajes de inversión a la luz de la teoría mixta pareciera ser especialmente adecuada en orden a obtener un entendimiento cabal de esta institución.

Dicho lo anterior, cabe tener en consideración que todos los enfoques expuestos poseen ciertos elementos comunes que dialogan con el arbitraje de inversiones, como el ser una forma de resolución de disputas caracterizada por la adjudicación de un tercero elegido directa o indirectamente por las partes, el ser eminentemente consensual en su operatividad y el oponerse a la litigación civil ordinaria<sup>42</sup>. A ello hay que agregar que sea cual sea la naturaleza que se estime tenga el arbitraje (y el arbitraje inversor-Estado de forma particular), éste siempre se configurará por medio del llamado a un tercero imparcial y neutral para que resuelva el conflicto; es decir, la pretensión de imparcialidad es inherente a este mecanismo de resolución de conflictos. Por estas cuestiones, el arbitraje como categoría general es usualmente comprendido como un método relativamente sencillo de resolver

37 BANTEKAS, Ilias. Ob. Cit., p. 3.

38 LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. Ob. Cit., p. 80.

39 BANTEKAS, Ilias. Ob. Cit., p. 3.

40 Ibid., p. 3.

41 DE BRAVENDERE, Eric. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural Aspects and Implications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 113.

42 BANTEKAS, Ilias. Ob. Cit., p. 4.

disputas consistentes en el acuerdo de dos partes de someter sus controversias a una o más personas en cuyos juicios están dispuestas a confiar<sup>43</sup>.

Dicho lo anterior, cabe tener presente que existen diversas clasificaciones de arbitrajes, como son los arbitrajes de derecho, equidad y mixto<sup>44</sup>; los arbitrajes ad-hoc e institucionales<sup>45</sup>; y el arbitraje voluntario, prohibido y forzoso<sup>46</sup>. Sin embargo, para efectos de este trabajo, la clasificación más relevante a tener en cuenta consiste en la distinción entre el arbitraje nacional e internacional, la cual atiende a un criterio eminentemente territorial. El arbitraje nacional o doméstico chileno se encuentra regulado como juicio especial en los artículos 628 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC) y dice relación con asuntos suscitados entre nacionales, teniendo lugar dentro del territorio de la República<sup>47</sup>. Este tipo de arbitrajes presupone un acuerdo de las partes que presenta elementos que tienen una conexión única con un determinado Estado<sup>48</sup>.

Por otro lado, el arbitraje internacional es aquel que recae sobre un negocio cuya naturaleza es internacional<sup>49</sup>, calificación que no se encuentra exenta de debates sobre qué elementos son los que transforman el carácter de un arbitraje en “internacional”. En este punto, usualmente se ha recurrido a la noción de Derecho trasnacional, siendo los arbitrajes internacionales aquellos que se dan en el contexto de este último, en atención a que “de alguna manera trascienden los límites nacionales”<sup>50</sup>. Así, se ha estimado que existen ciertos indicadores que dan cuenta de la internacionalidad

43 NIGEL, Blackaby; PARTASIDES, Constantine. Redfern and Hunter on International Arbitration. Student Version. 6ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 2.

44 Esta es una clasificación llevada a cabo por el artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales chileno (COT), y atiende a la manera de actuar de los árbitros y su decisión, construyéndose la tipología a partir de la tramitación del juicio arbitral y la dictación de la sentencia. VAZQUEZ, María Fernanda. Ob. Cit., p. 75; AYLWIN, Patricio. Ob. Cit., pp. 157-162; CASARINO, Mario. Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Orgánico. 6ª ed, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, Tomo I, pp. 12-13.

45 Esta clasificación atiende a la decisión de las partes de otorgar la administración del procedimiento arbitral a una determinada institución o no. En este sentido, los arbitrajes ad-hoc son aquellos en que son las propias partes o, en defecto de ellas, los árbitros, los que establecen las reglas necesarias para que el arbitraje se pueda desarrollar de manera adecuada, encargándose de su organización y administración. Por otro lado, los arbitrajes institucionales o administrados son aquellos en que existe una institución que se encarga de la organización y administración del arbitraje, contando con reglamentos que regulan la actividad de los árbitros y las partes. Ver BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. Ob. Cit., p. 42; RUSKA MAGUIÑA, Carlos. Arbitraje Ad Hoc o Arbitraje Administrado: el Rol de las Instituciones Arbitrales en el Perú. *Iuris Dictio*, Vol. 7 (11), 2007, pp. 22-23.

46 Esta es una clasificación llevada a cabo por los artículos 227, 228, 229 y 230 del COT, la cual atiende a la calificación legal de la materia objeto del conflicto, lo que determina una distribución de una competencia en razón de la materia (competencia absoluta). El arbitraje voluntario es aquel que recae sobre materias en que es enteramente facultativo para las partes someterlas a la resolución de la justicia arbitral; el arbitraje prohibido es aquel que recae sobre materias que el legislador impide que sean resueltas por un árbitro; y, por último, el arbitraje forzoso es el que recae sobre materias litigiosas que la ley obliga a resolverlas mediante la intervención de un árbitro. ROMERO, Alejandro; DÍAZ, José Ignacio. El arbitraje interno y comercial (parte general). 2ª ed, Santiago: Ediciones UC, 2016, p. 17; CASARINO, Mario. Ob. Cit., p. 18. Cabe destacar que esta es una clasificación propia del arbitraje nacional, pues en el ámbito del arbitraje internacional solo existe la voluntariedad en el sometimiento al procedimiento arbitral.

47 SCHÄFER, Joaquín. Una revisión del arbitraje internacional de inversiones a la luz de la organización de la jurisdicción chilena. *Latin American Legal Studies*, Vol. 9, 2021, p. 258.

48 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. El arbitraje internacional y sus dualidades. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2007, p. 12.

49 BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. Ob. Cit., p. 9.

50 El juez Phillip C. Jessup definía el Derecho trasnacional de esta forma, sosteniendo que éste involucra tanto disputas propias del Derecho privado y público, así como otras normas de una variedad de fuentes que no encajan totalmente en categorías estándar del Derecho nacional. STEIN, Eric. *Transnational Law by Phillip C. Jessup*. *Michigan Law Review*, Vol. 56 (6), 1958, p. 103.



de un procedimiento arbitral, como son, por ejemplo, la existencia de una sede neutral con la que las partes no tienen conexión, la comparecencia de Estados, entidades estatales o corporaciones (en oposición a personas naturales) y las cuantiosas sumas involucradas<sup>51</sup>. De esta forma, a juicio de Martin Redfern y Alan Hunter, el calificativo “internacional” posee, al menos, tres significados cuando se trata de arbitraje: la naturaleza de la disputa misma, la nacionalidad de las partes y/o la referencia a una sede escogida para el arbitraje<sup>52</sup>.

Establecido ello, es preciso destacar que existen distintas modalidades de arbitraje internacional. Estas son figuras que, si bien comparten un tronco procedimental común desde la perspectiva procesal y la adjudicación de la decisión, ofrecen notables diferencias de contenido y alcance<sup>53</sup>.

En primer lugar, el **arbitraje de Derecho Internacional Público** (o “arbitraje internacional” sin calificativo) es aquel que concierne exclusivamente a sujetos de Derecho Internacional, y las normas aplicadas por los árbitros en este caso corresponden a las del Derecho Internacional Público<sup>54</sup>. De esta forma, quienes toman parte en estos procedimientos son principalmente organizaciones internacionales y Estados<sup>55</sup>, y las normas aplicadas para resolver las disputas son las del Derecho Público Internacional, conformado por los tratados internacionales, la costumbre internacional, los actos unilaterales y las demás fuentes del mismo<sup>56</sup> (aunque las partes también podrían pactar expresamente que la controversia sea resuelta por medio de la equidad<sup>57</sup>). Esta modalidad descansa en el consentimiento de los Estados y demás sujetos, dado el carácter voluntario de la jurisdicción internacional, sin perjuicio de lo cual la sentencia sometida a un tercero imparcial es definitiva, obligatoria y pone fin al litigio<sup>58</sup>. Además, las reglas jurídicas que son ocupadas para resolver este tipo de conflictos tienen origen en la aceptación voluntaria de las partes, voluntad que se manifiesta a través de acuerdos o usos aceptados (constituyendo estos últimos principios jurídicos de Derecho Internacional)<sup>59</sup>.

La institución más relevante en este ámbito es la CPA, con sede en La Haya, creada en 1899 a partir de la primera Conferencia de la Paz de la Haya y siendo reestructurada en 1907 en la segunda Conferencia de la Paz de La Haya. Tal como establece el art. 41 de esta última, la CPA fue creada con el objeto de facilitar el recurso inmediato al arbitraje para las diferencias internacionales que no se ha-

51 BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. Ob. Cit., pp. 7- 8.

52 Ibid., p. 8.

53 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. El arbitraje internacional...Ob. Cit., p. 14.

54 Ibid., p. 15 citando a OLAVO, Baptista. Arbitraje internacional, público y privado. *Liber amicorum en homenaje al profesor Dr. Didier Opertti Badán*, 2005.

55 BERNAL-GÓMEZ, Daniel. Tendencias académicas sobre Derecho Internacional Público. Tunja: Ediciones Usta, 2018, pp. 61-63. Ahora bien, como explica el autor citado, existen sujetos de derecho internacional innominados distintos de los Estados y las Organizaciones Internacionales, como la Sante Sede-Ciudad del Vaticano, la Orden Soberana de Malta, los grupos beligerantes o insurrectos e incluso se ha reconocido un pequeño grado de subjetividad internacional al individuo.

56 BERNAL-GÓMEZ, Daniel. Ob. Cit., pp. 44-51.

57 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. El arbitraje internacional...Ob. Cit., p. 15.

58 Loc. Cit.

59 ORENCH Y DEL MORAL, María. ¿Es el consentimiento de los Estados fundamento de la norma y de la obligación internacional? Breve consideración de las líneas de desarrollo que superan esta concepción básica. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, (17), 2001, p. 214.



yan resuelto por la vía diplomática. Es trascendental destacar que su función es proveer a organismos con personalidad pública internacional de estos mecanismos, tal como deja en claro la introducción de su Reglamento de Arbitraje del año 2012<sup>60</sup>. Además, a pesar de que su nombre pudiera inducir a una idea contraria, la CPA no es un tribunal fijo ni estable, sino que es una institución que provee de una lista de árbitros, de la cual las partes eligen algunos para constituir el tribunal arbitral que solucione la controversia que pretende ser sometida a su conocimiento<sup>61</sup>. En la actualidad, al menos 115 Estados adhieren a alguna de las dos Convenciones fundantes de la CPA<sup>62</sup>.

En segundo lugar, y por una vereda completamente opuesta, **el arbitraje comercial internacional** es aquel mecanismo de resolución de controversias que aborda conflictos derivados de operaciones comerciales transnacionales. El carácter comercial de este tipo de arbitrajes lo convierte en un mecanismo preponderantemente privado, distinguiéndose así de la modalidad anterior en la cual participan los Estados en su capacidad soberana y en la cual los acuerdos de arbitraje están contemplados en tratados de Derecho Público<sup>63</sup>. En este caso, las controversias surgen entre operadores privados o entre entidades públicas que actúan como sujetos de derecho privado, y son estas partes las que manifiestan claramente su intención de resolver sus conflictos única y definitivamente por la vía del arbitraje<sup>64</sup> (lo cual suele hacerse comúnmente por medio de la incorporación de un convenio arbitral en un contrato). En este caso, el Derecho aplicable al fondo de las controversias suele ser pactado mediante una cláusula de elección de ley, esto es, mediante la incorporación por referencia de una ley extranjera en un contrato (lo cual tiene por efecto someter el contrato a la ley elegida, desplazando a otras leyes que, sin mediar la elección, lo gobernarían<sup>65-66</sup>).

En este contexto, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ha jugado un rol relevante desde su creación en 1923, siendo una de las principales y más reconocidas instituciones internacionales en materia de administración de procedimientos arbitrales comerciales internacionales<sup>67</sup>. A su vez, desde aquella fecha se han generado otros centros arbitrales alrededor del mundo que facilitan la administración de estos procedimientos, como el Centro Internacional de Resolución de Disputas de la *American Arbitration Association*, la Corte de Arbitraje

60 La introducción dispone expresamente “*El presente Reglamento es para ser usado en el arbitraje de los litigios que involucren al menos a un Estado, una entidad controlada por el Estado o una organización intergubernamental*”.

61 CASTILLO, Luis Fernando. La Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, la solución de controversias espaciales y su impacto en la sociedad internacional. *Mural Internacional*, Vol. 4 (1), 2013, p. 9.

62 Ibid., p. 9.

63 MEREMINSKAYA, Elina. Apuntes de arbitraje comercial internacional. *Journal on Dispute Resolution*, Vol. 19, 2003, p. 7 citando a SERRA, Jordi Sellarés. ¿Es el arbitraje comercial internacional tan distinto del arbitraje internacional? *Anuario de justicia alternativa*, 2002, (3), pp. 129-163.

64 MEREMINSKAYA, Elina. Apuntes... Ob. Cit., p. 10.

65 VIAL, María Ignacia. La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado. *Revista chilena de derecho*, Vol. 40 (3), 2013, p. 892.

66 En caso de no existir una cláusula de elección de ley, una solución que se ha estimado adecuada para definir la ley aplicable es recurrir a la “Teoría de los vínculos más estrechos” recogida en tratados internacionales como el Convenio de Roma de 1980 y la Convención de México de 1994, la cual determina que en caso de no existir elección de ley expresa o tácita, el contrato ha de regirse por la ley del ordenamiento con el que posea los vínculos más estrechos. Esta teoría suele conjugarse con la “Teoría de la prestación característica”, presumiéndose que el ordenamiento con los vínculos más cercanos al contrato es aquel de la Parte que debe realizar la obligación que singulariza y distingue al mismo. OVIEDO, Jorge. La ley aplicable a los contratos internacionales. *International Law*, (21), 2012, pp. 117-157.

67 ESIS, Ivette. El rol de las instituciones arbitrales en el desarrollo del arbitraje internacional. *Revista de Direito Internacional*, Vol. 16 (1), 2019, p. 40.

Internacional de Londres, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y el recientemente creado Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, entre otros<sup>68</sup>. La relevancia de escoger uno de estos centros no solo radica en la celeridad y flexibilidad que ellos pueden proveer para la administración del procedimiento arbitral, sino que también en el reglamento aplicable al mismo<sup>69</sup>. Ello, sin perjuicio de que las partes podrían perfectamente diseñar un procedimiento ad-hoc, en el cual fueran ellas mismas las que acordaran todas las aristas del procedimiento.

Por último, existe una modalidad “mixta” o “híbrida” que es el **arbitraje de inversiones**<sup>70</sup>, el cual comprende la resolución de disputas entre inversionistas extranjeros y Estados receptores en un foro neutral apartado de los sistemas judiciales nacionales de ambas partes<sup>71</sup>. Las partes en estos procedimientos son siempre un Estado receptor de una inversión extranjera y el inversionista titular de ella, siendo el arbitraje un mecanismo de arreglo mediante el cual el inversionista puede reclamar la violación a sus derechos por parte del Estado anfitrión de la inversión. Esta vulneración puede darse de distintas formas: la invasión de una propiedad privada administrada por la empresa inversionista<sup>72</sup>, la expropiación arbitraria del negocio<sup>73</sup>, la afectación a un contrato pactado entre el Estado y el Inversionista por actos legislativos<sup>74</sup>, etc.

El arbitraje inversor-Estado es una modalidad “mixta”, pues si bien es un sistema de resolución de disputas con fuertes raíces en el Derecho Internacional Público, éste también adopta *mutatis mutandis* cuestiones procedimentales del arbitraje comercial internacional<sup>75</sup>, encontrándose modelado procesalmente por este último<sup>76</sup>. Esta naturaleza dual se muestra en la forma en que se originan y tramitan estas disputas: si bien el recurso al arbitraje es generalmente facilitado por instrumentos de Derecho Internacional Público –los Tratados Internacionales de Inversión–, la base del método para resolver estas disputas se encuentra en el arbitraje comercial internacional<sup>77</sup>. Una clara prueba de la mixtura en la naturaleza de este tipo de procedimientos es el tipo de reclamaciones que pue-

68 El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM) ha tenido en Chile un rol equivalente a las referidas instituciones arbitrales en sus jurisdicciones.

69 Los reglamentos de arbitraje permiten obtener una mayor certidumbre sobre la regulación de los honorarios de los árbitros, una mayor previsión y seguridad jurídica ante diversas situaciones que pueden devenir en el procedimiento y una regulación del procedimiento determinado a seguir, incluyendo el establecimiento de un servicio administrativo profesional, entre otros aspectos importantes. DE HOYOS, Javier. El arbitraje Institucional. *Revista Jurídica Castilla & León*, Vol. 29, 2013. En Chile, el CAM Santiago provee de servicios asociados a procedimientos internacionales, contando con un reglamento de arbitraje comercial internacional aprobado el año 2006.

70 GIORGETTI, Chiara. Selecting and Removing Arbitrators in International Investment Arbitration. *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration*, Vol. 2 (4), 2018, p. 3.

71 Ibid., pp. 3-4.

72 Como ejemplo, *AMCO Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, de 20 de noviembre de 1984.

73 Como ejemplo, *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, de 20 de abril de 2004.

74 Como ejemplo, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, de 3 de julio de 2002.

75 GIORGETTI, Chiara. Selecting.... Ob. Cit., p. 2.

76 DE BRABANDERE, Eric. Ob. Cit., p. 123; BANIFATEMI, Yas. The law applicable in investment treaty arbitration. En: YANNACA-SMALL, Katia. *Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 191.

77 BROWN, Chester. Ob. Cit., 659.

den llevarse a cabo ante los tribunales arbitrales en este ámbito, en cuanto ellas pueden fundarse en la vulneración de los derechos protegidos por un Tratado de Inversiones, así como también en el incumplimiento de un contrato celebrado entre ambas partes (esto es, no obstante los requerimientos que serán aclarados en las siguientes secciones).

Sin perjuicio de lo anterior, es trascendental destacar que el arbitraje de inversiones tiene una dimensión pública inherente, al ser una instancia que permite a los individuos reclamar ante tribunales arbitrales por las decisiones soberanas de un Estado en un plano internacional<sup>78</sup>. A pesar de sus raíces duales, el arbitraje de inversiones ha sido visto como una sub-rama del Derecho Público<sup>79</sup>, llegando incluso a ser caracterizado por algunos como un “Derecho administrativo global”<sup>80</sup>. Lo anterior es no obstante el rol que tiene el principio de la autonomía de la voluntad en estos procedimientos, el cual, si bien tiene menor presencia que en el ámbito del arbitraje comercial internacional<sup>81</sup>, permite a las partes gobernar un grado considerable de la disputa, como en relación al Derecho aplicable al procedimiento y/o al fondo de la controversia.

Esta dimensión pública ha expuesto al arbitraje de inversiones a variadas críticas de carácter político. A diferencia del arbitraje comercial internacional, el proceso de pérdida de confianza respecto del arbitraje de inversiones fue tardío y dificultoso, posiblemente por la participación directa de los Estados en estos procedimientos<sup>82</sup>. Al verse involucrados directamente los intereses públicos, el arbitraje de inversiones se ha convertido en un blanco de críticas asociadas a su carácter poco transparente y “pro-inversor”, cuestión que lo ha convertido en una institución polémica<sup>83</sup>. De todas maneras, las reformas liberales introducidas en las economías durante los años 90’ produjeron un crecimiento notable en el uso de los arbitrajes de inversión, transformando a tales en una forma habitual de resolver los conflictos internacionales hoy en día<sup>84</sup>.

78 BROWN, Chester. Ob. Cit., p. 659.

79 Loc. Cit.

80 VAN HARTEN, Gus; LOUGHLIN, Martin. Investment treaty arbitration as a species of global administrative law. *European Journal of International Law*, Vol. 17 (1), 2006, pp. 121-150.

81 BROWN, Chester. Ob. Cit., p. 684.

82 TANZI, Attila; ASTERITI, Alessandra; POLANCO, Rodrigo; TURRINI, Paolo. *International Investment Law in Latin América: Problems and Prospects*. Leiden: Brill Nijhoff, 2016, p. 110.

83 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia? *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. XXIV, 2009, pp. 13-37.

84 TANZI, Attila. Ob. Cit., p. 111.

### 1.3. Caracterización del arbitraje inversor-Estado

El análisis sobre la institución del arbitraje de inversiones comienza necesariamente desde sus características propias, que lo distinguen de otras modalidades de arbitraje y de otras instituciones en general.

Una de las primeras cosas a tener en cuenta es que el arbitraje es el principal mecanismo de solución de controversias que opera en el marco general del Derecho internacional de las inversiones, y que tal vino a reemplazar la dependencia diplomática de la protección de los inversionistas<sup>85</sup>. Esto tiene relevancia, pues uno de los principales objetivos de este instituto es despolitizar este tipo de controversias<sup>86</sup>, de forma de no poner en contraposición a dos Estados (lo cual, como fue indicado anteriormente, no le ha dejado exento de críticas políticas). De esta forma, centros como el CIADI contienen reglas expresas que buscan materializar este objetivo mediante la prohibición expresa de recurrir a mecanismos diplomáticos una vez que se ha iniciado un procedimiento arbitral<sup>87</sup>.

En esta línea, debe señalarse que el carácter público inherente a las disputas en este ámbito va aparejado con que, por regla general, las cláusulas arbitrales se encuentren usualmente en Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante, “TBI”) como instrumentos de Derecho Internacional Público. Esto produce una serie de consecuencias relativas al análisis de la validez de estos actos y su interpretación, lo cual repercute finalmente en el alcance de la jurisdicción de los paneles arbitrales<sup>88</sup>.

Nótese que la entrega del consentimiento mediante una oferta de arbitraje en un TBI no obsta a que aquél también pueda ser entregado por medio de un contrato de inversiones o mediante un acto legislativo del Estado. En estos casos, las normas que rijan la existencia e interpretación de la oferta de arbitraje serán esencialmente distintas: en el caso de un contrato de inversiones, las normas relevantes no serán las del Derecho Internacional Público, pues el instrumento que contiene la cláusula no pertenece a este ordenamiento; en realidad, las normas que resultarán relevantes serán las del Derecho doméstico aplicables a este tipo de contratos. Situación similar ocurre en el caso en que la oferta de arbitraje se encuentre en una ley del Estado, caso en el cual las normas que deberán ser observadas son las que rijan el procedimiento legislativo del mismo y la interpretación de sus disposiciones legales.

85 ÁLVAREZ, José Manuel; ZENKIEWICZ, Maciej. El derecho internacional de las inversiones. Desarrollo actual de normas y principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021, p. 20.

86 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. América Latina y el arbitraje de inversiones... Ob. Cit., p. 23.

87 El artículo 27 de la Convención del CIADI dispone: “Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo”.

88 BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. Consent in Investment Arbitration: A Few Remarks. 2023. En *Kluwer Arbitration Blog* [en línea]. Disponible en: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/01/13/consent-in-investment-arbitration-a-few-remarks/> [consulta: 24 de junio de 2023].



Además, los sujetos intervinientes en este tipo de procedimientos son siempre, por una parte, un inversionista extranjero y, por otra, un Estado o Gobierno extranjero (también llamado “Estado anfitrión”). Como la regla general es que el convenio arbitral se materialice en un TBI, las partes entregarán su consentimiento a arbitrar la disputa de forma asimétrica: los Estados ofrecerán someterse al arbitraje de inversiones mediante un tratado suscrito con otro Estado y los inversionistas aceptarán esa oferta mediante la interposición de una demanda ante el tribunal arbitral<sup>89</sup>. Por ello, los arbitrajes de inversión son usualmente definidos como de impulso unilateral, en tanto es solo el inversor perjudicado por las acciones del Estado el que puede acudir a esta instancia con el objetivo de que un panel de árbitros dé solución al conflicto<sup>90</sup>. Sin perjuicio de que esta conceptualización describe de manera adecuada la gran mayoría de los casos, el autor de esta investigación difiere de ella toda vez que pasa por alto la situación en que el consentimiento es entregado mediante un contrato de inversiones (situación en la cual el mecanismo de resolución de controversias puede ser activado por cualquiera de las partes).

Por otra parte, al estar insertas en el marco del Derecho Internacional Público, las disputas sobre inversiones pueden ser reconducidas casi siempre a un mismo tipo de problemas: expropiación, trato justo y equitativo, plena protección de los derechos, *umbrella clauses*, entre otros<sup>91</sup>. Los derechos vulnerados que dan origen a estas disputas se encuentran regulados en el marco del ordenamiento jurídico internacional, en instrumentos que consagran estos derechos como forma de protección general y que, por lo tanto, han sido desarrollados consistentemente por la doctrina y jurisprudencia de este campo. Esto distingue al arbitraje de inversiones del arbitraje comercial internacional, en el cual las disputas regularmente no son las mismas y, por lo tanto, las reglas, la dogmática y la jurisprudencia pertinente es diversa dependiendo del carácter de la disputa. Esto se explica, en parte, porque en estos últimos la ley aplicable usualmente difiere para cada caso particular<sup>92</sup>.

Lo anterior debe ser vinculado al carácter específicamente técnico de las disputas sobre inversiones. Una de las ventajas propias del arbitraje en general es la posibilidad de las partes de someter su conflicto a un tribunal independiente y cualificado técnicamente para atender la disputa. Esto es especialmente importante en un procedimiento sobre protección de inversiones, dada la cuantía y especificaciones técnicas que involucran las disputas, lo cual incluso llevó en las negociaciones de la Convención de Washington (Convenio que da origen al CIADI) a abrir la posibilidad de las partes para nombrar a árbitros que no fuesen abogados<sup>93</sup>. Si bien esta última opción no resulta completamente recomendable, dado que el carácter esencialmente jurídico de las disputas sobre inversiones requiere el entendimiento y familiarización con las normas sustantivas y procedimentales del Derecho internacional, la cualificación técnica y los conocimientos específicos son cualidades im-

89 BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. Ob. Cit.

90 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., El arbitraje internacional.... Ob. Cit., p. 17. Ello es sin perjuicio de la discusión contingente sobre la posibilidad de los Estados de interponer *counterclaims* en caso de ser demandados.

91 SANDS, Philippe. Conflict and conflicts in investment treaty arbitration: ethical standards for counsel. En: BROWN, Chester; MILES, Kate. Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 24.

92 Ibid., p. 24.

93 GIORGETTI, Chiara. Selecting.... Ob. Cit., p. 32.

prescindibles que se deben buscar en un árbitro para una resolución adecuada de la controversia<sup>94</sup> (posibilidad que convierte a este mecanismo en una alternativa deseable frente a los tribunales nacionales).

Ahora bien, lo anterior tiene su correlato en el costo económico de litigar en este campo, lo cual ha sido destacado especialmente. Una parte fundamental del Derecho internacional de inversiones son los procesos técnicos que han llevado a su especialización profesional, lo cual ha implicado un aumento en los costos<sup>95</sup>. En efecto, los arbitrajes de inversión pueden conllevar el desembolso de cuantiosas cantidades de dinero, gastos que se dividen en el pago al CIADI o a la institución arbitral a cargo del arbitraje, el pago de los honorarios de los árbitros y los gastos de las partes relacionados con el procedimiento mismo, siendo generalmente esto último lo más cuantioso<sup>96</sup>. Esta circunstancia ha generado críticas al arbitraje de inversiones como una opción viable de resolución de disputas en la materia.

Siguiendo con su carácter marcadamente público, la determinación de quien selecciona a los árbitros y la forma en que lo lleva a cabo es un elemento clave y forma parte de la esencia del arbitraje de inversiones<sup>97</sup>. En efecto, y tal como fue establecido preliminarmente, la importancia de despolitizar las disputas fue uno de los factores esenciales en la creación del CIADI y en la estructuración del arbitraje de inversiones, por lo que una de las funciones más relevantes de los árbitros es mantener la confianza de las partes en el tribunal arbitral<sup>98</sup>. La desconfianza en el arbitraje produciría un eventual retorno de los inversionistas a mecanismos alternativos, como el diplomático, los cuales resultan indeseables para la preservación de la paz entre los Estados, pues usualmente conllevan grados de tensión política que incluso pueden desencadenar en conflictos armados. Por ello, el control de las partes en la designación de los árbitros es parte esencial del sistema, siendo una de sus peculiaridades el que estas últimas estén en gran parte a cargo de seleccionar a la persona que decide su conflicto<sup>99</sup>. Esta característica peculiar del arbitraje de inversiones tiene fundamento directo en la legitimidad y sostenimiento de esta institución, como mecanismo pacífico y despolitizado de resolución de conflictos.

Por otro lado, dada la complejidad técnica y cuantiosa de estas disputas, la extensión temporal de estos procesos puede ser mayor a la que usualmente se esperaría de un procedimiento arbitral en

94 Ibid., p. 33.

95 MILLS, Alex. The public-private dualities of international investment law and arbitration. En: BROWN, Chester; MILES, Kate. *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 102.

96 DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 276. El estudio realizado por el *British Institute of International and Comparative Law and Allen & Overy* da cuenta de que el coste medio desembolsado por los inversores en procesos arbitrales el año 2020 fue de 7,2 millones de dólares y por parte de los Estados fue de 4,4 millones. Si bien han disminuido los costos, estos siguen siendo altos.

97 GIORGETTI, Chiara. Who decides who decides in international investment arbitration. *U. Pa. J. Int'l L.*, Vol. 35, 2013, p. 470.

98 GIORGETTI, Chiara. Ob. cit., p. 471 citando a MATTHEWS, Joseph. Difficult Transitions Do Not Always Require Major Adjustment—It's Not Time to Abandon Party-Nominated Arbitrators in Investment Arbitration. *ICSID Review – Foreign Investment Journal*, 2011.

99 Ibid., p. 4.

otros ámbitos. Al año 2015, el CIADI determinó que la duración media de los arbitrajes de inversión era de 39 meses, plazo susceptible de aumentar debido a que, en algunas ocasiones, la parte que ha sido perjudicada por la decisión del Tribunal arbitral intenta evitar la ejecución del laudo arbitral dictado en su contra<sup>100</sup>. Esto incluso puede llevar a que el plazo de resolución del asunto en los tribunales nacionales pueda ser similar al de un arbitraje de inversión<sup>101</sup>.

Para lograr una comprensión cabal de esta modalidad, también resulta útil contrastarla con otras formas de arbitraje, como el comercial internacional. Una diferencia sustancial con estos procedimientos, digna de ser mencionada, es el rol de la confidencialidad y publicidad en el arbitraje internacional de inversiones. Sin perjuicio de las controversias que existen hoy en día sobre la confidencialidad en materia de arbitraje comercial internacional, no cabe duda de que ésta juega un importante rol en mantener los secretos comerciales a salvo de competidores y de medios de comunicación<sup>102</sup>. Esta lógica se invierte en el ámbito de los arbitrajes de inversiones, en los cuales la transparencia es “implícita”, al estar involucrado el interés público en vista de la participación de un Estado<sup>103</sup>. En este sentido, la publicidad de los procedimientos tiene un valor especial en las disputas inversor-Estado debido a la dimensión pública involucrada en este tipo de conflictos<sup>104</sup>. Sin perjuicio de ello, la gran mayoría de las disputas de inversiones hoy en día son confidenciales por acuerdo de las partes.

En línea con lo anterior, la regla general es que los tribunales arbitrales que conocen de este tipo de disputas tengan amplias facultades para admitir terceros ajenos al proceso en calidad de *amicus curiae*, esto es, terceros que intervienen en el proceso aportando una opinión fundada que puede resultar relevante para la resolución de un litigio en el que se debatan cuestiones socialmente sensibles<sup>105</sup>. Esto es característico del arbitraje inversor-Estado, en tanto la preocupación por la legitimidad del procedimiento es un tema esencial. La publicidad y legitimidad son elementos trascendentales, razón por la que se justifica la intervención de terceros que proporcionen información que pueda orientar al tribunal arbitral en su decisión y que pueda contribuir a la imagen pública de neutralidad de estos tribunales.

Por último, es indudable que la principal función de este método de resolución de conflictos es la protección de los inversores frente a los Estados extranjeros en donde realizan sus operaciones. Por ello, los inversores deben tener las mismas oportunidades competitivas que los nacionales del Estado en que hayan realizado la inversión, sin poder hacer esta última diferenciación negativa alguna

100 RODRÍGUEZ, Leire. Arbitraje Internacional de Inversiones: Las perspectivas de presente y futuro. Trabajo de Fin de Máster. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2022, p. 11.

101 Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. Controversias entre inversores y Estados: prevención y alternativas al arbitraje. Controversias entre.... Ob. Cit., p. 16.

102 SILVA ROMERO, Eduardo. Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional. *Lima Arbitration*, (5), 2012, pp. 37-38.

103 SILVA ROMERO, Eduardo. Ob. cit., p. 47.

104 FEBLES, Nayiber. Confidencialidad, privacidad y transparencia en el arbitraje internacional. *Revista de Derecho Privado*, (40), 2021, p. 471.

105 BAZÁN, Víctor. ¿De qué hablamos cuando hablamos de *amicus curiae*? *Revista de Derecho Público*, (71), 2009, p. 135.

al promulgar y aplicar sus leyes y reglamentos<sup>106</sup>. Ahora bien, esto ha conllevado a que se formulen algunas críticas por el carácter “pro-inversionista” que caracterizaría a este mecanismo de resolución de controversias, especialmente vinculado a los arbitrajes CIADI.

Sin perjuicio de que este trabajo no pretende responder a este último cuestionamiento (pues aquello excedería de sus límites), es relevante destacar que al menos en el número de casos que han sido fallados a favor de los inversionistas hasta el año 2022, no se observa el sesgo acusado. En efecto, cabe tener presente que el número de casos totales basados en tratados de inversiones al año 2022 fueron 1257, encontrándose 343 pendientes de resolución, 890 concluidos y 24 finalizados de forma desconocida. De los 890 casos terminados, 327 fueron decididos en favor del Estado y 249 en favor del inversionista (la cantidad restante corresponde a casos que fueron discontinuados, arreglados por algún otro medio o no fueron decididos en favor de ninguna de las partes)<sup>107</sup>. De esta forma, del 100% de los casos que han llegado a resolución a favor de alguna de ambas partes, 43,2% de los casos han sido decididos en favor del inversionista y el 56,8% restante en favor del Estado<sup>108</sup>.

Como podrá ser apreciado, esta modalidad de arbitraje posee sustanciales diferencias con sus dos tipologías hermanas.

Respecto del arbitraje entre Estados, el arbitraje de inversiones se distancia al tratarse de controversias relativas a la vulneración de derechos de un inversionista en el contexto de un negocio, cuestión radicalmente diferente a las materias que usualmente están involucradas en una controversia entre entidades estatales (como resultan ser los conflictos sobre límites territoriales o marítimos, cuestiones vinculadas a conflictos bélicos, una intervención política extranjera o la imposición de sanciones comerciales, etc.). Además, la mera participación de un inversionista o de una empresa privada lo distingue en su fisonomía. Frente al arbitraje comercial internacional, el arbitraje de inversiones se distingue en mayores dimensiones, en atención al rol de la publicidad, al carácter público de la disputa y al rol de la autonomía de la voluntad, entre otras.

Las referidas cualidades del arbitraje inversor-Estado particularizan a esta institución y llevaron a Jan Paulsson<sup>109</sup> en 1995 a sostener que esta modalidad “*no pertenece a una subrama de una disciplina existente. Es dramáticamente diferente a cualquier cuestión antes vista en el campo del derecho internacional*”<sup>110</sup>.

106 CORREDOYRA, Pablo. Arbitraje de Inversión: ventajas e inconvenientes de un tribunal permanente. Trabajo de fin de Máster. Madrid: Colegio Universitario de Estudios Financieros, 2020, p. 20.

107 Información en UNCTAD. Investment Dispute Settlement Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub [en línea]. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement?status=100> [consulta: 25 de junio de 2023].

108 Cabe destacar que estas cifras solo muestran la distribución numérica en la decisión final de los casos, pero no se hacen cargo de posibles críticas en el sesgo de autoselección de los casos que son sometidos al conocimiento de estos tribunales.

109 Jan Paulsson es académico experto en arbitraje comercial internacional y arbitraje de inversiones, profesor de la Universidad de Miami y miembro del panel de árbitros del CIADI desde 1998 hasta la actualidad.

110 PAULSSON, Jan. Arbitration without privity. *ICSID Review*, Vol. 10 (2), 1995, p. 256. Traducción libre de “What is



## 1.4. Competencia de los tribunales arbitrales de inversión

Teniendo claro cuál es el panorama en el plano del arbitraje de inversiones, corresponde tratar los elementos necesarios para configurar la competencia de los tribunales arbitrales en el marco de un procedimiento de protección de inversiones. La competencia es uno de los presupuestos procesales para que un tribunal pueda dictar una sentencia definitiva decidiendo sobre el mérito del asunto<sup>111</sup>. Por ende, la interrogante sobre la competencia de un tribunal arbitral de inversiones se enmarca dentro los presupuestos procesales específicamente necesarios para poder demandar ante un tribunal de esta naturaleza y que éste dicte un laudo final que se pronuncie sobre el fondo del asunto controvertido.

En esta línea, en el contexto de la litigación civil ordinaria, el jurista italiano Giuseppe Chiovenda definió los presupuestos procesales como *“las condiciones para que se consiga un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda. Para que se pueda obtener una sentencia sobre la demanda, sea en un sentido o en otro, es necesario que exista un órgano estatal regularmente investido de jurisdicción; es necesario que ese órgano sea objetivamente competente en la causa determinada y subjetivamente capaz de juzgarla; es necesario que las partes tengan capacidad para ser parte y capacidad procesal, etc.”*<sup>112</sup>. Sin perjuicio que los elementos destacados por Chiovenda son presupuestos que, *mutatis mutandis*, se encuentran presentes en el arbitraje de inversiones, las particularidades de este tipo de procesos lo diferencian tanto de los procesos judiciales estatales como de otros tipos de procedimientos arbitrales<sup>113</sup>. De esta forma, los elementos que configuran la competencia de estos tribunales son sustancialmente distintos<sup>114</sup>.

---

*already clear however is that this is not a subgenre of an existing discipline. It is dramatically different from anything previously known in international sphere”.*

<sup>111</sup> CHOZAS, José. Los presupuestos procesales en el proceso penal y su tratamiento procesal. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, (1), 1997, p. 200.

<sup>112</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, p. 71.

<sup>113</sup> MORA, Jorge. Jurisdicción y competencia ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, (43), 2015, p. 163.

<sup>114</sup> En este punto, cabe destacar que esta investigación otorgará indistintamente la calificación de “competencia” y “jurisdicción” a los requisitos necesarios para que un tribunal arbitral en materia de inversiones conozca y se pronuncie sobre el fondo del asunto. Si bien es cierto que se suele referir indiferenciadamente a los conceptos de jurisdicción y competencia en el campo del Derecho Internacional, la anterior determinación podría ser controvertida, en circunstancias que ambas son cuestiones distintas. En este sentido, hay una serie de trabajos en el campo del arbitraje de inversiones que otorgan indistintamente estas calificaciones (y no pertenecen a la tradición jurídica anglosajona): LEÓN, Édgar; BOTELLO, Valentina; REINA, Andrés. Jurisdicción *ratione personae*: las empresas estatales ante el arbitraje de inversión. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 24 (1), 2022, p. 75; PÉREZ PACHECO, Yaritza. Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI. *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 4 (1), 2012, p. 326; LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián. La falta de jurisdicción *ratione temporis* en el caso *Lucchetti*: comentario a laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 7 de febrero de 2005. *Revista chilena de derecho*, Vol. 33 (1), 2006., p. 161; CAMPOS SÁNCHEZ, Nathaly. La determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales constituidos en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones: consideraciones en torno a la aplicación del test Salini. Tesis para optar a grado de Magíster. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p. 5.

Esto pareciera responder a que el referido tópico constituye una frontera entre la rama del Derecho Procesal y del Derecho Internacional. En este sentido, podría plantearse plausiblemente la necesidad de aunar conceptos. Tal como algunos autores han notado, las conceptualizaciones clásicas de los referidos términos *“no definen lo que realmente puede significar jurisdicción y competencia en pleno siglo XXI, pues esa “potestad jurisdiccional” propia de la jurisdicción ya no está solo en cabeza del Estado sino también en Organismos Internacionales que pueden incluso condenar a los propios Estados, tal como sucede con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Justicia, la Corte Internacional de Justicia, el Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), entre otros, fenómeno que*

En efecto, la competencia de un tribunal nacional se configura normalmente por observancia de normas de competencia absoluta (en relación a la materia, fuero y cuantía) y relativa (en relación al territorio). Por otro lado, la competencia de un tribunal arbitral en el marco del arbitraje comercial internacional tendrá como eje principal la voluntad otorgada en el acuerdo de arbitraje y, por lo tanto, los elementos *ratione materiae* (materia sometida a arbitraje) y *ratione personae* (personas que se someten al procedimiento arbitral); los que se delimitarán mediante la interpretación de la voluntad expresada (*ratione voluntatis*) en dicha cláusula arbitral. De la misma forma, cuando el arbitraje de inversiones tenga su origen en la suscripción de una cláusula arbitral en un contrato, el análisis se hará de forma sustancialmente similar. Sin embargo, al tratarse de un tribunal arbitral de inversiones con origen en un tratado (que es la hipótesis más recurrente hoy en día), la competencia de éste se configurará de manera distinta a las formas anteriormente referidas.

En efecto, en estos casos, la naturaleza de este tipo de disputas y procedimientos lleva a atender a elementos que no son usualmente considerados en la litigación civil ordinaria ni en un procedimiento de arbitraje comercial internacional, como son las cuestiones relativas a la calificación del negocio objeto de la disputa como una “inversión”, que aquella inversión se encuentra a su vez protegida por el tratado relevante, la nacionalidad de las partes y/o la existencia en el tiempo de los derechos protegidos de los inversionistas. De esta forma, es posible establecer que la jurisdicción de los tribunales arbitrales de tratado se compone de cuatro aristas<sup>115</sup>: el elemento *ratione personae* (legitimación activa y pasiva de las partes); *ratione materiae* (que la controversia verse sobre una “inversión”); *ratione temporis* (que el origen de la controversia se enmarque dentro de los supuestos temporales planteados por el instrumento que funda la competencia del Tribunal); y *ratione voluntatis* (que la voluntad de las partes conste en algún instrumento a efectos de configurar el consentimiento de ellas a la competencia del tribunal arbitral)<sup>116</sup>.

---

debe obligar a definir a la jurisdicción como una potestad para administrar justicia en cabeza del Estado y de Organismos Internacionales”. MORA, Jorge. Ob. Cit., p. 164.

115 En este sentido, JARA, Álvaro. Participación del Estado como parte en el arbitraje, con especial énfasis en el arbitraje internacional de inversión y en el arbitraje comercial internacional. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho. Santiago: Universidad de Chile, 2016. MAHU, Pablo; ROJAS, Maximiliano. Chile y la inversión extranjera: análisis de casos CIADI. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho. Santiago: Universidad de Chile, 2014; LEÓN, Édgar; BOTELLO, Valentina; REINA, Andrés. Ob. Cit.

116 Ahora bien, existen autores que solo configuran 3 elementos como necesarios para que exista la competencia del tribunal, excluyendo la competencia *ratione voluntatis*. En este sentido se encuentra UNCTAD Series on issues in international investment agreements. Dispute Settlement: Investor-state. Geneva: United Nations Publications, 2003; YEO, Alvin; SEAN YU, Chou & SWEE YEN, Koh. Accessing Investment Treaty Protection: The Investor's Perspective. En: MANGAN, Mark & RUBINS, Noah. The Guide to Investment Treaty Protection and Enforcement. London: Law Business Research, 2022, pp. 22-41; DOUGLAS, Zachary. The international law of investment claims. Cambridge: Cambridge University Press, 2009; PÉREZ PACHECO, Yaritza. Objeciones.... Ob. Cit., p. 317.

En esta línea, un autor explica que la categoría *ratione voluntatis* sería redundante y que “*simplemente serviría como un recordatorio de que las partes pueden plasmar su consentimiento para someterse a la jurisdicción de un tribunal de común acuerdo, pero no tiene un contenido predeterminado o inherente*” (traducción libre). FONTANELLI, Filippo. Jurisdiction and admissibility in investment arbitration: the practice and the theory. *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration*, Vol. 1 (3), 2017, p. 86. A juicio del autor de esta tesis, esta postura resulta cuestionable por las siguientes razones. Primero, téngase presente la situación en que el acuerdo de arbitraje se encuentre condicionado al recurso anterior de mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos, como la mediación o la negociación amistosa a nivel doméstico. En el caso que el inversionista no cumpliera con aquellos escalones previos, el tribunal debería declararse incompetente *ratione voluntatis* (pues ello no podría ser encuadrado en ninguna de las otras dimensiones). A su vez, para el particular caso de los arbitrajes CIADI (que es el mayor porcentaje de los casos), podría plantearse la siguiente reflexión. Considérese, el caso en que exista una disputa legal relativa a una inversión que cumple con los requisitos de la Convención CIADI (*ratione materiae*), que se encuentra en control directo de un inversionista nacional de uno de los Estados contratantes y que ha sido afectada por el otro Estado (*ratione personae*) durante la vigencia de un tratado (*ratione temporis*), pero que no se encuentra dentro del ámbito de protección de la cláusula de arbitraje incluida en el

Para una comprensión adecuada, resulta útil adentrarse brevemente en los elementos que componen cada una de las aristas mencionadas:

#### 1.4.1. Competencia *ratione personae*

Para que un tribunal arbitral de tratado pueda conocer de una disputa relacionada con la afectación de una inversión, éste debe cumplir con ser competente en relación a las partes que someten la discusión a su conocimiento. El análisis de la competencia *ratione personae* se circunscribe a preguntarse quién realizó la inversión y, por lo tanto, quién puede demandar en arbitraje de inversiones<sup>117</sup>. En este sentido, la competencia de estos tribunales arbitrales está estrictamente limitada a “inversionistas”, definidos por el instrumento de inversiones pertinente y por el reglamento aplicable al arbitraje<sup>118</sup>. Dado que el arbitraje de inversiones generalmente se basa en una oferta llevada a cabo por los Estados que acuerdan un TBI, el análisis de la competencia *ratione personae* de un tribunal arbitral se centrará en responder la pregunta sobre si el demandante se encuentra o no dentro del ámbito de aplicación del documento que contiene la oferta. Por lo mismo, cabe hacer una serie de distinciones.

Primero que todo, la persona que demanda, ya sea natural o jurídica<sup>119</sup>, debe poder ser calificada como “inversionista” para gozar de *ius standi*, esto es, de la capacidad necesaria para someter un caso ante un tribunal arbitral de inversiones<sup>120</sup>. Esta definición generalmente es entregada por los instrumentos aplicables al caso, los cuales suelen definir este concepto como “control o propiedad” sobre la inversión. Muchos tratados suelen incluir en este concepto a las personas jurídicas constituidas en el Estado anfitrión, controladas directa o indirectamente por nacionales del Estado de origen<sup>121</sup>.

Ahora bien, han surgido debates interpretativos sobre el concepto y el alcance del *ius standi*, en los

---

tratado. En este caso, a pesar de cumplirse con los referidos requerimientos, el tribunal aun así no poseería competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto. Lo anterior se debe a que la pregunta sobre si el negocio en cuestión es una “inversión” es diferente a la interrogante sobre si el negocio en cuestión es una “inversión protegida”. En el especial caso de los arbitrajes CIADI, los tribunales arbitrales conservan la facultad para calificar si el negocio es una inversión, con indiferencia a la definición del tratado. Sobre esta última idea, véase la explicación en nota 146. Esto, tal como explica Eric de Brabandere, incide en que el derecho a tomar en cuenta para responder a ambas interrogantes sea distinto: en el caso de lo primero, el Derecho doméstico jugará un rol principal; en el caso de lo segundo, habrá que observar la definición del instrumento pertinente y las reglas de Derecho internacional sobre interpretación de tratados. DE BRABANDERE, Eric. Ob. Cit., p. 127. Cabe destacar, además, que han existido tribunales arbitrales que han denegado su competencia por la sola falta del elemento *ratione voluntatis*, lo cual reafirma su autonomía y existencia. *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, de 4 de octubre de 2013, ¶372 y ss.; *Itisaluna Iraq LLC and others v. Republic of Iraq*, ICSID Case No. ARB/17/10, de 3 de abril de 2020, ¶148 y ss..

117 DOUGLAS, Zachary. The international law... Ob. Cit., p. 144.

118 DE BRABANDERE, Eric. Ob. Cit., p. 197.

119 DOUGLAS, Zachary. The international law... Ob. Cit., p. 285.

120 MORTIMORE, Michael. Ob. Cit., p. 56.

121 FERNÁNDEZ, Antolín. Foreign control, Ownership and Investment Arbitration. En *JusMundi* [en línea]. Disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-foreign-control-ownership-and-investment-arbitration> [consulta: 26 de junio de 2023].



cuales la jurisprudencia de inversiones ha dejado lugar a considerables dudas. Ello, específicamente en lo referido a tres cuestiones: si los accionistas indirectos gozan del *ius standi* y la posibilidad de recurrir al arbitraje cuando no existe acuerdo alguno entre el país de origen de éste y el país receptor; la consideración de accionistas minoritarios de una inversión y si estos pueden invocar la cláusula arbitral; y la definición misma de “inversionista” que se deriva de las interpretaciones del significado de “inversión” en los acuerdos internacionales de inversión<sup>122</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la noción misma de “inversionista protegido” está ligada tanto a la pertenencia jurídica a uno de los Estados contratantes del tratado de inversiones como a la relación con una inversión realizada en el territorio del otro Estado contratante<sup>123</sup>. Por tanto, el elemento primordial al momento de analizar la competencia *ratione personae* estará dado por la nacionalidad del inversionista<sup>124</sup>, cuestión en la cual se centra mayoritariamente la jurisprudencia referida a esta arista. En otros términos, el análisis central que se hará en esta dimensión será para responder a la pregunta relativa a si el inversionista, al momento de demandar, era un nacional de uno de los Estados contratantes.

En este punto existe consenso general en que la cuestión sobre si el demandante es un nacional de un Estado contratante en un tratado de inversiones, para el propósito de analizar la competencia *ratione personae* de un tribunal, es una pregunta que concierne tanto al Derecho internacional de inversiones, como al Derecho doméstico del Estado contratante<sup>125</sup>. En efecto, es reconocido que la nacionalidad de una persona natural está en mayor medida regulada por la ley del Estado del cual se reclama la nacionalidad<sup>126</sup>. Esto es consistente con la mayoría de los TBI, que contienen cláusulas que indican que “nacional” significa “una persona natural que es nacional de uno de los Estados contratantes bajo su ley aplicable”<sup>127</sup>. Por ello, tanto el instrumento relevante a ser aplicado como el Derecho doméstico tienen un rol importante en este punto<sup>128</sup>.

En cuanto a la determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas, esto constituye un pro-

122 MORTIMORE, Michael. Ob. Cit., p. 56.

123 LYS JAIME, Margie. La jurisdicción de los tribunales arbitrales en el arbitraje de inversión. En: ALVAREZ, José Manuel; ZENKIEWICZ, Maciej. El Derecho Internacional de las Inversiones. Desarrollo actual de normas y principios. *Universidad Externado de Colombia*, 2021, p. 284.

124 LYS JAIME, Margie. Ob. Cit., p. 284.

125 DOUGLAS, Zachary. The international law...Ob. Cit., p. 77.

126 SCHREUER, Christoph. Jurisdiction and applicable law in investment treaty arbitration. *McGill J. Disp. Resol.*, Vol. 1, 2014, p. 6; *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, de 21 de octubre de 2003, Título 3.4.1.

127 WISNER, Robert; GALLUS, Nick. Nationality requirements in investor-state arbitration. *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5 (6), 2004, p. 929.

128 Sin perjuicio de lo anterior, ha sido resaltado por la jurisprudencia internacional que resulta necesario reconocer la importancia de la nacionalidad efectiva de un individuo, esto es, “la búsqueda de la nacionalidad real y efectiva basada en los hechos de un caso, por sobre una aproximación fundada en criterios formalistas” (traducción libre). Este criterio ha sido asumido por los tribunales arbitrales en materia de inversión como una máxima orientadora, aun cuando trascienda al ordenamiento doméstico y al instrumento de inversiones respectivo. WISNER, Robert; GALLUS, Nick. Ob. Cit., p. 931; *Islamic Republic of Iran vs. United States of America*, IUSCT Case No. A/18, de 6 de abril de 1984, pp. 21-22; *Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, de 26 de julio de 2001, ¶161; *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, de 6 de diciembre de 2000, ¶132.

blema complejo, en tanto la mayoría de las inversiones internacionales son llevadas a cabo a través de estructuras consistentes en empresas incorporadas en distintas jurisdicciones y que son propiedad de nacionales de distintos países<sup>129</sup>. Por ello, los tratados ocupan una variedad de fórmulas para determinar si una corporación puede calificarse como un inversionista nacional de una de las partes<sup>130</sup>. Algunos tratados hacen referencia a entidades establecidas en el territorio de una de las partes en conformidad a sus leyes y regulaciones<sup>131</sup>; otros hacen referencia a la constitución de la compañía bajo las leyes del país y al desarrollo de actividad económica efectiva<sup>132</sup>; otros ponen el acento en la nacionalidad de quienes controlan la empresa. Sin embargo, en caso de no existir disposiciones como las anteriores, nuevamente el Derecho doméstico jugará un rol preponderante en el análisis de la nacionalidad de la empresa involucrada.

En lo referido al Estado demandado, un tribunal de inversiones de un tratado internacional tiene competencia para conocer de disputas que recaen sobre tratados bilaterales y multilaterales de los cuales el Estado receptor es parte contratante, así como de las leyes que este último haya dictado y en la cual otorgue su consentimiento para arbitrar. Ello no incluye emanaciones del Estado anfitrión que constituyan entidades legales separadas de su orden interno legal, ni tampoco subdivisiones políticas del mismo (como los estados de un Estado federado)<sup>133</sup>; estas entidades no pueden ser demandadas en este tipo de tribunales debido a que no poseen la legitimación pasiva necesaria para ello. Esto es sin perjuicio de que el Estado contratante pueda comparecer personalmente en la disputa o pueda designar a cualquier agencia gubernamental o subdivisión constituyente para aparecer como parte en derecho propio<sup>134</sup>.

Por último, debe tenerse en cuenta que el análisis *ratione personae* no tiene relevancia alguna en los arbitrajes fundados en el consentimiento otorgado en un contrato, dado que son las mismas partes las que definen la competencia subjetiva del tribunal arbitral, acordando ellas mismas someterse al procedimiento. El análisis *ratione personae* será relevante cuando existan pautas estandarizadas en un instrumento que indiquen las características de quién puede demandar ante el tribunal arbitral de inversiones.

#### 1.4.2. Competencia *ratione materiae*

De forma relacionada con el punto anterior, para que el tribunal arbitral pueda dictar una sentencia sobre el fondo del asunto disputado también debe ser competente en razón de la materia. Ello requiere abordar la pregunta principal sobre si la pretensión objeto de la demanda que es sometida al

129 WISNER, Robert; GALLUS, Nick. Ob. Cit., p. 927.

130 Ibid., p. 933.

131 Por ejemplo, el art. 1(2) del TBI entre Ucrania y Lituania de 1995 define al inversionista lituano como “cualquier entidad establecida en el territorio de la República de Lituania de conformidad con sus leyes”.

132 Por ejemplo, el art. 1(1)(b) del TBI entre Indonesia y Chile de 1999 requiere no solo que la corporación haya sido constituida “de conformidad con las leyes” del Estado anfitrión, sino también requiere “actividad económica efectiva”.

133 DOUGLAS, Zachary. Ob. Cit., pp. 79-80.

134 UNCTAD Series on issues in international investment agreements. Ob. Cit., p. 51.

conocimiento del tribunal arbitral recae sobre una inversión<sup>135</sup>. Sin embargo, en este punto existen dos sub-preguntas relevantes que han sido identificadas al momento de analizar la competencia *ratione materiae* del tribunal arbitral: primero ¿es la disputa una controversia jurídica?; y segundo ¿la vulneración reclamada recae sobre un negocio que pueda ser caracterizada como una inversión?

Respecto a lo primero, el enfoque común a este respecto es que los tratados estipulen que la controversia deba ser susceptible de ser calificada como una disputa legal que se refiere a una inversión o a un elemento que surja de ella<sup>136</sup>. En cuanto al término “disputa”, éste es un elemento central en la determinación de la competencia *ratione materiae* de un tribunal arbitral y se ha estimado que ella requiere de un nivel mínimo de comunicación entre las partes, oponiendo positivamente sus posturas<sup>137</sup>. Esta disputa debe ir acompañada de la calificación “legal”, lo cual ha sido entendido por los tribunales arbitrales como un conflicto de derechos que va más allá del mero conflicto de intereses<sup>138</sup>. En este sentido, quedan excluidas las controversias que tienen exclusivamente motivos políticos, económicos o comerciales<sup>139</sup>. Ello implica que las partes deberán hacer alusión a la naturaleza legal del derecho u obligación que ha sido incumplida y bajo la cual se requiere reparación para efectos de justificar la jurisdicción del tribunal<sup>140</sup>.

En cuanto a lo segundo, los tratados bilaterales y multilaterales de inversión suelen incluir al comienzo su propia definición de “inversión”, la cual suele ser amplia e incluir una lista ilustrativa pero no exhaustiva de activos que han de ser considerados como tales<sup>141</sup>. La definición prevista por las disposiciones de los tratados usualmente presupone la existencia de una naturaleza de un negocio como “inversión” y simplemente limita el rango de inversiones que deben considerarse como “protegidas”.

Sin perjuicio de lo anterior, hoy existe consenso en que el concepto de inversión, desde el punto de vista de la competencia *ratione materiae*, involucra el comprometimiento de capital o, al menos, algún tipo de restricción para el inversionista que distinga a la inversión de una relación comercial<sup>142</sup>. En este punto, la herramienta más reconocida y utilizada por los tribunales de inversión ha

135 NEWCOMBE, Andrew. Investor misconduct: Jurisdiction, admissibility or merits? En BROWN, Chester; MILES, Kate. *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press Ob. Cit., p. 193.

136 UNCTAD Series on issues in international investment agreements. Ob. Cit., p. 48. Una forma típica de este requerimiento puede encontrarse en el art. 9 del TBI de 1994 entre Lituania y Holanda, el cual dispone: “Cada Parte Contratante por el presente instrumento consiente en someter cualquier disputa legal que surja entre esa Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, en relación con una inversión de ese inversionista en el territorio de la Parte Contratante, al Centro Internacional...”.

137 *Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. República de Chile*, ICSID Case No. ARB/04/7, de 21 de agosto de 2007.

138 GLADWIN, Isaac. Dispute existence. En *JusMundi* [en línea]. Disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-dispute-existence> [consulta: 27 de junio de 2023].

139 TEMPONE, Rubén. Protección de inversiones extranjeras. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003, p. 226.

140 UNCTAD Series on issues in international investment agreements. Ob. Cit., p. 50.

141 ANSARI MAHYARI, Alireza; RAISI, Leila. International Standards of Foreign Investment Protection. *Journal Encyclopedia of Economic Law*, Vol. 25 (14), 2018, p. 61.

142 MONTT, Santiago. State liability in investment treaty arbitration: global constitutional and administrative law in the BIT generation. Portland: Hart Publishing, 2009, p. 251.

sido el famoso “*Test de Salini*”, afirmado en *Salini v. Morocco*<sup>143</sup>, el cual implica que, para que un negocio pueda ser calificado como una inversión, aquél requiere: un volumen de contribución, una cierta duración de la relación contractual, la presencia del factor riesgo para el inversionista y una contribución al desarrollo económico del Estado receptor<sup>144</sup>. Estos elementos han sido observados por los tribunales arbitrales al momento de configurar su competencia *ratione materiae* y han sido considerados como determinantes en la identificación de una inversión<sup>145</sup>.

A lo anteriormente dicho, cabe hacer una precisión. En el caso del CIADI, independientemente de la definición que pueda adoptar un tratado de inversión, un inversionista agraviado que presente su demanda ante un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Convenio del CIADI deberá demostrar que la inversión cumple no solo con la definición del acuerdo de inversión *per se*, sino que también con los requisitos del Convenio en su art. 25<sup>146</sup>. En estos casos, la pregunta sobre si el negocio en cuestión es una “inversión” se bifurca respecto de la interrogante sobre si el negocio en cuestión es una “inversión protegida”. Esto, tal como explica Eric de Brabandere, incide en que el Derecho a tomar en cuenta para responder a ambas cuestiones es distinto: en el caso de lo primero, el Derecho doméstico jugará un rol principal; en el caso de lo segundo, habrá que observar la definición del instrumento pertinente y las reglas de Derecho internacional sobre interpretación de tratados<sup>147</sup>. Este “doble test” se encuentra ausente de los arbitrajes conducidos por la ICC, la Cámara de Comercio de Estocolmo o un arbitraje ad-hoc regulado por el reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, “CNUDMI” o “UNCITRAL”), pues los reglamentos aplicables para estos casos no poseen un requerimiento autónomo como una condición de la competencia *ratione materiae*<sup>148</sup>. En estos casos, la conceptualización de inversión se reconduce a la voluntad expresada en el TBI pactado.

143 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I]*, ICSID Case No. ARB/00/4, de 31 de julio de 2001.

144 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I]*, ¶152.

145 DUPUY, Pierre-Marie; FRANCIONI, Francesco; PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Human rights in international investment law and arbitration. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 231.

146 YANNACA-SMALL, Katia. Arbitration under international investment agreements: A guide to the key issues. 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2018., p. 270. Como explica esta autora, el término “inversión” no se definió en el Convenio para dar cabida a nuevas formas de inversión (...). Esto podría llevar a la conclusión de que el uso que hace el Convenio del término “inversión” es, en ausencia de una definición, un reenvío al acuerdo de las partes, con el resultado de que lo que las partes hayan acordado como una inversión es el único criterio para la jurisdicción de un tribunal CIADI. De hecho, el tribunal en *Fedax v. Venezuela*, el primer caso donde hubo una objeción jurisdiccional sobre la base de que el activo de la demandante no equivalía a una “inversión”, sugirió que este era el enfoque correcto para tomar.

El relato de Aron Broches sobre las negociaciones que condujeron al Convenio del CIADI no respalda este enfoque incondicionalmente. Broches remarca que la intención de los redactores era dar gran libertad a los Estados en la forma en que definieran ‘inversión’, pero fueron cuidadosos en afirmar que tales definiciones no serían controladores de la competencia de los tribunales: “Durante las negociaciones, se consideraron y rechazaron varias definiciones de ‘inversión’. Finalmente se consideró que se podía prescindir de una definición ‘dado el requisito esencial del consentimiento de las partes’. Esto indica que el requisito de que la disputa deba surgir de una ‘inversión’ puede fusionarse con el requisito de consentimiento a la jurisdicción. Presumiblemente, el acuerdo de las partes de que una disputa es una ‘disputa de inversión’ tendría gran peso en cualquier determinación de la jurisdicción del Centro, **aunque no sería determinante**.” (traducción libre, énfasis agregado). BROCHES, Aron. Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction. *Colum. J. Transnat'l L.*, Vol. 5, 1966. Como explica YANNACA-SMALL, Katia. Arbitration under ..., 2018. Ob. Cit., p. 270, para aceptar la jurisdicción en virtud del Convenio del CIADI, los tribunales generalmente han adoptado un enfoque dual: evalúan si existe una inversión según el artículo 25 (1) de la Convención y el acuerdo de inversión relevante, llamado por algunos el “test de doble cerradura”. Este enfoque les da a las partes en el arbitraje del CIADI amplia discreción para describir una transacción en particular como una inversión, pero no la ilimitada libertad para hacerlo (y tal descripción no sería concluyente para un tribunal que decide sobre su competencia).

147 DE BRABANDERE, Ob. Cit., p. 127.

148 YANNACA-SMALL, Katia. Arbitration under ..., 2018. Ob. Cit., p. 272.



Como conclusión, la competencia *ratione materiae* requiere del análisis de las características intrínsecas del negocio y de la controversia que es sometida a la decisión del tribunal arbitral, lo cual ciertamente comprende un análisis de lo que significan los conceptos de “disputa legal” e “inversión”. Una de las formas más expeditas para poder identificar si un negocio y una disputa caen dentro de estas categorías es recurriendo al instrumento particular aplicable y a las decisiones pasadas de los tribunales arbitrales de inversiones más importantes en estas materias. Sin embargo, para el caso de los arbitrajes CIADI, no será suficiente con cumplir el requerimiento establecido en el TBI particular, sino que además deberá cumplirse con los requerimientos propios establecidos por el Convenio de Washington.

### 1.4.3. Competencia *ratione temporis*

A diferencia de lo que ocurre usualmente con la jurisdicción ordinaria, el elemento *ratione temporis* juega un papel importante para determinar la competencia de un tribunal arbitral de un tratado de inversiones, específicamente tratándose de arbitrajes institucionales<sup>149</sup>. Este elemento responde a la pregunta sobre si el tratado que da origen al acuerdo arbitral se encontraba vigente al momento de verificarse la vulneración alegada.

En este sentido, la competencia *ratione temporis* atiende a los efectos del tiempo en los poderes de un tribunal arbitral de conformidad con un tratado, lo cual usualmente está en directa relación con el lenguaje expreso del tratado aplicable<sup>150</sup> o del instrumento aplicable al arbitraje, dependiendo de la institución relevante<sup>151</sup>. Los TBI usualmente contienen disposiciones referidas a los poderes de un tribunal arbitral en relación con el tiempo; ahora bien, ante la ausencia de provisión expresa del Derecho aplicable, los tribunales decidirán su competencia con relación al Derecho consuetudinario internacional<sup>152</sup>. Un punto de partida en el cual ha de apreciarse la costumbre internacional en esta materia es la regla concerniente a la irretroactividad de los tratados internacionales consagrada en el art. 28 del Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la cual establece que:

*“Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”<sup>153</sup>.*

149 UNCTAD Series on issues in international investment agreements. Ob. Cit., p. 54.

150 TERRIEN, Armand. Jurisdiction Ratione Temporis. En *JusMundi* [en línea]. Disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-jurisdiction-ratione-temporis> [consulta: 27 de junio de 2023]

151 En el caso de los arbitrajes CIADI, por ejemplo, las partes de una disputa deben tener derecho legal a recurrir al sistema sobre la base de que la controversia se registró en una fecha en la que ambas partes eran, respectivamente, un Estado parte contratante y un nacional del otro Estado contratante. UNCTAD Series on issues in international investment agreements. Ob. Cit., p. 54.

152 TERRIEN, Armand. Ob. Cit.

153 Si bien no parecieran existir problemas interpretativos con esta regla, hay algunas incertezas que han sido nota-



En este contexto, una cuestión que ha de tomarse en consideración es que la competencia *ratione temporis* es distinta de cuestiones procedimentales que presentan un carácter temporal, como si el demandante ha ocupado todos los remedios locales previos consagrados para resolver la disputa o si la notificación ha sido hecha de forma legal de conformidad con el tratado aplicable<sup>154</sup>. A su vez, la competencia *ratione temporis* también se distingue del momento en que debe existir consentimiento para someterse al arbitraje, lo cual es una pregunta más bien propia del elemento *ratione voluntatis*. También es relevante diferenciar la competencia *ratione temporis* de un tribunal y la aplicabilidad *ratione temporis* de las obligaciones sustantivas de un tratado<sup>155</sup>, en tanto estas últimas se rigen sin excepción por el principio de irretroactividad, salvo disposición expresa de las partes en contrario<sup>156</sup>.

Por último, es necesario destacar que este elemento carece de mayor relevancia tratándose de procedimientos ad-hoc. Si bien puede haber límites de tiempo en cuanto a la interposición de pretensiones y a la oposición de excepciones, esto debe ser pactado por las partes como un elemento esencial para la admisibilidad de la demanda o hacer referencia a algún ordenamiento aplicable que estipule algún tipo de limitación temporal<sup>157</sup>.

#### 1.4.4. Competencia *ratione voluntatis*

Por último, existe el elemento de la competencia *ratione voluntatis* (o consentimiento simplemente), el cual se refiere al elemento de voluntad que debe concurrir de ambas partes para someterse al procedimiento arbitral. En efecto, es usual establecer que el consentimiento es la piedra angular sobre la cual descansa el arbitraje, principio del cual no escapa el arbitraje inversor-Estado<sup>158</sup>. Así,

---

das, como, por ejemplo, si el principio concierne sólo a disputas basadas en hechos posteriores a que el tratado entrara en vigencia o si incluye controversias fundadas en hechos anteriores; si la competencia del tribunal arbitral alcanza disputas preexistentes o también cuestiones relacionadas con hechos posteriores a la mutua terminación del tratado de inversiones. En este sentido, GATTINI, Andrea. Jurisdiction *ratione temporis* in International Investment Arbitration. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 16 (1), 2017, pp. 140-150.

En este contexto es relevante considerar el usualmente referido *principio axiomático inter temporal* establecido por el Juez Max Huber en el caso Isla de Las Palmas, según el cual un hecho jurídico debe ser apreciado a la luz del Derecho contemporáneo a su acaecimiento y no al Derecho vigente al momento en que surge la disputa relacionada con dicho hecho fundante.

Ya sea que la causa de la acción se encuentre en un contrato, en una obligación contemplada en un tratado de inversiones, en un delito o cuasidelito extracontractual o en cualquier otra obligación legal, el principio se mantiene igual: la obligación del Estado anfitrión debe estar en vigor (es decir, existir) al momento en que se configuran los elementos constitutivos de una presunta vulneración. Y como bien nota Zachary Douglas, en el caso de una obligación contemplada en un tratado de inversiones, es el mismo instrumento el que confiere poder adjudicativo al tribunal arbitral y el que crea la obligación sustantiva objeto de la pretensión, por lo que es imposible que un tribunal arbitral emanado de un tratado tenga competencia *ratione temporis* en relación con una pretensión basada en una obligación del tratado en que los elementos de la vulneración ocurrieron con anterioridad a la ratificación del mismo. DOUGLAS, Zachary. *The international law...* Ob. Cit., p. 329.

154 TERRIEN, Armand. Ob. Cit.

155 En este sentido, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, de 9 de noviembre de 2004, ¶176.

156 GATTINI, Andrea. Ob. Cit., p. 142.

157 UNCTAD Series on issues in international investment agreements. Ob. Cit., p. 54.

158 CHAEVA, Natalia. Consent to Arbitration. En *JusMundi* [en línea]. Disponible en: <https://jusmundi.com/en/docu->

en el análisis del elemento *ratione voluntatis*, el tribunal deberá responder a la pregunta sobre los límites del consentimiento otorgado para el arbitraje. En definitiva, ¿existe consentimiento irrestricto para arbitrar la pretensión en cuestión o no?<sup>159</sup>. O, en otros términos, ¿Cuáles son los límites del consentimiento otorgado?

Ahora bien, antes de interpretar los alcances del acuerdo arbitral, el consentimiento debe existir y ser válido. Como ha sido destacado anteriormente en este trabajo, la gran mayoría de las cláusulas de arbitraje en materia de inversiones se encuentran en Tratados Bilaterales de Inversión, los cuales son tratados internacionales celebrados entre Estados, lo que toma como premisa necesaria al Derecho Internacional Público<sup>160-161</sup>. Ello implica que sus requisitos de celebración y de entrada en vigor deben regirse por este ordenamiento jurídico, específicamente por la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, la cual en su Capítulo 2 regula estas cuestiones<sup>162</sup>. Por otra parte, el consentimiento del inversionista es otorgado por medio de la interposición de la demanda, la cual constituye la aceptación de la oferta realizada por el Estado. En estas consideraciones, el principio general asentado y reforzado en la jurisprudencia de inversiones es que el consentimiento de las partes para someterse a arbitraje nunca puede ser ambiguo y, por lo tanto, debe ser claro y no puede ser asumido.

En cuanto a la interpretación del sentido y alcance de estos instrumentos, ello sigue la misma línea que para sus requisitos de existencia: la interpretación del tratado se regirá por los artículos 31 y siguientes de la Convención de Viena. Estas reglas, nacidas gracias a la interpretación de la juris-

---

[ment/publication/en-consent-to-arbitration](#) [consulta: 29 de junio de 2023].

159 NEWCOMBE, Andrew. Ob. Cit., p. 193.

160 ROBERTS, Anthea. Triangular treaties: the extent and limits of investment treaty rights. *Harvard International Law Journal*, Vol. 56, 2015, p. 356.

161 Esto no ha de regir en casos en que el consentimiento sea otorgado de alguna otra forma, situaciones en las cuales juega un rol predominante la ley doméstica. Ello sucede, por ejemplo, en el caso en que el consentimiento al arbitraje sea otorgado mediante un contrato pactado entre el inversionista y el Estado anfitrión. En este caso, el instrumento en el cual se otorga el consentimiento no es un instrumento propio del Derecho Internacional Público, sino que del Derecho local, por lo cual la normativa que ha de regir la existencia, validez e interpretación del contrato será dicho Derecho doméstico. En efecto, estos contratos usualmente tendrán un fuerte componente público, por lo cual juega un rol trascendental en su interpretación el Derecho administrativo nacional. Cabe destacar que esta forma de otorgar el consentimiento era predominante antes de la década de 1990 y, aunque ha perdido espacio, sigue estando presente en el marco del arbitraje de inversiones. CHAEVA, Natalia. Ob. Cit.; CHERNYKH, Yuliya. Contract Interpretation in Investment Treaty Arbitration. Leiden: Brill Nijhoff, 2022. p. 20; BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. Ob. Cit.

Por otro lado, el consentimiento también puede ser otorgado mediante una ley promulgada por el Estado anfitrión. Por ejemplo, el artículo 8.2 de la Ley albanesa de 1993 sobre inversión extranjera dispone en su párrafo segundo “(...) el inversionista extranjero podrá someter la disputa al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, y la República de Albania, por este acto, consiente en ello”. En este caso, al igual que cuando el consentimiento es otorgado mediante un Tratado, el consentimiento al arbitraje será meramente una oferta llevada a cabo por el Estado, la cual puede ser aceptada por el inversionista simplemente mediante la iniciación del procedimiento arbitral. En estos casos, nuevamente el instrumento en que se encuentra el acuerdo de arbitraje no es un instrumento de Derecho Internacional Público, sino que es un instrumento legislativo, por lo cual las normas que tienen el papel principal de determinar la existencia, validez e interpretación de la oferta realizada serán las normas internas del Estado anfitrión, específicamente las relativas al procedimiento legislativo y a la interpretación de la ley. En este sentido, considérese el caso *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/94/2, de 24 de diciembre de 1996, ¶174 y ss., en el cual el tribunal interpretando la disposición de la ley de la República de Albania que contenía la oferta de arbitraje, hizo referencia a la legislación del Estado y a los trabajos preparatorios de la misma.

162 La regulación de la Convención de Viena contempla cuestiones como la capacidad de los Estados para celebrar tratados, las personas que pueden representar al Estado, los requerimientos formales para la adopción del texto, las formas de manifestar el consentimiento, entre otras.

prudencia nacional e internacional<sup>163</sup>, se encuentran estructuradas a partir de una regla general de interpretación a la luz de la buena fe conforme al sentido corriente de los términos del Tratado, su contexto, objeto y fin (art. 31); unos medios complementarios consistentes en la observancia de los trabajos posteriores y las circunstancias de celebración del Tratado (art. 32); y una regla específica para los Tratados redactados en varias lenguas (art. 33)<sup>164</sup>. Ciertamente, en el caso de otorgarse la voluntad en un Tratado Multilateral, como el *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) o el *Energy Charter Treaty* (ECT), regirán las mismas disposiciones.

En esta línea, y tal como ha sido destacado por la doctrina, el arbitraje inversor-Estado tiene como parte a Estados soberanos, por lo que los casos en que se levantan excepciones de incompetencia fundadas en la ausencia de voluntad deben ser cuidadosamente analizados por los tribunales arbitrales<sup>165</sup>. De hecho, han existido casos en que se ha determinado que el análisis sobre la existencia de competencia basada en el consentimiento debe ser analizada *motu proprio* por los tribunales arbitrales, aun cuando no exista excepción de incompetencia levantada<sup>166</sup>.

En este mismo sentido, la jurisprudencia ha jugado un rol relevante en la forma de interpretación de los acuerdos arbitrales en materia de inversiones. Esto ha tenido especial trascendencia en la interpretación de las cláusulas arbitrales basadas en tratados de inversión, dado que los Estados usualmente invocan argumentos vinculados a que, en orden a proteger la soberanía nacional, las provisiones de un tratado confiriendo jurisdicción a un tribunal internacional deben ser interpretadas de forma restrictiva<sup>167</sup>. En este contexto, sin embargo los tribunales han adoptado una interpretación estricta al momento de determinar su competencia en relación con el consentimiento otorgado por las partes<sup>168</sup>, y han estimado que “*no existe principio alguno que determine que las provisiones jurisdiccionales en tratados deban ser interpretadas de forma amplia o restringida*”<sup>169</sup>.

Por último, y bajo el principio del consentimiento, un tribunal deberá tratar de determinar y aplicar la intención compartida de las partes con respecto a qué disputas están dentro de la competencia

163 DÍEZ DE VELAZCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 18ªed, Madrid: Tecnos, 2013, p. 208.

164 Ibid., p. 209.

165 WANG, Guiguo. Consent in Investor-State Arbitration: A Critical Analysis. *Chinese Journal of International Law*, Vol. 13, (2), 2014, p. 338.

166 En este sentido, *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, de 15 de marzo de 2002, ¶156.

167 WEERAMANTRY, Romesh. *Treaty interpretation in investment arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 195.

168 RADOVIĆ, Relja. Incidental Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration and the Question of Party Consent. *American Journal of International Law*, Vol. 116, 2022, p. 181.

169 *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, de 11 de octubre de 2002, ¶143. Traducción libre de “*In the Tribunal’s view, there is no principle either of extensive or restrictive interpretation of jurisdictional provisions in treaties*”. En la misma línea *Siemens A.G. v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, de 3 de agosto de 2004, ¶181, en que el tribunal determinó “*the Treaty has to be interpreted neither liberally nor restrictively, as neither of these adverbs is part of Article 31(1) of the Vienna Convention*”. Nótese que esto constituye un acercamiento radicalmente distinto al que tienen los tribunales arbitrales en materia de comercio internacional, los cuales tienden a interpretar ampliamente los acuerdos de arbitraje. Ver IVERSEN, Torsten; ANDERSEN, Mads Bryde. The Scope of Arbitration Agreements: Is it Time for a New Approach to the Interpretation of Arbitration Clauses? *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 63, 2017, p. 103.



del tribunal arbitral<sup>170</sup>. Ello encuentra su fundamento en el hecho de que los poderes del árbitro se derivan del acuerdo de las partes, por lo que, en el sentido clásico, un árbitro no tiene derecho a hacer nada no autorizado por las partes<sup>171</sup>. En esta tarea, hay que destacar que tanto el Derecho aplicable al consentimiento como la jurisprudencia en la materia serán trascendentales, no sólo para analizar si se han cumplido los requerimientos de forma y fondo en el acuerdo de arbitraje, sino que también para determinar las máximas interpretativas bajo las cuales se interpreta el acuerdo.

## 1.5. Procedimiento ante los tribunales arbitrales de inversión

Tal como sucede en cualquier tipo de disputa judicial, el procedimiento a seguir tiene una gran trascendencia en los arbitrajes de inversión, en cuanto aquél determina todos los trámites y ritualidades que deben seguirse para efectos de que se desenvuelva el proceso hasta la solución de la controversia jurídica<sup>172</sup>. En efecto, las reglas de procedimiento contienen disposiciones relativas a una gran variedad de cuestiones que van desde la solicitud de arbitraje que da inicio el procedimiento, hasta la emisión de un laudo y su corrección<sup>173</sup>. En este panorama, las instituciones arbitrales cobran gran importancia, en tanto ofrecen distintas alternativas en términos de estructura burocrática para el procesamiento del arbitraje, oferta de listas de árbitros, reglas de procedimiento e instrumentos de facilitación del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales<sup>174</sup>.

De esta forma, los centros de arbitraje proveen de un marco estructural bajo el cual los procedimientos son llevados adelante a través de sus propias reglas de arbitraje que rigen para las partes y para los tribunales arbitrales<sup>175</sup>. Por el contrario, los arbitrajes *ad hoc* producen múltiples interrogantes procedimentales, pues al no existir un reglamento arbitral predeterminado, son las propias partes las que deben acordar la forma de tramitación de la disputa<sup>176-177</sup>. Dado lo anterior, la fisono-

170 BLANCHARD, Sadie. State consent, temporal jurisdiction, and the importation of continuing circumstances analysis into international investment arbitration. *Global Studies rev.*, Vol. 10, 2011, p. 424.

171 REISMAN, Michael. The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration. *Duke Law Journal*, Vol. 1989 (4), 1990, p. 745.

172 MATURANA, Cristián. Derecho procesal orgánico. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2003, p. 32.

173 YANNACA-SMALL, Katia. Arbitration under ..., 2018. Ob. Cit., p. 59.

174 FONTOURA, José. Las instituciones y reglas del arbitraje de inversiones. En: ÁLVAREZ, José Manuel; ZENKIEWICZ, Maciej. El derecho internacional de las inversiones. Desarrollo actual de normas y principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021, p. 317.

175 YANNACA-SMALL, Katia. Arbitration under ..., 2018. Ob. Cit., pp. 58-59. En este contexto han tomado creciente importancia el CIADI (la institución arbitral más escogida en materia de inversiones), la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, los cuales representan los foros usuales en la materia. La amplitud de los servicios proporcionados por estas instituciones varía y depende de sus reglas y políticas internas e, incluso dentro de ellas, puede variar de un caso a otro dependiendo del acuerdo de las partes respecto de las reglas procedimentales

176 UNCTAD Series on issues in international investment agreements. Ob. Cit., p. 44.

177 Ahora bien, lo anterior no impide que las Partes en el marco de un arbitraje *ad-hoc*, en virtud de su autonomía de la voluntad, se acojan a un determinado reglamento arbitral para llevar a cabo el proceso, sin que su disputa sea administrada por la institución correspondiente. En este sentido, la mayoría de los arbitrajes de inversión *ad-hoc* son conducidos bajo las reglas de la UNCITRAL, las cuales fueron originalmente adoptadas en 1976 pero modificadas posteriormente en 2010, 2014 y 2021 (incorporando esta última modificación las reglas del Reglamento de la UNCITRAL sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado). YANNACA-SMALL, Katia. Arbitration under ..., 2018. Ob. Cit., pp. 58-75.



mía del procedimiento arbitral dependerá, primero, de si el arbitraje pactado por las partes es administrado por una institución arbitral o no; y, segundo, en caso de ser designada una institución, cuál de aquellas será la escogida.

Dicho todo lo anterior, y sin perjuicio de que los procedimientos en los arbitrajes de inversión varían de caso en caso, existen varios elementos y variables comunes a estos procedimientos<sup>178</sup>. Desde una perspectiva práctica, un procedimiento de esta naturaleza puede ser dividido en tres fases secuenciales: (1) la preparación del caso; (2) las presentaciones escritas y orales; y (3) la actividad posterior a las audiencias<sup>179</sup>.

La primera fase incluye el período que va desde el origen de la disputa hasta la primera sesión procedimental del tribunal arbitral; tiempo en el cual las partes escogen a sus abogados, llevan a cabo los análisis iniciales del caso, escogen a los árbitros y eligen el procedimiento específico para el arbitraje<sup>180</sup>. En esta primera etapa cabe tomar en consideración las diferencias que existen entre los reglamentos de las instituciones arbitrales referidas anteriormente, lo cual puede implicar cambios en los costos del procedimiento (cuestión especialmente relevante en los arbitrajes de inversión), requerimientos jurisdiccionales (como aquellos requerimientos adicionales que impone el CIADI en comparación a otros centros<sup>181</sup>), transparencia en el procedimiento y mecanismos de ejecución y revisión del laudo<sup>182</sup>.

En cuanto a la segunda etapa, cabe tener presente que en ésta las partes presentan sus argumentos mediante sus escritos, siguiendo a ello las audiencias orales en que las partes realizan sus alegaciones y examinan a los peritos y testigos<sup>183</sup>. La fase de discusión generalmente se compone de una demanda, una contestación, una réplica y una dúplica; escritos que suelen ser de una larga extensión y que generalmente van acompañados de términos que se extienden desde los tres hasta los seis meses<sup>184</sup>. Posterior a esto, se desarrollan las audiencias orales, en que las partes presentan sus argumentos, contra-interrogan a los testigos y prueban la veracidad de sus testimonios, lo cual suele tomar entre tres y cinco días<sup>185</sup>.

Por último, en relación con la tercera etapa, la actividad post-audiencia incluye el período que va entre el término de las audiencias y la emisión del laudo, incluyendo también a las cuestiones re-

178 LEGUM, Bart; CREVON, Anna. An outline of procedure in an Investment Treaty Arbitration-Strategy and Choices. En: GIORGETTI, Chiara. Litigating international investment disputes: a practitioner's guide. Leiden: Brill Nijhoff, 2014, p. 1.

179 Ibid., p. 1.

180 Ibid., p. 2.

181 En este sentido, debe tenerse en cuenta que solo es posible someter una controversia a los tribunales arbitrales del CIADI si ambos países involucrados (el Estado anfitrión y el Estado del cual es nacional el inversionista) son signatarios de la Convención de Washington.

182 LEGUM, Bart; CREVON, Anna. Ob. Cit., pp. 4-11.

183 Ibid., p. 11.

184 LEGUM, Bart; CREVON, Anna. Ob. Cit., p. 12.

185 Ibid., p. 14.

lacionadas con el reconocimiento, la ejecución y la posible anulación del laudo<sup>186</sup>. En este punto cobran especial relevancia los mecanismos de impugnación del laudo, los cuales guardan similitud entre las instituciones arbitrales, salvo algunos casos. Por ejemplo, las reglas de la ICC proveen de mecanismos de corrección del laudo (en que, de oficio o a solicitud de parte, un tribunal puede llevar a cabo la corrección del laudo en cuestiones administrativas, computacionales o errores tipográficos<sup>187</sup>) e interpretación del mismo (solo a solicitud de parte)<sup>188</sup>. Las reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo (en adelante, “SCC”) contienen los mismos mecanismos, incluyendo la posibilidad de una de las partes para solicitar un laudo adicional con respecto a las pretensiones que fueron presentadas ante el tribunal, pero que no fueron resueltas en la primera decisión<sup>189</sup>. Por otro lado, los mecanismos disponibles en el caso del CIADI son: la suplementación y la rectificación del laudo, remedios que permiten al tribunal resolver cuestiones omitidas en el laudo y rectificar errores administrativos, aritméticos o similares; la interpretación (en cuanto al significado o alcance del laudo), la revisión (disponible sobre la base del descubrimiento de algún hecho que afecte de manera decisiva al laudo, siempre que el solicitante o el tribunal desconocieran el hecho cuando se dictó el mismo) y la anulación (todos los cuales pueden ser invocados por una parte previo pago de la tarifa respectiva al centro)<sup>190</sup>.

Dicho todo lo anterior, y habiendo resaltado la relevancia de la institución arbitral y de las reglas de procedimiento, podrá surgir la duda razonable sobre el Derecho aplicable al procedimiento. Tal como fue indicado al inicio de este trabajo, los reglamentos de las instituciones arbitrales están razonablemente detallados para otorgar soluciones rápidas a las partes, pero no disponen de reglas para cada situación que pueda acontecer durante el proceso<sup>191</sup>. Por ende, para llenar los vacíos, los tribunales arbitrales pueden hacer referencia a otras fuentes del Derecho, como son la costumbre internacional –la cual se materializa en la jurisprudencia arbitral y judicial internacional–, los principios generales del Derecho, e incluso pueden hacer uso de sus propios poderes inherentes<sup>192-193</sup>.

Primeramente, las reglas de la costumbre internacional en materia procedimental, identificadas con la práctica judicial y arbitral, han sido resaltadas por su utilidad para rellenar los vacíos regulatorios que puedan darse en el desarrollo del procedimiento. Tradicionalmente, esta fuente ha sido asociada a las reglas relacionadas con la imposición de obligaciones sustantivas a los Estados<sup>194</sup>, dejándose de lado el tratamiento de su relevancia procesal. Sin embargo, en la práctica es usual que

186 Ibid., p. 14.

187 Esto puede ser asimilado a lo que en el derecho chileno es el recurso de aclaración, rectificación o enmienda.

188 YANNACA-SMALL, Katia. *Arbitration under ...*, 2018. Ob. Cit., p. 72.

189 Loc. Cit.

190 Loc. Cit.

191 BROWN, Chester. Ob. Cit., 664.

192 BROWN, Chester. Ob. Cit., 664.

193 A pesar de lo que podría estimarse en principio, estos elementos juegan un papel crecientemente importante en la regulación del procedimiento. Ante la ausencia de normas aplicables en el reglamento que rija el procedimiento, la referencia a las fuentes del Derecho Internacional Público contenidas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) resulta adecuada para la conducción del proceso, en línea con el carácter marcadamente internacional y público de los arbitrajes de inversión. Sin embargo, estos elementos no parecen haber sido tratados de manera considerable por la doctrina. THIRLWAY, Hugh. *Dilemma or Chimera? Admissibility of Illegally Obtained Evidence in International Adjudication*. *American Journal of International Law*, Vol. 78 (3), 1984, p. 622.

194 BROWN, Chester. Ob. Cit., p. 664.

los árbitros observen decisiones pasadas para resolver los dilemas procedimentales que se presentan en el devenir de estas disputas<sup>195</sup>. No existe duda de que la práctica de los tribunales internacionales puede, si es suficientemente consistente, generar una regla procedimental que tenga validez general y que forme parte del *corpus* general del Derecho Procesal de los tribunales internacionales<sup>196</sup>. Esta última idea ha sido resaltada por la jurisprudencia internacional a la hora de enfrentarse a dilemas de tipo procedimental<sup>197</sup>.

Por otro lado, la aplicación de los principios generales del Derecho también se encuentra asentada en la práctica de los tribunales internacionales<sup>198</sup>, por la mención de ellos en el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, “CIJ”). Una de las principales motivaciones para la inclusión de esta norma fue el temor de que la Corte quedara en situación de *non liquet*, debido a la naturaleza incompleta de otras fuentes del Derecho internacional como la costumbre internacional y el Derecho de los tratados<sup>199</sup>. En este marco, han sido reconocidos como principios procesales básicos del Derecho internacional económico (y del Derecho de inversiones) el debido proceso y la igualdad de partes, los principios sobre garantías mínimas de la prueba (incluyendo el derecho a probar, la contradicción de la prueba, la publicidad, la libertad probatoria y la valoración de la prueba), las garantías sobre independencia e imparcialidad, y la aplicación y observancia de las decisiones con autoridad de cosa juzgada<sup>200</sup>.

Ahora bien, y como ha sido identificado por algunos autores, existe un “límite borroso” entre los principios generales del Derecho y la costumbre internacional derivada de la práctica de los tribunales<sup>201</sup>, como sucede con la bilateralidad de la audiencia (*audi alteram partem*) y la cosa juzgada<sup>202</sup>. Sin perjuicio de ello, es necesario destacar que existen una serie de valores y principios que han sido remarcados como basales para cualquier tipo de procedimiento internacional, los cuales han de ser considerados y respetados al momento de tramitar una disputa, sea cual sea su denominación, encontrándose aquí la igualdad de armas y la autoridad de la cosa juzgada.

Por último, el ejercicio de los poderes inherentes de los tribunales arbitrales también ha sido considerado como una fuente de Derecho en relación con los procedimientos internacionales<sup>203</sup>. Estos

195 HANSEN, Robin. Ob. Cit., p. 534.

196 THIRLWAY, Hugh. Ob. Cit., p. 623 y ss.

197 BROWN, Chester. Ob. Cit., p. 665 citando *Factory at Chorzow (Germany v. Poland)*, PCIJ Series A No. 17, de 13 de septiembre de 1928.

198 BROWN, Chester. Ob. Cit., p. 665 citando a KOLB, Robert. General principles of procedural law. The statute of the International Court of Justice: a commentary, Vol. 3, 2006.

199 BROWN, Chester. Ob. Cit., p. 665 citando a CHENG, Bin. General principles of law as applied by international courts and tribunals. *Cambridge Grotius Publications Limited*, 1953.

200 CORREDOR, Jorge. Una aproximación a los principios procesales aplicables en los sistemas de solución de controversias del derecho internacional económico. *Opinión Jurídica*, Vol. 14 (27), 2015, pp. 95-96.

201 THIRLWAY, Hugh. Ob. Cit., p. 624; BROWN, Chester. Ob. Cit., p. 665.

202 Como explica BROWN, Chester. Ob. Cit., p. 666, estas cuestiones son tratadas como principios generales del Derecho por Bin Cheng, a la vez que en otros trabajos son incluidos como parte de la costumbre generada por la práctica de los tribunales. En este último sentido, SHANY, Yuval. The competing jurisdictions of international courts and tribunals. Oxford: Oxford University Press, 2004.

203 BROWN, Chester. Ob. Cit., p. 666.

poderes usualmente se encuentran conferidos por los instrumentos constitutivos de los tribunales internacionales, pues resultan necesarios para que los tribunales puedan cumplir adecuadamente sus funciones y ejercer sus facultades. Dentro de estas facultades se incluyen cuestiones como la competencia para determinar su propia competencia (*kompetenz-kompetenz*), para dictar medidas provisionales, para permitir la intervención de terceras partes, para formular reglas de procedimiento y dictar órdenes procesales, para ejercer facultades en virtud de la economía procesal, para abstenerse de pronunciarse sobre determinadas pretensiones si no es necesario hacerlo y para hacer visitas a sitios relevantes, entre otras cuestiones<sup>204</sup>.

De esta forma es posible constatar que los tribunales arbitrales de inversión poseen una discrecionalidad similar en la conducción del procedimiento a la que posee un tribunal arbitral en el marco de un procedimiento de arbitraje comercial internacional<sup>205</sup>. Las diferencias entre ambos tipos de procedimientos radican principalmente en dos cuestiones: el rol del principio *iura novit curia*, el cual tiene mucho mayor presencia en el arbitraje de inversiones que en el arbitraje comercial internacional<sup>206</sup>; y en la posibilidad del tribunal de actuar de *motu proprio* en una serie de situaciones<sup>207</sup>.

Por último, ha de tenerse presente una diferencia fundamental con el arbitraje comercial internacional, en cuanto al rol que juega la sede del arbitraje en este campo. En el arbitraje comercial internacional, es un principio básico que es la sede del arbitraje la que determina la *lex arbitri*; lo cual implica que el procedimiento sea llevado adelante en concordancia con el marco legal de la jurisdicción en que se sitúa el arbitraje<sup>208</sup>. Ello opera de manera distinta en los arbitrajes de inversiones, dentro de los cuáles puede distinguirse a los procedimientos CIADI de los otros tipos.

En el caso de los arbitrajes CIADI, al tratarse de procedimientos completamente a-nacionales, el Derecho nacional de la sede del arbitraje no tiene influencia alguna en la conducción del procedimiento, pues tales arbitrajes se sitúan en un plano supra nacional y no están sometidos al control de jurisdicción alguna<sup>209</sup>. Este no es el caso de los arbitrajes de inversiones administrados por la ICC, la

204 Ibid., p. 667. Esta libertad de los tribunales para adoptar las medidas más adecuadas en orden a asegurar la administración de la justicia queda ilustrada de forma prolija a partir del razonamiento de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de las Concesiones Mavrommatis en Palestina de 1924, en el cual el tribunal determinó que tenía “la libertad de adoptar el principio que considera mejor calculado para asegurar la administración de justicia más adecuada de un procedimiento ante un tribunal internacional, y con la mayor conformidad a los principios fundamentales del derecho internacional” (traducción libre). *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. UK)*, PCIJ Judgement No. 2, de 30 de agosto de 1924, p. 16.

205 DE BRABANDERE, Eric. Ob. Cit., p. 113.

206 Como explica DE BRABANDERE, Eric. Ob. Cit., p. 103, la aplicación del *iura novit curia* en el marco del arbitraje comercial internacional encuentra cierta reticencia en la doctrina, y está sujeto a divergencias entre las leyes nacionales. En este marco, la práctica de los tribunales de inversión se aleja claramente de los anteriores, permitiendo a los árbitros en muchos casos cambiar la base legal de la decisión respecto de los argumentos presentados por las partes, siempre que se encuentre “dentro del marco legal” en que se desarrolla el arbitraje. Ver *Klöckner Industrien-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, de 3 de mayo de 1985, p. 62 y ss. Dicho lo anterior, debe hacerse una distinción entre los arbitrajes en el CIADI y los llevados a cabo en otras instituciones, siendo en estos últimos ligeramente más disputada la aplicación de este principio.

207 DE BRABANDERE, Eric. Ob. Cit., p. 115-119.

208 HENDERSON, Alastair. ‘Lex arbitri’, procedural law and the seat of arbitration: Unravelling the laws of the arbitration process. *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 26, 2014, p. 890.

209 DE BRABANDERE, Eric. Ob. Cit., p. 113.



SCC o bajo las reglas de la UNCITRAL, las cuales imponen el requerimiento de que el arbitraje tenga una sede. Esto, ciertamente, no rompe el vínculo que poseen estos procedimientos con el Derecho de los tratados y el Derecho Internacional Público<sup>210</sup>. Por tanto, a juicio del investigador en este trabajo, en el caso de los arbitrajes que no son administrados por el CIADI, el ordenamiento de la sede de arbitraje debería tomar un rol supletorio al Derecho internacional, en línea con la situación eminentemente internacional de los tribunales de inversión.

## 1.6. Disputas ante los arbitrajes de inversión

Establecido el marco jurisdiccional y procesal en los procedimientos de inversiones, corresponde tratar someramente el mérito de estas controversias.

Los TBI suelen garantizar una serie de derechos a los inversionistas, así como también remedios para poder exigir aquellos derechos<sup>211</sup>. Estos tratados son el producto de la negociación entre Estados soberanos con diferentes políticas y enfoques de inversión, por lo que la variedad y alcance de los derechos protegidos en un tratado varía caso a caso e incluso difiere considerablemente entre los tratados firmados por un mismo Estado en distintos casos<sup>212</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, existen ciertos derechos que son recurrentemente garantizados por los TBI<sup>213</sup>, como la garantía del pago adecuado en el caso de una expropiación de su inversión, la prohibición del Estado anfitrión de recurrir al control de divisas para promover la libre circulación de capitales, la prohibición de discriminación del inversionista en relación con un nacional del Estado anfitrión u otro extranjero, trato justo y equitativo por parte del Estado, la garantía de que el inversionista no será tratado de forma menos favorable que un estándar mínimo impuesto por la costumbre internacional y el acuerdo del país de cumplir todos los compromisos con el inversionista. De esta forma, cuando exista una cláusula arbitral en un tratado, el inversionista tendrá el derecho de iniciar un procedimiento arbitral por la vulneración de cualquiera de estas obligaciones, buscando compensación por la violación del tratado cometida por el Estado<sup>214-215</sup>.

210 SALEHI, Meysam. Investment Treaty Arbitration as a Public and Unilateral Dispute Settlement: A redefinition of the autonomy of disputing parties and arbitral tribunals in the process of investment treaty arbitration. Master's Thesis. Uppsala: Uppsala University, 2020, p. 17. SALEHI postula que, bajo su visión, en el caso de los arbitrajes de inversión llevados a cabo fuera del CIADI, el procedimiento está sujeto a dos ordenamientos legales diferentes al mismo tiempo, los cuales pueden impactar simultáneamente en diferentes dimensiones del mismo. El autor de este trabajo de tesis coincide con esta opinión, sin perjuicio que debiera considerarse primeramente siempre las fuentes del Derecho internacional, dadas las características inherentes del arbitraje de inversiones (como parte del Derecho Internacional Público).

211 BLYTHE, Stephen E. The advantages of investor-state arbitration as a dispute resolution mechanism in bilateral investment treaties. *Int'l Law.*, Vol. 47, 2013, p. 275.

212 REED, Lucy; PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. Guide to ICSID arbitration. 2ªed, Zuid-Holland: Kluwer Law International B. V., 2011, p. 60.

213 FRANCK, Susan. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions. *Fordham L. Rev.*, Vol. 73, 2004, p. 1530.

214 BLYTHE, Stephen. Ob. Cit., p. 276.

215 Cabe recordar, ciertamente, que en el caso de los arbitrajes de inversión con origen contractual, los derechos que podrán ser invocados como vulnerados son los del contrato que contiene el acuerdo arbitral. En el caso de arbitrajes de

Entonces, como podrá presumirse, las controversias que surjan en el marco de un arbitraje de inversiones usualmente estarán enmarcadas dentro del análisis e interpretación de estos derechos. Respecto a la expropiación, por ejemplo, ésta constituye la forma de intervención más severa en la propiedad<sup>216</sup>. Sin embargo, en virtud de la noción de soberanía estatal, las reglas clásicas del Derecho internacional han aceptado el derecho de los Estados anfitriones de expropiar la propiedad ajena, razón por la cual todos los acuerdos modernos de inversiones contienen provisiones específicas que cubren las condiciones para expropiar y sus consecuencias<sup>217</sup>, de forma de otorgar protección y certeza a los inversionistas respecto de medidas de tal magnitud.

Otro ejemplo de gran relevancia es el estándar de trato justo y equitativo por parte del Estado. En los años recientes, los inversionistas han invocado la vulneración de este estándar como fundamento de sus pretensiones, lo cual ha incidido en el creciente interés por delimitar su contenido y límites<sup>218</sup>. Sin perjuicio de ello, parece existir cierto consenso en que el trato justo y equitativo es un estándar absoluto de protección que, basado en el significado puro de las palabras, requiere una actitud fundada en un conjunto imparcial de reglas que han de ser aplicadas con miras a hacer justicia a todas las partes que puedan verse afectadas por la decisión de un Estado en cuestión<sup>219</sup>.

De esta forma, y como es apreciable, las acciones entabladas por los inversionistas usualmente tendrán su causa en la vulneración de derechos contenidos en un tratado de inversiones, los cuales han sido desarrollados doctrinaria y jurisprudencialmente en el marco del Derecho Internacional Público.

Establecido esto último, es relevante también tener en cuenta la distinción conceptual entre pretensiones fundadas en un contrato y las fundadas en un tratado internacional. Ante la existencia de una cláusula que obliga a los Estados signatarios a cumplir con los compromisos contraídos con el inversionista (denominadas “cláusulas paraguas” o *umbrella clauses*)<sup>220</sup>, existen diversas tendencias jurisprudenciales respecto a la posibilidad de someter pretensiones contractuales al conocimiento de un tribunal arbitral de inversiones<sup>221</sup>; debate que suele reconducirse a los casos *SGS v. Pakistan* y *SGS v. Philippines*. A partir de estos casos se han generado diferentes vertientes jurisprudenciales, que oscilan desde la negación conceptual de la posibilidad de someter demandas contractuales al conocimiento de estos tribunales arbitrales, hasta la aceptación de ello fundado en el significado ordinario de las palabras del tratado, las que confirman la aplicabilidad de la cláusula a los compro-

---

inversiones con origen legal, debe observarse los derechos resguardados por el cuerpo normativo.

216 DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. Ob. Cit., p. 89.

217 DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. Ob. Cit., p. 89.

218 KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Fair, equitable and ambiguous: what is fair and equitable treatment in international investment law? *ICSID Review*, Vol. 22 (1), 2007, p. 25.

219 UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. Fair and Equitable Treatment. Geneva: United Nations Publications, 2012, p. 7.

220 MEREMINSKAYA, Elina. La cláusula paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos. *Revista Internacional de Arbitraje*, (11), 2009, p. 13.

221 Ibid., p. 16.

No es el objeto de este trabajo de investigación adentrarse en las disquisiciones conceptuales detrás de cada una de estas posturas. Sin embargo, hay algo que resulta trascendental de destacar para el objeto de lo que será tratado en el capítulo 3: Cuando los tribunales han reconocido la posibilidad de entablar demandas contractuales (ya sea bajo la segunda o la tercera tendencia jurisprudencial expuesta), siempre ha sido bajo el supuesto de que aquellas vulneraciones constituyan a su vez una infracción del tratado. Ello resulta relevante pues, sea una pretensión contractual o una puramente basada en el tratado, la causa de la acción ejercida siempre se encontrará en solo un instrumento: el Tratado Bilateral de Inversiones que contiene dicha cláusula paraguas<sup>223</sup>. Precisamente por ello Elina Mereminskaya considera que las cláusulas paraguas representan un punto de contacto entre el ordenamiento jurídico nacional e internacional<sup>224</sup>.

Resumiendo, el centro de las controversias en el seno de los arbitrajes de inversión estará en la vulneración de derechos consagrados en un tratado, por lo que las disputas se enmarcarán en el ámbito del Derecho Internacional Público. Ello sucederá incluso en el caso en que las pretensiones conocidas por el tribunal arbitral emanen de un contrato, pues en este caso la vulneración habrá sido a la cláusula paraguas, la cual “internacionalizará” la violación contractual<sup>225</sup>. De esta forma, la causa como elemento de la acción entablada siempre se encontrará en la vulneración a un tratado de inversiones<sup>226</sup>.

Establecido lo anterior, debe recordarse que los arbitrajes de inversión son procedimientos arbitrales que se encuentran modelados con base al arbitraje comercial internacional, lo cual tiene la consecuencia de relevar a una importancia primaria al principio de autonomía de la voluntad en determinados aspectos. Uno de estos es la elección de la ley aplicable al fondo de la controversia<sup>227</sup>. De esta forma, las partes podrán designar la ley que rija su relación jurídica sustancial, lo cual tiene sustento normativo en los reglamentos de las distintas instituciones arbitrales relevantes en la materia, que disponen que el Derecho elegido por las partes es el que debe ser aplicado primariamen-

222 Para una explicación detallada, ver *Ibid.*, pp. 16-28.

223 Nótese que esta afirmación se funda en la llamada “teoría de individualización”, bajo la cual la causa de pedir de una acción está conformada no solo por los hechos, sino que también por las normas jurídicas concretas que permiten obtener el resultado pretendido. La consecuencia de esto es que, si existe un nuevo juicio sobre idénticos hechos, pero bajo una calificación jurídica diversa, no existirá cosa juzgada ni litispendencia. HUNTER AMPUERO, Iván. La aplicación judicial del derecho en el Proyecto de Código Procesal Civil. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 25 (1), 2012, p. 204. Como será analizado en el Capítulo 3, este es uno de los puntos más criticados por la doctrina internacionalista cuando los tribunales arbitrales de inversiones han analizado la litispendencia.

224 MEREMINSKAYA, Elina. La cláusula paraguas.... *Ob. Cit.*, p. 13.

225 *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case ARB/01/11, de 15 de octubre de 2005, ¶154.

226 Lo anterior, ciertamente, no ocurrirá en el caso en que el consentimiento al arbitraje de inversiones sea otorgado en un contrato de inversiones entre el Estado y el inversionista, pues en este caso la causa de la acción estará en aquel contrato, dado que los derechos vulnerados se encontrarán en el mismo. En efecto, en este caso las partes son libres de delimitar las cuestiones que caerán dentro de la órbita de competencia del tribunal arbitral, y cuando se produzca una disputa respecto a alguna de aquellas cuestiones, la pretensión ejercida estará fundada normativamente en el contrato. Similar análisis cabe hacer respecto de la situación en que el consentimiento del Estado es otorgado en una ley.

227 DE BRABANDERE, Eric. *Ob. Cit.*, p. 123; BANIFATEMI, Yas. *Ob. Cit.*, p. 191.

te para la solución sustantiva de la disputa<sup>228</sup>. Esto no es menor, en tanto en el arbitraje de inversiones, tal y como sucede en el arbitraje comercial internacional, la decisión final de la disputa puede depender en gran medida de las reglas aplicables<sup>229</sup>. En este contexto cabe considerar que la regla del Derecho aplicable contenida en un tratado se encuentra incluida dentro de la oferta a arbitraje formulada en el mismo, por lo que si un inversionista acepta la oferta y demanda en arbitraje, ello implicará que ha consentido también en la ley aplicable designada<sup>230</sup>.

Sin embargo, hay que destacar que la mayoría de los Tratados Bilaterales de Inversiones no contienen cláusulas de elección de ley<sup>231</sup>. Por lo mismo, la pregunta obvia es ¿cuáles son las normas aplicables en este caso? Para responder esto debe observarse el reglamento aplicable al arbitraje: por ejemplo, si se trata de un arbitraje CIADI, el art. 42 de la Convención de Washington dispone que el derecho a aplicar, en ausencia de acuerdo de las partes, será el del Estado parte en la disputa (incluyendo sus normas de conflicto) y las reglas de Derecho internacional que resulten aplicables. En el caso de las reglas UNCITRAL, el artículo 35 determina que, en ausencia de acuerdo sobre el Derecho aplicable, el tribunal arbitral deberá aplicar la ley que estime apropiada. El artículo 21 del reglamento ICC y el artículo 27 del reglamento de la SCC siguen la misma fórmula.

Las anteriores reglas se ven morigeradas cuando se tiene en cuenta el principal objeto de un tribunal arbitral de inversiones de tratado, esto es, evaluar la responsabilidad internacional de los Estados anfitriones. Ello conlleva a que la referencia al Derecho Internacional Público esté completamente justificada y sea adecuada<sup>232</sup>, yendo de la mano con las llamadas funciones “correctiva” y “complementaria” del Derecho internacional. Estas implican que, en caso de que el Derecho doméstico no encuentre conformidad con el Derecho internacional, ha de ser aplicado este último; y que en caso de que el Derecho doméstico no entregue normas aplicables a la disputa, el Derecho internacional ocupará una función integradora y suplementaria<sup>233</sup>. De esta forma, cuando el tribunal, resolviendo sobre la responsabilidad internacional de un Estado, sea llamado a aplicar el Derecho doméstico de un Estado de forma primaria por la disposición de un tratado, en realidad el Derecho aplicable principalmente estará formado por el Derecho internacional<sup>234</sup>.

Esto ciertamente no regirá en el caso de cuestiones que no tienen que ver con la determinación de responsabilidad del Estado, en lo cual el Derecho internacional no constituye un ordenamiento suficiente para dar respuesta a estos casos<sup>235</sup>. En estas cuestiones, como las relativas a la jurisdicción de los tribunales revisadas en las secciones anteriores, el Derecho doméstico evidentemente jugará un rol preponderante. Así, los ordenamientos que incidan en una disputa arbitral de inversiones son

228 SCHREUER, Christoph. Jurisdiction.... Ob. Cit., p. 11.

229 BANIFATEMI, Yas. Ob. Cit., p. 192.

230 SCHREUER, Christoph. Jurisdiction.... Ob. Cit., pp. 11-12.

231 Ibid., p. 12.

232 DE BRABANDERE, Eric. Ob. Cit., p. 125.

233 DE BRABANDERE, Eric. Ob. Cit., p. 125.

234 *Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, de 27 de junio de 1990, ¶154 y ss.

235 DOUGLAS, Zachary. Ob. Cit., p. 8.



diversos, los cuales entrarán a aplicar en distintas dimensiones de la controversia.

Dicho todo lo anterior, y como fue sostenido, el arbitraje de inversiones posee una naturaleza híbrida, que lo particulariza y vuelve en una institución compleja. Su esencia arbitral otorga relevancia a la autonomía de las partes para regular la forma de resolver su disputa, pero ello se encuentra modulado por la existencia de normas imperativas internacionales que ponen un freno a su voluntad. Y, a la vez, el Derecho doméstico de los Estados contratantes en estas controversias resulta crecientemente útil para regular algunas cuestiones a las cuales el Derecho internacional no puede dar respuesta, dado su carácter incompleto, fragmentario e incierto<sup>236</sup>. Estas cuestiones han transformado a este mecanismo en uno sujeto a discusiones doctrinales complejas, como en lo relativo a la forma en que debe regularse la jurisdicción, a cómo se desarrolla el procedimiento y a cómo se debe resolver el mérito de las controversias.

En un contexto como este, parecen existir múltiples variables a tomar en cuenta para abordar el problema de procedimientos paralelos que fue destacado al inicio de este capítulo. La pregunta plausible que podría formularse es si los remedios encontrados dentro del contexto doméstico chileno son compatibles con el de los arbitrajes de inversiones (en particular, de tratado) y si resultan posibles de ser aplicados. Aquí resulta de interés analizar la institución procesal de la litispendencia, la cual ha sido tradicionalmente ocupada para abordar el problema de los juicios paralelos en la litigación chilena (y, en general, en el *civil law*). Sin embargo, para poder evaluar su aplicabilidad, resulta necesario primero tener una comprensión adecuada de esta institución.

---

236 KOLB, Robert. Theory of international law. Portland: Bloomsbury Academic, 2016, pp. 170 y ss.

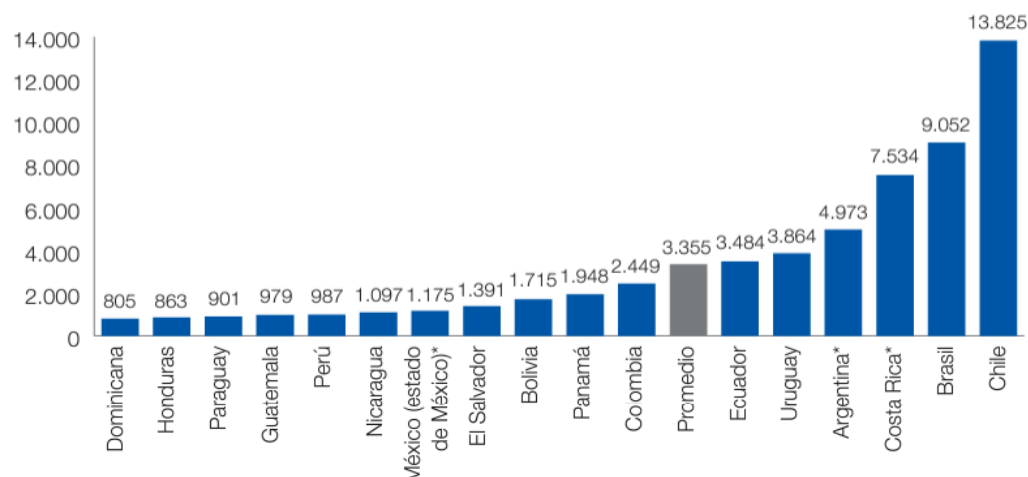
## CAPÍTULO 2:

# LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA EN EL CONTEXTO DOMÉSTICO CHILENO

### 2.1. Generalidades: la duplicidad de procedimientos

Chile es un país caracterizado por las considerables altas tasas de litigiosidad en comparación con los demás países de América Latina. Si bien no existen estudios empíricos recientes sobre esta materia, el fenómeno ha sido observado y denunciado por la autoridad como una preocupación actual<sup>237</sup>, lo cual ciertamente ha llevado a la formulación de políticas públicas que buscan modificar los incentivos a demandar e integrar mecanismos alternativos de resolución de conflictos que afronten el problema “desde la demanda de tribunales y no desde la oferta”<sup>238</sup>.

Tasa de litigiosidad en materia no penal en primera instancia en materia civil, mercantil, laboral, familia, contencioso administrativo y otra, 2010

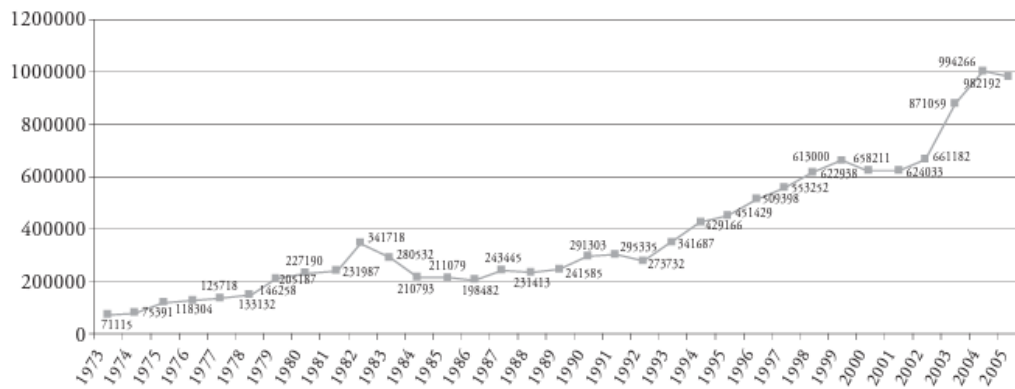


Fuente: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Diagnóstico sobre el acceso a la justicia en Chile. 2020. Disponible en: <https://www.minjusticia.gob.cl/diagnostico-sobre-el-acceso-a-la-justicia-en-chile/> [consultado: 14 de julio de 2023].

237 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Diagnóstico sobre el acceso a la justicia en Chile [en línea]. 2020. Disponible en: <https://www.minjusticia.gob.cl/diagnostico-sobre-el-acceso-a-la-justicia-en-chile/> [consultado: 14 de julio de 2023], p. 47.

238 Como sostenían José García y Francisco Leturia al año 2006 “En nuestro país tradicionalmente se ha enfrentado la reforma al sistema judicial desde un punto de vista de la oferta, esto es, se ha sostenido que frente a los problemas que comúnmente aquejan a la justicia, como son la congestión y la dilación, la respuesta adecuada pasa por un aumento en el número de tribunales y en la dotación de personal. Poner el eje de las esperanzas de modernización, perfeccionamiento y aumento de eficiencia en esta solución, constituye un error y quizás la razón de muchos de los problemas que enfrenta el sistema de justicia chileno”. GARCÍA, José Francisco; LETURIA, Francisco Javier. Justicia civil: Diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma. *Revista chilena de derecho*, Vol. 33 (2), 2006, p. 357.

**GRÁFICO N° 1**  
**Evolución causas civiles ingresadas nacional 1973-2005**  
(Fuente: Elaboración propia en base a Mery 2003 y Corporación Adm. Poder Judicial)



Fuente: GARCÍA, José Francisco; LETURIA, Francisco Javier. Justicia civil: Diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma. *Revista chilena de derecho*, 2006, Vol. 33, (2), pp. 345-384.

Este fenómeno de exceso de actividad judicial tiene una serie de repercusiones, siendo una de las más directas el aumento de la probabilidad de existencia de procedimientos paralelos idénticos o relacionados con las mismas cuestiones<sup>239</sup>. Esta situación es comúnmente observada como un fenómeno negativo, por lo que en la mayoría, sino en todas las jurisdicciones, han sido adoptadas medidas para prevenir estas situaciones<sup>240</sup>.

Ciertamente, una situación como la descrita puede acarrear consecuencias indeseables como el gasto innecesario de tiempo, dinero y esfuerzos para las partes que llevan estos juicios, además de la posibilidad de dictación de decisiones contradictorias por dos órganos jurisdiccionales distintos<sup>241</sup>, lo que puede afectar una adecuada administración de justicia. Ante esta situación, una de las herramientas procesales que ha sido reconocida internacionalmente por múltiples tribunales de distintos países por su utilidad para afrontar este contexto es la litispendencia, la cual permite a un tribunal suspender o paralizar el procedimiento llevado ante él en el caso de que se encuentre en curso un procedimiento anterior en paralelo frente a otro tribunal<sup>242</sup>.

239 Isabel Echeverría relaciona el aumento de la litigiosidad en Chile con la existencia de procesos conexos y prejudiciales, al tener las partes que acudir ante distintas jurisdicciones para ejercer sus pretensiones y satisfacer sus derechos e intereses legítimos. ECHEVERRÍA, Isabel. La litispendencia impropia o por conexidad en materia procesal civil y el derecho a la tutela judicial. En: MACHADO, Priscila; LARROUCAU, Jorge. Estudios de Derecho Procesal. Santiago: DER Ediciones, 2019, p. 359.

240 FORSTEN, Denice. Parallel Proceedings and the Doctrine of Lis Pendens in International Commercial Arbitration: A comparative study between the common law and civil law traditions. Master's Thesis in Procedural Law, Uppsala: Uppsala University, 2015, p. 43. Como describe la autora, alguna de estas medidas son las *anti-suit injunctions*, la consolidación de procedimientos y la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*. Los países de la tradición del *common law* han ocupado herramientas diferentes a la litispendencia para coordinar y/o prevenir los problemas de procedimientos paralelos, ocupando principalmente a las *anti-suit injunctions* y el *forum non conveniens*. En el mismo sentido, MCLACHLAN, Campbell. Lis Pendens in International Litigation. Leiden: Martinus Brill Nijhoff, 2009, p. 37.

241 VEGAS, Jaime. La eficacia excluyente de la litispendencia. *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, (0), 2002, p. 170.

242 BORN, Gary. International Commercial Arbitration: Volume III. 3ª ed, Zuid-Holland: Kluwer Law International B.V., 2021, p. 6587.

Ello encuentra correlato en Chile, en donde ha sido reconocido que la excepción dilatoria de litispendencia es una de las herramientas que resultan más útiles en la práctica frente a la existencia de procedimiento paralelos<sup>243</sup>. Esta excepción se encuentra establecida en el art. 303 N°3 del Código de Procedimiento Civil (CPC) para el marco del juicio ordinario de mayor cuantía y en el art. 464 N°3 del CPC para el contexto del juicio ejecutivo de obligaciones de dar, y su supuesto de hecho es, genéricamente, la existencia de varios procesos que se desarrollan en paralelo y que versen, esencialmente, sobre las mismas cuestiones entre las mismas partes. En este sentido, los referidos beneficios que han sido atribuidos a la excepción de litispendencia, vinculados con la economía procesal y los fines propios de la cosa juzgada<sup>244</sup>, la convierten en una herramienta procesal crecientemente útil para afrontar un contexto como el descrito.

Ahora bien, a pesar de que constituye una herramienta efectiva y apropiada para casos como los descritos, esta institución representa a la vez una de las cuestiones sobre las que, en un panorama general de la doctrina procesal chilena, menos se ha escrito y estudiado<sup>245</sup>. Esto llevó a que se desarrollara una pluralidad de opiniones en doctrina tradicional respecto de la conceptualización de la litispendencia, asimilando ésta a instituciones cuya operatividad es similar, como la incompetencia judicial, la cosa juzgada y la acumulación de autos<sup>246</sup>. En este sentido, una tendencia clara de los autores clásicos fue a concebir a la litispendencia como un reflejo de la cosa juzgada<sup>247</sup>, asumiendo la clásica idea de que “existe hoy litispendencia donde mañana existirá cosa juzgada”<sup>248</sup>. Esto es posiblemente la causa de que se asentara el criterio de la triple identidad (esto es, identidad de persona, objeto y causa de pedir) como estándar tradicional de procedencia de la excepción, cuestión que ha sido controvertida por cierto sector de la doctrina moderna.

243 RIED, Ignacio. Ob. Cit., p. 206.

244 BORN, Gary. Ob. Cit., p. 6587.

245 RIED, Ignacio. Ob. Cit., p. 206. Sin perjuicio de esta afirmación, cabe destacar los trabajos que se han abocado a esta materia, siendo el primero de ellos la tesis de pregrado “Relación entre litispendencia, acumulación de autos y cosa juzgada” del profesor Cristián Maturana Miquel y en los recientes años el artículo del profesor Ignacio Ried Undurraga “Tres Cuestiones sobre la excepción de litispendencia en el proceso civil chileno”, el trabajo de Isabel Echeverría Donoso “La litispendencia impropia o por conexidad en materia procesal civil y el derecho a la tutela judicial”, el artículo del profesor Gonzalo Cortéz “Concepto, fundamento y tiempo de la litispendencia en el proceso civil chileno” y la información incluida en la edición del año 2017 del libro “Curso de Derecho Procesal Civil” de Alejandro Romero Seguel. También han existido trabajos que han tratado marginalmente la institución de la excepción de litispendencia a partir del análisis de cuestiones anexas, como la profesora Sophía Romero Rodríguez en su artículo “Concurso de Normas y Concurso de acciones en el Derecho Procesal Civil chileno”, la profesora Renée Rivero en su tesis doctoral “La prejudicialidad en el proceso civil chileno. Medios procesales para la coherencia de sentencias dictadas en procesos con objetos conexos”, la profesora Maite Aguirrezábal Grünstein en “La reserva de acciones en el juicio ejecutivo y los requisitos necesarios para la correcta configuración de la excepción de litispendencia”, y el breve análisis incluido en manuales clásicos como el de Mario Casarino Viterbo en su “Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo IV”, Ignacio Rodríguez Papic en “Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantía”, Darío Benavente en “Derecho Procesal Civil”, Alex Carocca en “Manual de Derecho Procesal: Los procesos declarativos”, José Ramon Camiruaga en “Del juicio ordinario de mayor cuantía en primera instancia”, René Jorquera en “Síntesis de Derecho Procesal Civil” y Carlos Anabalón en “Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil”.

246 ANABALÓN, Carlos. El juicio ordinario de mayor cuantía. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1954, p. 149.

247 Ibid., p. 149; Siguen este mismo razonamiento: CAMIRUAGA, José Ramón. Del juicio ordinario de mayor cuantía en primera instancia. Santiago de Chile: Ediciones Gómez, 1948, p. 29; CASARINO, Mario. Ob. Cit., p. 31; JORQUERA, René. Síntesis de Derecho Procesal Civil. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas La Ley, 1992, p. 151. En doctrina comparada PARDO, Antonio. Tratado de Derecho Procesal Civil. Medellín: Ediciones de la Universidad de Antioquia, 1950, Tomo I, p. 444; PINO, Remigio. Nociones de Derecho Procesal y Comento del Código de Procedimientos Civiles. Lima: Tipografía Peruana, 1964, Tomo II, p. 56; ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. 2ª ed, Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1942, Tomo II, p. 101; y ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, Tomo II, p. 124.

248 VEGAS, Jaime. Ob. Cit., p. 170 .



Por otro lado, si bien se ha estimado tradicionalmente que la consecuencia del acogimiento de la litispendencia es la paralización del procedimiento, los efectos de esta excepción también representan un espacio en el cual no existe claridad absoluta en nuestro país. Esto ha implicado la existencia de una variedad de posiciones sobre un tema que es fundamental; esto es, cuáles debieran ser los efectos que produce el acogimiento de la excepción dilatoria de litispendencia por un tribunal nacional. A pesar de ser algo elemental, no existe unanimidad ni doctrinal ni jurisprudencial sobre ello. Tal como explicaba el profesor Cristián Maturana Miquel en su tesis de pregrado, ésta es una materia sobre la cual pueden encontrarse al menos tres posiciones distintas en Chile<sup>249</sup>.

A lo anterior debe añadirse la ausencia de tratamiento sistemático de la litispendencia en el Derecho chileno, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos (como el alemán<sup>250</sup>), lo que acarrea las complicaciones propias de un vacío normativo. Esto no sólo es problemático por la oscuridad y las dudas que se presentan al momento de oponerse esta excepción en un juicio ordinario de mayor cuantía, sino que también deja considerables dudas al momento de analizar su aplicación en “contextos anómalos”, como el de juicios paralelos entre un tribunal chileno y uno de un país distinto (en ausencia de tratados internacionales que regulen esta situación), o la tramitación simultánea entre tribunales ordinarios nacionales y tribunales arbitrales. Todo este contexto lleva a que sea imprescindible recurrir al estudio de la doctrina comparada para dar cuenta de la esencia, fundamento y finalidad de este instituto, en tanto esto permitirá orientar la respuesta sobre cómo debería operar la litispendencia en el contexto de un procedimiento de inversiones seguido ante el CIADI u otra institución arbitral de inversiones.

## 2.2. Conceptualización

Etimológicamente, *litis pendencia* significa literalmente “pendencia de un litigio” o “pendencia de un proceso”<sup>251</sup>. El jurista italiano Piero Calamandrei conceptualizaba a la “litis” como el “*conflicto de intereses regulado por el derecho*”<sup>252</sup>, por lo que en función de esta idea, “litispendencia” significaría

249 MATURANA, Cristián. Relación entre la litispendencia, la acumulación de autos y la cosa juzgada. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1982, pp. 60 y ss.

250 MÁLAGA, Francisco. La litispendencia. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999, p. 23.

251 Francisco Málaga comienza su tesis doctoral dando cuenta de que la doctrina consultada en su obra es casi unánime en definir la litispendencia etimológicamente como pendencia de un litigio o de un proceso. MÁLAGA, Francisco. Ob. Cit., p. 25. Por otro lado, Alex Carocca sostiene que “La litispendencia significa literalmente “pendencia de un juicio” y designa el estado que se produce por su inicio”. CAROCCA, Alex. Manual de Derecho Procesal: Los procesos declarativos. Santiago de Chile: Editorial LexisNexis, 2003, Tomo II, p. 88. Cristián Maturana también conceptualiza la litispendencia con la significación de ser un juicio pendiente; es decir, el juicio en el que aún no hay sentencia de término. MATURANA, Cristián. Relación.... Ob. Cit., p. 18. Gonzalo Cortéz inicia su artículo sobre litispendencia estableciendo que “La litispendencia significa juicio pendiente ...”. CORTÉZ, Gonzalo. Concepto, fundamento y tiempo de la litispendencia en el proceso civil chileno. *Revista chilena de derecho*, Vol. 49 (2), 2022, p. 163. En el marco de la doctrina del arbitraje internacional, la conceptualización etimológica también es asumida: FORSTEN, Denice. Ob. Cit., p. 14; BORN, Gary. Ob. Cit., 6587; PATHAK, Harshad. Jurisdictional Conflicts between Investment Treaty and Commercial Arbitration—The Role of Lis Pendens. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 12 (3), 2021, p. 383.

252 CALAMANDREI, Piero. Estudios sobre el proceso civil. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 266.

literalmente el conflicto de intereses regulado por el derecho que se encuentra pendiente. Desde esta perspectiva, el concepto de litispendencia haría referencia al estado que se produce por el lapso de tiempo que media entre el inicio de un proceso jurisdiccional y su final<sup>253</sup>.

Ahora bien, tal como explica Francisco Málaga, “una aproximación crítica a la doctrina expuesta suscita varias reflexiones: (...) si nos limitamos a equiparar “litispendencia” con “pendencia”, como proponen algunos de los autores mencionados, el resultado es que el concepto de litispendencia no aporta absolutamente nada. Decir litispendencia es como decir juicio pendiente o, lo que es lo mismo, juicio a secas, y los efectos de aquella no son otra cosa que los efectos de este”<sup>254</sup>.

En efecto, la aproximación etimológica al concepto tiene el problema de reducir la idea de “litispendencia” a una redundancia. Ello es problemático pues no da cuenta de las reales características del término, ni tampoco explica cabalmente el uso del concepto por la legislación (ya sea en Chile o en ordenamientos extranjeros). Por ello, la mayoría de la doctrina comparada ha teorizado sobre la litispendencia haciendo referencia a una serie de **efectos** producidos por la misma<sup>255</sup>, otorgándole autonomía respecto de la mera idea de pendencia<sup>256</sup>.

En este sentido, la razón de ser de la litispendencia radicaría en la constatación de que el proceso no es instantáneo, sino que requiere de tiempo para llegar a su conclusión, por lo que existe la necesidad de prevenir cualquier modificación que pueda acontecer durante el lapso intermedio que va desde la demanda hasta la sentencia<sup>257</sup>. Desde este punto de vista, el elemento teleológico es el que caracteriza a la institución de la litispendencia: el de proteger a las partes, las cuales no deben sufrir las consecuencias de la duración del juicio, para lograr que la definición irrevocable del derecho efectuada por el Juez se produzca con la misma eficacia que si ello hubiese ocurrido el mismo día en que se interpuso la demanda<sup>258</sup>.

Dicho ello, en este punto debe trazarse una distinción fundamental: la tradicional distinción *chiovendiana* entre litispendencia en sentido amplio (*litispendencia in genere*) y litispendencia en sentido estricto (*litispendencia in specie*)<sup>259-260</sup>. La primera, conceptualizada en los términos de Málaga,

253 MÁLAGA, Francisco. Ob. Cit., p. 26.

254 Ibid., p. 29.

255 La idea de la litispendencia como los efectos de una litis proviene de Giuseppe Chiovenda, quien asimiló los conceptos de relación jurídica procesal y litispendencia, sosteniendo que esta última constituía, en términos generales, “la existencia de una litis en la plenitud de sus efectos”. CHIOVENDA, Giuseppe. Ensayos de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949, p. 164.

256 MÁLAGA, Francisco. Ob. Cit., pp. 27-28.

257 CORTÉZ, Gonzalo. Ob. Cit., p. 163.

258 MÁLAGA, Francisco. Ob. Cit., pp. 32-33.

259 Ibid., p. 28.

260 En las jurisdicciones del *common law*, suelen ocuparse las denominaciones “*lis pendens*” y “*lis pendens alibi*”. FORSTEN, Denice. Ob. Cit., p. 15. Mientras que lo primero hace referencia a la notificación hecha en forma legal, lo cual vincula a las partes con el resultado del juicio (y, por lo tanto, podría acercarse a lo que en la tradición continental se conoce como “litispendencia *in genere*”), lo segundo, en cambio, significa etimológicamente “juicio pendiente en otra parte” (CAMPBELL BLACK, Henry. Black’s Law Dictionary. 4ª ed, Minnesota: West Publishing 1968, p. 1080) y constituye un con-

es el “conjunto de efectos procesales legalmente previstos a favor de una o ambas partes, que se manifiestan durante la pendencia de un juicio con el objetivo de garantizar la eficacia de la futura decisión judicial del derecho desde la perspectiva de la duración de dicho juicio, evitando que esta duración perjudique al derecho a la tutela judicial efectiva de los litigantes”<sup>261</sup>. Se trata de una verdadera ficción que, por la naturaleza temporal del proceso, consiste en que, durante su transcurso, la realidad a la que se refiere permanece inmóvil, fija, desde su inicio hasta su término<sup>262</sup>.

Desde el punto de vista chileno, el profesor Cristián Maturana sostenía en su tesis de pregrado que “el fin de la litispendencia sería asegurar la unidad de la relación jurídico procesal una vez que se ha constituido, momento en que se genera el estado de litispendencia. Las partes ya no son libres de dirigirse a otro juez y si quieren llegar a la decisión, no pueden hacerlo más que sirviéndose de aquellos poderes y sujetándose a aquellas cargas”<sup>263</sup>. A su vez, Alejandro Romero Seguel sostiene que “cuando surge este estado jurídico se produce una serie de consecuencias jurídicas en el orden del derecho material y procesal que cesan cuando la relación jurídica concluye de un modo normal o anormal. A dicho estado se le denomina como litispendencia in genere” y enfatiza que “la litispendencia también genera un estado que se pretende perpetuar durante toda la secuela de juicio, tal como estaba la situación existente al comienzo de la relación procesal”<sup>264</sup>.

De las conceptualizaciones expuestas, pueden observarse ciertos puntos comunes, como la determinación primera de que la litispendencia son “efectos” y que estos operan “congelando el estado de cosas” durante el transcurso del juicio. En este sentido, la litispendencia es una verdadera ficción de inmutabilidad que cobra vida mediante una serie de efectos sobre el proceso. Ahora bien, la pregunta que surge inmediatamente es cuáles son los fines perseguidos por la consagración de estos efectos, es decir, a qué se encuentran orientados. La respuesta de Málaga resulta ser de las más ilustrativas: el fin último de estos efectos es la protección de todos los litigantes de una causa por igual, cuestión que encuentra su fundamento final en la tutela judicial efectiva<sup>265</sup>. Esto, en efecto, parece ser el fundamento final de la institución.

Establecido lo anterior, el concepto de litispendencia en sentido amplio no debe ser confundido con la litispendencia en sentido estricto (“excepción de litispendencia”<sup>266</sup> o “litispendencia in specie”<sup>267</sup>). Esta última hace referencia a solo uno de los efectos específicos derivados de un litigio pendiente<sup>268</sup>. En otros términos, la litispendencia en sentido genérico alude a la existencia de una litis en plenitud de sus efectos, mientras que con la litispendencia en sentido estricto se refiere a uno

---

cepto mucho más restringido, que hace referencia a la existencia de procedimientos paralelos.

261 MÁLAGA, Francisco. Ob. Cit., p. 38.

262 CAROCCA, Alex. Ob. Cit., p. 88.

263 MATURANA, Cristián. Relación.... Ob. Cit. citando CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1973, p. 344.

264 ROMERO SEGUEL, Alejandro. Curso de Derecho Procesal Civil. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento. Santiago de Chile: Thompson Reuters, 2015, Tomo III, pp. 125-126.

265 MÁLAGA, Francisco. Ob. Cit., p. 40.

266 CAROCCA, Alex. Ob. Cit., p. 88.

267 ROMERO SEGUEL, Alejandro. Ob. Cit., p. 126.

268 CORTÉZ, Gonzalo. Ob. Cit., p. 163.

de los efectos que opera en una dimensión específica: la relación entre una causa (preveniente) con otra causa (prevenida), situación que sirve de base para la procedencia de la excepción dilatoria de litispendencia<sup>269</sup>.

Ciertamente uno de los múltiples efectos que compone la “litispendencia genérica” es la excepción de litispendencia<sup>270</sup>. Al constituir solo uno de los efectos que compone la *litispendencia in genere*, la razón de existencia de la excepción de litispendencia es, a juicio del autor de este trabajo de tesis, explicada por los mismos fines que tiene la institución que le da origen. La excepción de litispendencias es, entonces, el mecanismo por medio del cual el demandado propone la declinación del juez de un segundo juicio, fundándose en la preservación de la ficción de inmutabilidad del juicio seguido ante un tribunal que ha prevenido anteriormente; ficción que se ve amenazada por la existencia del proceso posterior en que se opuso la excepción, y que está siendo seguido ante un tribunal que se encuentra conociendo de la misma disputa. De esta forma, se dice genéricamente que “existe litispendencia” cuando entre las mismas partes existen dos juicios idénticos.

Sin perjuicio de la referida conceptualización, cabe abordar el tratamiento que ha tenido la excepción de litispendencia en Chile. José Ramón Camiruaga, por ejemplo, sostenía que *“la excepción de litis pendencia tiene lugar cuando entre las mismas partes existe un juicio pendiente ante el mismo o distinto tribunal, sobre la misma cosa y causa de pedir. Es decir, el demandado puede oponer la excepción de litis pendencia cuando sostiene un pleito anterior que va a producir cosa juzgada en el actual”*<sup>271</sup>. Por otro lado, Darío Benavente disponía que *“La litis pendencia. O sea, que si existe un juicio entre las mismas partes, cualquiera sea la calidad en que actúen, y sobre la misma cosa, el planteamiento de una nueva controversia, con la concurrencia de las expresadas identidades, el demandado puede oponerse ejercitando la excepción dilatoria referida”*<sup>272</sup>.

Jaime Parot, en su tesis de pregrado de 1941 establecía que *“El riesgo de que puedan recaer sentencias contradictorias sobre un mismo asunto se hace más notorio tratándose de causas idénticas; es decir, de aquellas que presentan entre sí la triple identidad de sus elementos constitutivos (partes, objeto y causa o título) (...). A fin de evitar esta posible contradicción entre las resoluciones que deban caer sobre juicios idénticos, se han establecidos dos instituciones que tienen entre sí gran semejanza (...). La otra tiene por objeto obtener la paralización de una nueva causa iniciada y que presenta con otra de que ya se está conociendo, los caracteres de identidad que hemos notado. Esta se denomina “litispendencia”*<sup>273</sup>.

269 MÁLAGA, Francisco. Ob. Cit., p. 28.

270 Algunos de los otros efectos son la *perpetuatio iurisdictionis*, *perpetuatio legitimacionis*, asunción de cargas procesales por las partes, la excepción de litispendencia y la *mutatio libelli*. ROSENBERG, Leo. Ob. Cit., pp. 123 y ss.

271 CAMIRUAGA, José Ramón. Ob. Cit., p. 29.

272 BENAVENTE, Darío. Derecho Procesal. Juicio ordinario y recursos procesales. Apuntes redactados por Rubén Celis Rodríguez. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, S.A., 1953, pp. 21-22.

273 PAROT, Jaime. De la acumulación de autos. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1941, p. 7.



A su vez, Carlos Anabalón, uno de los autores clásicos nacionales que más páginas dedicó a esta institución, sostenía que *“la presentación de la demanda y su notificación del demandado origina la litis-pendencia, de donde se deduce que por esta denominación habrá de entenderse el estado y condición jurídica de una causa frente al hecho de su actual tramitación, a la expectativa de la decisión judicial (...) La litis-pendencia es el reflejo, puede decirse, de la cosa juzgada, pues se exige para su constitución la misma triple identidad requerida con motivo del planteamiento de esta segunda excepción”*<sup>274</sup>.

Mario Casarino, por otra parte, exponía que *“Se dice que hay litispendencia cuando entre las mismas partes existe otro juicio diverso pero sobre la misma materia. Esta definición de la litispendencia demuestra que sus requisitos o elementos constitutivos son tres; a saber: existencia de un juicio anterior; seguido entre las mismas partes; y siempre que verse sobre la misma materia”*<sup>275</sup>. Por su parte, Ignacio Rodríguez Papic sólo se limitaba a afirmar que *“Para que proceda la litispendencia es necesario que haya otro juicio, seguido entre las mismas partes y persiguiendo la misma causa y objeto”*<sup>276</sup>. Las referidas concepciones son, en buena medida, concordantes con la de las obras consultadas de autores extranjeros en países vecinos<sup>277</sup>.

Como podrá notarse, prácticamente la unanimidad de los autores citados aborda la excepción de litispendencia desde sus requisitos, estableciendo que sus elementos propios son la identidad de sujetos, cosa pedida (u objeto pedido) y causa de pedir. Ello parece explicarse por la asimilación de los fines de la excepción de litispendencia con los de la excepción de cosa juzgada, asentando los mismos requisitos para su procedencia. Si bien la equiparación entre estas dos instituciones sólo se encuentra explícitamente consagrada en algunas de las obras revisadas, la asunción de los referidos requisitos generaría la impresión de que los autores fundaron el análisis de la excepción analizada en la cosa juzgada, trasladando los elementos propios de esta última institución a la litis-

274 ANABALÓN, Carlos. Ob. Cit., pp. 148-149.

275 CASARINO, Mario. Ob. Cit., p. 31.

276 RODRÍGUEZ PAPIC, Ignacio. Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 49.

277 En Argentina, por ejemplo, Ricardo Reimundín estimaba que *“hay litispendencia cuando existe una demanda anterior con el mismo objeto, por la misma causa y entre las mismas partes, es decir, cuando el litigio que se lleva a un tribunal está ya pendiente en otro. Tiende a evitar dos pronunciamientos contradictorios”*. REIMUNDÍN, Ricardo. Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Editorial Viracocha, 1957, Tomo II, p. 42. A su vez, en Perú, Remigio Pino opinaba que *“el ejercicio de una acción produce como efecto inmediato la extinción de cualquiera otra entre las mismas personas, el mismo objeto y la misma causa, tanto porque no hay necesidad de que sobre un mismo derecho se produzcan dos decisiones que en no pocos casos podrían resultar contradictorias, cuanto porque el principio de economía procesal, no permite la duplicidad del procedimiento para un mismo fin. (...) Pero como esta imposibilidad teórica en la práctica es vulnerada, la ley procesal ha creado el medio necesario a suprimir la acción iniciada con posterioridad que es la que establece tal coexistencia. Este medio procesal no es otro que la excepción de pleito pendiente”*. PINO, Remigio. Ob. Cit., pp. 55-56. En Colombia, Antonio Pardo aseveraba que *“esta excepción se puede proponer (...) en el caso de que se siga otro juicio sobre la misma acción y en que el excepcionante figure como parte. Así como no se permite que decidido un litigio por sentencia judicial se pueda promover de nuevo, tampoco se autoriza la existencia de una doble relación jurídico-procesal entre las partes referente a la misma acción”*. PARDO, Antonio. Ob. Cit., p. 444. Por otro lado, en Ecuador, Rubén Morán planteaba (antes de la existencia del Código Orgánico General de Procesos ecuatoriano) que *“Esta excepción no está puntualizada en nuestro código, pero es totalmente procedente su invocación cuando se plantea un juicio, encontrándose pendiente otro en el que participan las mismas personas; se discute el mismo asunto, y se trata de las mismas acciones; esto es, existe identidad absoluta tanto en el orden objetivo como subjetivo. Si se produce este hecho el demandado puede proponer la excepción de litis pendencia”*. MORÁN, Rubén. Derecho Procesal Civil Práctico. Guayaquil: Librería Cervantes, 2003, Tomo III, p. 207.

pendencia. Y, en los casos en que la triple identidad no se concretaba de manera perfecta (lo que algunos caracterizaban como supuestos de conexidad<sup>278</sup>), la explicación más recurrente fue que estos consistían en supuestos de hecho para la procedencia de la “acumulación de autos” (o “acumulación de acciones”)<sup>279</sup>. Sin perjuicio de ello, existieron autores que tempranamente sostuvieron que la triple identidad no podía ser sostenida como un dogma de fe absoluto y que cada situación en que se presentaran procedimientos paralelos debía ser analizada de forma rigurosa<sup>280</sup>, pudiendo ser procedente la excepción incluso cuando no concurrieran los referidos requisitos de la triple identidad<sup>281</sup>.

En este último sentido, un sector de los trabajos más recientes de la ciencia procesal chilena en esta materia parecen inclinarse por otra posición. Si bien no existe debate respecto de la conceptualización misma de la litispendencia o la excepción de litispendencia (al menos explícitamente), sí existe divergencia en los fines y valores que caracterizan a la misma y, por consiguiente, en los requisitos propios para su procedencia. Así, existen opiniones que han decantado por admitir la procedencia de la litispendencia cuando hay relación de conexidad o prejudicialidad entre dos juicios (ambos supuestos en que no existe triple identidad).

En este sentido, la identificación de los fines propios que distintos autores otorgan a la excepción de litispendencia otorgará luces respecto de cómo han de entenderse sus requisitos y sus efectos.

### **2.3. Valores jurídicos protegidos por la litispendencia y relación con otros institutos**

Como fue establecido en la sección anterior, lo que caracteriza a la litispendencia *in genere* es su elemento teleológico, esto es, la finalidad a la cual están dispuestos los efectos propios que la componen, siendo esta principalmente la protección de las partes. Al ser la excepción de litispendencia una herramienta para hacer valer uno de estos efectos, el referido elemento teleológico también permea a la misma. Así, la doctrina más autorizada ha establecido que la finalidad de la litispendencia tendría relación con la garantía de la tutela judicial efectiva, siendo la excepción de litispendencia una manifestación de este derecho<sup>282</sup>. El objetivo sería garantizar la eficacia de la futura definición judicial del derecho desde la perspectiva de la duración del juicio, finalidad que sólo se alcanza cuando las partes no se ven perjudicadas por la duración del juicio, ni durante su tramitación, ni una vez logrado su pronunciamiento irrevocable<sup>283</sup>.

278 ALSINA, Carlos. Ob. Cit., p. 101; MORÁN, Rubén. Ob. Cit., p. 208.

279 ANABALÓN, Carlos. Ob. Cit., p. 149; RODRÍGUEZ PAPIC, Ignacio. Ob. Cit., p. 51; MORÁN, Rubén. Ob. Cit., p. 208; PINO, Remigio. Ob. Cit., p. 63; ALAYZA Y PAZ SOLDÁN, Toribio. El procedimiento civil en el Perú. Lima: Universidad Mayor de San Marcos de Lima, 1935, pp. 79-80.

280 MATURANA, Cristián. Relación.... Ob. Cit. p. 58.

281 ALSINA, Hugo. Ob. Cit., p. 101.

282 MÁLAGA, Francisco. Ob. Cit., p. 40.

283 Ibid., pp. 40-41.

Esta idea ha sido acogida por la doctrina chilena. En este sentido, Gonzalo Cortez estima que son dos los fundamentos que vinculan a la litispendencia y el derecho a la tutela judicial: uno general y otro particular<sup>284</sup>. Desde un sentido amplio, el fundamento de la litispendencia estaría en la necesidad de preservar la situación inicial del litigio frente a eventuales cambios en el estado de cosas, de modo que la decisión adjudicada quede revestida de la misma eficacia que si ello hubiese tenido lugar en el momento que comenzó el juicio<sup>285</sup>. Desde un punto de vista específico referido a la excepción de litispendencia, a juicio de Cortez, ésta tendría un efecto excluyente que estaría al servicio de los efectos de la cosa juzgada, impidiendo el pronunciamiento de sentencias contradictorias sobre un mismo objeto procesal<sup>286</sup>.

Sin embargo, ha sido recalcado por algunos autores que el hecho de que los efectos de la litispendencia estén “al servicio de la cosa juzgada” es algo circunstancial. A juicio de ellos, la cosa juzgada y la litispendencia genérica tienen finalidades muy diversas: la cosa juzgada persigue la inatacabilidad en el futuro del pronunciamiento contenido en la resolución judicial, lo cual hace que ella sirva a finalidades de seguridad jurídica; mientras que la litispendencia, en cambio, tiene por objetivo lograr que la duración del juicio no perjudique a la eficacia de esa futura definición irrevocable del derecho al final del proceso<sup>287</sup>. Esto, a su vez, implicaría que la excepción de litispendencia y la de cosa juzgada tendrían finalidades distintas.

Desde este punto de vista, la excepción de litispendencia no siempre tendría el efecto de prevenir la dictación de sentencias contradictorias, a diferencia de lo que sucede en el caso de la cosa juzgada, la cual aparece cuando un juicio ya se encuentra terminado y un litigio posterior amenaza la estabilidad de la decisión que le dio término. En este sentido, explica Jaime Vegas, *“la incoación de un segundo proceso cuando se encuentra pendiente otro sobre idéntica cuestión no supone por sí sola una amenaza cierta a la prohibición del “bis in ídem”, ya que el primer proceso podría finalizar sin decisión de fondo, y en tal caso ningún obstáculo existiría. En la misma medida en que es incierto el riesgo de doble pronunciamiento jurisdiccional, es incierta también la inutilidad del segundo proceso, que sólo podría afirmarse si el primero termina con decisión de fondo”*<sup>288</sup>. El escenario en que se produzcan dos sentencias definitivas que resulten contradictorias sería eventual. Por lo anterior, no podría afirmarse que las excepciones de cosa juzgada y de litispendencia protegen exactamente las mismas cuestiones pero en distintos momentos como buena parte de la doctrina estima<sup>289</sup>. Ambas atenderían a valores jurídicos distintos<sup>290</sup>.

284 CORTÉZ, Gonzalo. Ob. Cit., p. 167.

285 Ibid., p. 168 citando a MÁLAGA, Francisco. Ob. Cit., p. 37.

286 CORTÉZ, Gonzalo. Ob. Cit., p. 168.

287 MÁLAGA, Francisco. Ob. Cit., p. 33.

288 VEGAS, Jaime. Ob. Cit., p. 171.

289 RIED, Ignacio. Ob. Cit., p. 226.

290 Juan Morales Godo explica que no debe confundirse la institución de la excepción de litispendencia en su contenido con los efectos que ésta produce, siendo lo relacionado a la evitación de sentencias contradictorias usualmente un efecto de la excepción. MORALES GODÓ, Juan. ¿Es requisito indispensable la triple identidad para poder hacer uso de la excepción de litispendencia? *Docentia et Investigatio*, Vol. 10 (2), 2008, p. 53.

No obstante lo anterior, es innegable que la litispendencia, en la práctica, parece tener como efecto secundario la evitación del pronunciamiento contradictorio por parte de dos foros distintos; cuestión que, de hecho, ha sido reconocida como un fin resguardado incluso por posturas que no adhieren a la asimilación entre litispendencia y cosa juzgada<sup>291</sup>. Lo cierto es que el resguardo frente al escenario de doble pronunciamiento definitivo jurisdiccional puede ser ciertamente catalogado como un valor accesorio de la excepción de litispendencia.

Una postura distinta a la anterior es la expuesta por autores como Carlos Anabalón y Cristián Maturana, los cuales conciben a la excepción de litispendencia como una forma especial de incompetencia<sup>292</sup>. A juicio de Carlos Anabalón, *“la verdadera afinidad de la litispendencia lo es con la incompetencia judicial, y tanto es así que en algunas legislaciones el primero de estos conceptos aparece subordinado al segundo, hablándose sencillamente de incompetencia por litispendencia”*<sup>293</sup>. Bajo este ideario, la litispendencia es una especie de incompetencia especial que nace desde el principio general de la prevención entre tribunales igualmente competentes, y que se manifiesta no por los factores que determinan la competencia de un tribunal, sino que por la preferencia que la ley otorga a un tribunal para conocer de un asunto por haberse radicado en él con anterioridad<sup>294</sup>. Lo anterior implica que la litispendencia resultará improcedente cuando se funda en la actuación simultánea de dos tribunales de diversa jurisdicción, como el perteneciente a la justicia ordinaria el uno, y a un tribunal especial el otro<sup>295</sup>.

No es objeto de esta investigación adentrarse en las distinciones conceptuales que podrían existir entre la excepción de incompetencia y la de litispendencia. Sin embargo, debe destacarse que en el marco de los arbitrajes de inversión, cuando ha sido analizada la litispendencia, ello se ha dado en el marco de las objeciones jurisdiccionales preliminares para que el tribunal conozca del fondo del asunto. De hecho, han existido autores que han establecido que los problemas de juicios paralelos en el contexto de los procedimientos internacionales de inversión son más bien jurisdiccionales que de litispendencia propiamente tal<sup>296</sup>. De ahí que la analogía planteada por los autores deba al menos ser tomada en cuenta para el análisis posterior en los siguientes capítulos (sin perjuicio de las críticas que podría recibir en el contexto doméstico chileno).

Una tercera posición que ha sido expuesta y que conviene atender es aquella que relaciona la excepción de litispendencia y la situación de concurso de acciones, concibiendo a la primera como remedio de la segunda. Un concurso de acciones es la situación en la cual una misma petición for-

291 Como bien reconoce RIED, Ignacio. Ob. Cit., p. 225: *“Un análisis teleológico se hace imprescindible, desde que la litispendencia está emparentada con otros dos institutos que parecen cumplir idénticos fines: la acumulación de autos y la cosa juzgada. Respecto de estas tres instituciones, puede decirse que resguardan exactamente lo mismo: evitar duplicidad de juicios (“non bis in idem”), evitar juicios inútiles, favorecer la unidad y continencia del proceso, la economía procesal, y sobre todo, impedir que se generen sentencias contradictorias”*.

292 MATURANA, Cristián. Relación.... Ob. Cit., p. 76; ANABALÓN, Carlos. Ob. Cit., p. 150.

293 ANABALÓN, Carlos. Ob. Cit., p. 150.

294 MATURANA, Cristián. Relación.... Ob. Cit., p. 79.

295 ANABALÓN, Carlos. Ob. Cit., p. 150.

296 HEUMAN, Lars. Arbitration law of Sweden: practice and procedure. New York: JurisPublishing, 2003, p. 703.



mulada puede ser configurada, delimitada o individualizada de manera distinta dependiendo de la norma jurídica que se invoca<sup>297</sup>. Dado que las acciones procesales se identifican a través de sus tres elementos: sujetos, objeto y causa, el análisis de identidad de acciones en supuestos como el anteriormente descrito ha sido tradicionalmente tomado en cuenta en referencia a la triple identidad (y, en específico, a la *causa petendi*<sup>298</sup>) para el momento de analizar la procedencia de la excepción de litispendencia.

En este punto, la doctrina procesal distingue entre lo que son los concursos de normas y los concursos de acciones, cuestiones que muchas veces son asimiladas y tratadas como fenómenos afines o conexos. Lo que se establece es que en el concurso de normas hay un efecto material doblemente establecido en la ley, mientras que en el concurso de acciones existen dos o más mecanismos de protección delimitados y configurados de manera autónoma para una misma petición<sup>299</sup>. Así, mientras que el concurso de acciones es un tema procesal, el concurso de normas suele ser tratado a propósito del Derecho sustantivo<sup>300</sup>.

En este sentido, en cuanto al concurso de acciones propiamente tal, María Berzosa estima que la norma jurídica invocada para la acción que se superpone con otra “*de todas formas no será parte de la causa de pedir de la acción deducida*”<sup>301</sup>. Esta afirmación parece fundarse en lo que es la teoría de la sustanciación de la causa, que estima la imposibilidad de iniciar un nuevo procedimiento fundándose en los mismos hechos, aún cuando las normas jurídicas que los califiquen sean distintas entre un proceso y otro<sup>302</sup>. En esta línea, la autora estima que esta situación no quedaría cubierta por la excepción de litispendencia, pero no por la divergencia de causas, sino dado que el objeto procesal de las acciones entabladas sería diverso<sup>303</sup>.

En una línea semejante, ha sido destacado por algunos autores que la excepción de litispendencia no resulta un remedio adecuado para superar la concurrencia de acciones, dado que la garantía de la tutela judicial efectiva protege e incluso fomenta el ejercicio de varias acciones cuando hay interés legítimo<sup>304</sup>. La existencia de esta garantía implicaría el reconocimiento a toda persona de acudir

297 ROMERO, Sophía. Concurso de normas y concurso de acciones en el derecho procesal civil chileno. *Ius et Praxis*, Vol. 19 (2), 2013, p. 230.

298 En este sentido, puede verse el análisis llevado a cabo por Mariano López-Alarcón, en el cual concluye que al cambiar el relato de los hechos que sostiene a las acciones ejercidas (y no meramente la calificación jurídica), ello implica la improcedencia de la excepción de litispendencia. LÓPEZ-ALARCÓN, Mariano. Prejudicialidad excluyente y concurso instrumental de acciones en el proceso canónico. *Ius canonicum*, Vol. 9 (18), 1969, p. 569.

299 ROMERO, Sophía. Ob. Cit., p. 223.

300 RIED, Ignacio. Ob. Cit., p. 217.

301 ROMERO, Sophía. Ob. Cit., p. 230 citando a BERZOSA, María. Demanda, causa petendi y objeto del proceso. Córdoba: El Almendro, 1984.

302 Como se verá en las siguientes secciones, la teoría de la causa imperante dentro de los tribunales del CIADI y los procedimientos de inversión en general no ha sido la teoría de la sustanciación, sino que la teoría de la individualización, según la cual la causa de pedir está compuesta tanto por los hechos como las normas invocadas. Sin embargo, y como será analizado, la pregunta plausible que podría surgir acá es si, dado que el principio *iura novit curia* tiene especial lugar en el marco de los arbitrajes de inversión, los tribunales no debieran migrar a la comprensión de la causa de la acción bajo la teoría de la sustanciación (tal como parece desprenderse de la postura expuesta por María Berzosa para el contexto doméstico).

303 ROMERO, Sophía. Ob. Cit., p. 230 citando a BERZOSA, María. Demanda, causa petendi y objeto del proceso. Córdoba: El Almendro, 1984.

304 RIED, Ignacio. Ob. Cit., p. 225.

a los órganos jurisdiccionales para obtener, por el debido cauce procesal, una decisión fundada en Derecho sobre las pretensiones deducidas respecto de sus derechos o legítimos intereses<sup>305</sup>, lo cual implica la prohibición de limitación en el ejercicio de este derecho por parte de los ciudadanos.

Una cuarta posición, que ha sido bastante novedosa en Chile, es la expuesta por Ignacio Ried, según el cual *“puede decirse que la litispendencia es el reconocimiento procesal del principio civil “venire contra factum proprium non valet”, es decir, la teoría de los actos propios. Se penaliza así al litigante que habiendo abierto un proceso en el pasado, vuelve a iniciar uno idéntico, sin haber concluido el primero. El segundo proceso es visto, entonces, como un acto que contradice la presentación de la demanda ya intentada, ya que el sistema no permite la reiteración de juicios, por razones obvias de seguridad jurídica y economía procesal”*<sup>306</sup>. A su juicio, la excepción de litispendencia constituye el arma procesal del demandado frente al ejercicio abusivo de acciones iguales<sup>307</sup>, y el juez deberá inclinarse por acoger la litispendencia en aquellos casos en que observe positivamente un comportamiento abusivo, irregular y contrario a la buena fe por parte del actor que ha incoado dos o más procesos idénticos paralelos<sup>308</sup>. Y en los casos en que aparezca un segundo pleito con intenciones legítimas, en que genuinamente existe un asunto no cubierto por el primer litigio, el juez debiera de oficio o a petición de parte acumular los procesos al más antiguo<sup>309</sup>.

El problema planteado por Ried es cierto, ya que la experiencia práctica muestra que, de forma abusiva, los litigantes suelen ejercer una multiplicidad de acciones en foros distintos en contra de un demandado. Ello sucede recurrentemente en el contexto del arbitraje de inversiones, en el cual una manifestación clara del abuso del proceso se detecta cuando un mismo inversor promueve dos o más procedimientos arbitrales en los que pretende, en esencia, lo mismo<sup>310</sup>. De hecho, este es un fenómeno que se observa especialmente en tiempos recientes en relación a los arbitrajes derivados de la ejecución de contratos de arrendamiento de obra, en los que es característica la existencia de reclamaciones cruzadas entre los distintos intervinientes en el proceso constructivo, lo que puede dar paso a la existencia de procedimientos arbitrales paralelos e independientes<sup>311</sup>.

Por último, cabe atender a la idea clásica que vincula a la litispendencia con el principio de economía procesal<sup>312</sup>. Como se ha referido, la operatividad de la excepción de litispendencia muestra

305 MARCHECO, Benjamín. La dimensión constitucional y convencional del derecho a la tutela judicial efectiva (no penal) desde la perspectiva europea y americana. *Estudios Constitucionales*, Vol. 18 (1), 2020, p. 94.

306 RIED, Ignacio. Ob. Cit., p. 228.

307 Ibid., p. 226.

308 Ibid., p. 230.

309 RIED, Ignacio. Ob. Cit., p. 231.

310 MUÑOZ, Arturo. El abuso del proceso en el arbitraje de inversiones: “New skin for the old ceremony”. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 3 (2), 2021, p. 137.

311 Loc. cit.

312 PINO, Remigio. Ob. Cit., p. 55; VEGAS, Jaime. Ob. Cit., p. 170; ROMERO, Sophía. Ob. Cit., p. 236; ROSENBERG, Leo. Ob. Cit., p. 123. La jurisprudencia chilena ha asumido esta idea: Corte Suprema, Rol 50.409-2020, de fecha 26 de noviembre de 2021; Corte Suprema, Rol 27.794-2019, de fecha 21 de diciembre de 2020; Corte Suprema, Rol 18.903-2021, de fecha 1 de diciembre de 2022; Corte Suprema, Rol 33.960-2019, de fecha 22 de marzo de 2021. En el contexto del arbitraje, han seguido esta misma idea: NOVÝ, Zdeněk. *Lis Pendens between International Investment Tribunals and National Courts. Česká ročenka mezinárodního práva veřejného a soukromého*, Vol. 8, 2017, p. 537; CUNIBERTI, Gilles. Ob. Cit., p. 36; FORSTEN,

que ella no tiene como fin esencial la preservación de la economía procesal per se (a diferencia de lo que parece ocurrir con la acumulación de autos), sino que ella tiene el objetivo de proteger a las partes de las afectaciones externas a la causa preveniente. Esto es explicado prístinamente por Francisco Málaga, quien sostiene *“por lo que se refiere a la economía procesal, si fuese esta y no la litispendencia el fundamento de la excepción, no se entiende por qué se hace primar el juicio que ha comenzado en primer término y no el que va a terminar antes (por hallarse en un estado más avanzado) y con menos consumo de “energía procesal”, ya que es este el que, desde la perspectiva de esa economía procesal, habría de ser el preferido”*<sup>313</sup>. A juicio del autor de este trabajo, lo que sucede es que la procedencia de la excepción de litispendencia usualmente producirá, como consecuencia, mayores niveles de economía procesal para las partes.

Vinculado a lo anterior, y en línea con las cuestiones revisadas en este capítulo, cabe tener en cuenta lo siguiente. La excepción de litispendencia, como fue conceptualizada anteriormente, es el mecanismo que sirve al fin de proteger a las partes frente a las modificaciones de la situación de hecho existente al momento de interposición de la demanda que puedan surgir durante el transcurso del juicio. Estas afectaciones se pueden dar por un cambio legislativo, por un cambio en las circunstancias o por la existencia de un juicio en paralelo. Este último supuesto es el que interesa a efectos de la excepción de litispendencia, en que se da una protección de la ficción de inmutabilidad del juicio frente a la posible afectación por parte de un juicio paralelo.

Lo anterior no implica que la excepción de litispendencia no pueda servir a otros fines en su operatividad, como puede ser la protección de la economía procesal, la evitación de sentencias contradictorias o la protección ante el abuso del proceso. La experiencia práctica muestra que, en efecto, la procedencia de la excepción de litispendencia evita el pronunciamiento contradictorio de sentencias, produce mayores niveles de economía procesal y, además, constituye una herramienta efectiva para la situación en que un actor ejerce múltiples acciones en distintos foros contra un mismo demandado. Es por todos estos valores que esta herramienta procesal puede resultar de gran utilidad para abordar la situación de procedimientos paralelos.

Lo anterior provee, por tanto, un marco de análisis adecuado para proceder a examinar cuestiones como los requisitos que han de cumplirse para que se acoja la excepción de litispendencia y los efectos de su procedencia.

## **2.4. Requisitos de la excepción de litispendencia**

Desde un punto de vista práctico, los requisitos de procedencia de la excepción de litispendencia son quizás una de las cuestiones que resultan más relevantes, en tanto determinan su rango de utilidad en un proceso. Si bien la litispendencia es reconocida como un principio fundamental de

---

Denice. Ob. Cit., p. 45.

313 MÁLAGA, Francisco. Ob. Cit., p. 36.

justicia procedimental en múltiples sistemas legales<sup>314</sup>, la diversidad de concepciones sobre esta institución conlleva a que no exista uniformidad en cómo los Estados regulan la situación de procedimientos paralelos y los requisitos de procedencia de la excepción de litispendencia. En algunas jurisdicciones esta problemática es abordada desde la perspectiva de la doctrina del *forum non conveniens*; en otras lo es desde la perspectiva de una regla mecánica; y en otras lo es desde un análisis prospectivo (*recognition prognosis*)<sup>315-316</sup>.

En este sentido, el clásico test mecánico de “triple identidad” como criterio de procedencia (tanto de la excepción de litispendencia como de cosa juzgada) ha sido atribuido a la tradición jurídica continental, sin perjuicio de las divergencias propias del tratamiento de cada ordenamiento<sup>317</sup>. Esto ha permeado en Chile, en que, como se vio, la doctrina tradicionalmente ha concebido la aplicación de este test para analizar la procedencia de la excepción de litispendencia. De esta forma, se ha considerado tradicionalmente que los requisitos propios de la excepción de litispendencia son dos: que exista un juicio pendiente y que exista triple identidad<sup>318</sup>.

#### 2.4.1. Juicio pendiente

Tal como destaca Francisco Málaga, “*el primer presupuesto de cualquier situación de litispendencia radica en la pendencia de un juicio; con anterioridad al mismo no existe ninguna pretensión de tutela jurídica cuya eficacia haya de ser protegida*”<sup>319</sup>. Para que prospere esta excepción, es necesario que el proceso en el que se hace valer comience de forma posterior al proceso que la origina<sup>320</sup>. De esta forma, el requisito de existencia de un juicio pendiente se explica porque el proceso que “nace muerto” es el segundo, y por ende, es éste el que debe ser excluido<sup>321-322</sup>.

314 FORSTEN, Denice. Ob. Cit., p. 44.

315 FAWCETT, James. Declining jurisdiction in private international law. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 29.

316 Por razones metodológicas, la presente investigación no se adentrará en el tratamiento del *forum non conveniens* ni el *recognition prognosis*. Sin embargo, cabe tener presente lo siguiente: en las jurisdicciones del *common law*, la litispendencia no es una institución particular, sino que constituye un elemento a ser considerado por el juez para aplicar la doctrina del *forum non conveniens*, esto es, aquella que permite a un tribunal declinar de ejercer su jurisdicción en deferencia a otro foro que, en términos generales, pueda resultar más adecuado para la litigación entre las partes. FAWCETT, James. Ob. Cit., pp. 29 y ss; BRAND, Ronald A.; JABLONSKI, Scott R. *Forum non conveniens: history, global practice, and future under the Hague convention on choice of court agreements*. Oxford: Oxford University Press, 2007. Por otro lado, el *recognition prognosis* hace referencia al tratamiento de algunas jurisdicciones de la Europa occidental, bajo las cuales esta institución habilita a un tribunal para paralizar el procedimiento seguido ante él si el fallo del tribunal que tramita en paralelo es probable que sea ejecutado dentro del territorio en que ejerce su jurisdicción. FAWCETT, James. Ob. Cit., pp. 36 y ss.

317 MARTÍNEZ-FRAGA, Pedro; JACK, Harout. The Rol of Precedent in Defining Res Judicata in Investor-State Arbitration. *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 32 (3), 2012, p. 424.

318 BENAVENTE, Darío. Ob. Cit., pp. 21-22; CASARINO, Mario. Ob. Cit., p. 31; RODRÍGUEZ PAPIC, Ignacio. Ob. Cit., pp. 49-51; MATURANA, Cristián. Relación.... Ob. Cit., p. 47.

319 MÁLAGA, Francisco. Ob. Cit., p. 57.

320 CORTEZ, Gonzalo. Ob. Cit., p. 183.

321 Loc. cit. (citando a SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Litispendencia. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, (3), 1969).

322 Nótese que, en el caso del juicio ejecutivo regulado en el ordenamiento jurídico chileno, la excepción de litispendencia sigue un criterio subjetivo que observa quien ha iniciado el primer proceso que sirve de base para la excepción de litispendencia en el segundo. Si quien ha iniciado el primer proceso es el futuro ejecutado, entonces no será procedente la excepción de litispendencia opuesta por aquel en el segundo juicio. Por el contrario, si quien ha opuesto la excepción



Ahora bien, la pregunta relevante en este punto es cuándo nace a la vida el juicio, esto es, el momento inicial de la litispendencia (pregunta que es especialmente importante en la práctica, pues su respuesta determina desde cuándo opera el efecto excluyente de ésta y, además, cuál es el juicio que ha empezado primero y que, por ende, ha de preferirse)<sup>323</sup>. En este sentido, la tesis tradicional en la doctrina chilena fue que el momento inicial de la litispendencia estaba constituido por la notificación legal de la demanda<sup>324</sup>, postura que sigue la llamada “teoría del emplazamiento” formulada por la doctrina alemana<sup>325</sup>.

Sin embargo, esta postura ha encontrado cierta resistencia por parte de la doctrina. Como ha sido notado por Gonzalo Cortéz, esta postura da paso a una serie de problemas tanto dogmáticos como prácticos en varias instituciones y situaciones procesales, siendo una de ellas la excepción de litispendencia<sup>326</sup>. A juicio del autor, *“esta comprensión abre las puertas al fraude procesal porque frente a la noticia de la presentación de una demanda la parte demandada en el primer proceso podría presentar una segunda demanda y obtener su pronta notificación, y lograr con ello excluir el primer proceso, mediante la oportuna promoción de la excepción que se comenta”*<sup>327</sup>. De esta forma, el demandado podría construirse artificiosamente una situación de litispendencia.

En el mismo sentido se pronuncia Francisco Málaga, el cual considera que dado que la litispendencia *in genere* tiene por finalidad garantizar que la pretensión del demandante sea satisfecha como si la resolución que la resuelve hubiese sido dictada el mismo día en que se interpuso la demanda, no puede considerarse que sea el emplazamiento el que le dé inicio. Ello implicaría que en un caso como el referido, se vulnerara la litispendencia del primer juicio, prefiriéndose el segundo por haber ocurrido en el primeramente la notificación<sup>328-329</sup>.

A lo anterior cabe añadir que esta postura no pone en riesgo la adecuada defensa del demandado, puesto que en el lapso que media entre la presentación y la notificación, el demandado mantiene intactas sus posibilidades de defensa<sup>330</sup>. Estos argumentos han llevado a considerar que lo más adecuado desde un punto de vista dogmático y práctico es que la litispendencia comience con la

---

de litispendencia es el ejecutante, entonces sí será procedente la excepción.

323 MÁLAGA, Francisco. Ob. Cit., p. 105.

324 ANABALÓN, Carlos. Ob. Cit., p. 149; CASARINO, Mario. Ob. Cit., p. 31; RODRÍGUEZ PAPIC, Ignacio. Ob. Cit., p. 49. En doctrina comparada ALSINA, Hugo. Ob. Cit., p. 100.

325 Francisco Málaga estima que esta teoría encuentra su origen en la doctrina alemana, ya que en el sistema germánico la presentación de la demanda no se entiende perfeccionada hasta que la demanda se encuentra notificada. A su juicio, la misma teoría es imperante en la dogmática italiana. MÁLAGA, Francisco. Ob. Cit., pp. 112-113.

326 CORTEZ, Gonzalo. Ob. Cit., pp. 183-184.

327 Ibid., p. 184.

328 MÁLAGA, Francisco. Ob. Cit., p. 125.

329 Cabe destacar que la regulación comunitaria sigue esta tesis, dado que el art. 30 del Reglamento 1215/2012 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales radica el momento en que se considera que un tribunal se encuentra conociendo de un litigio en la presentación de una demanda ante un tribunal. SUDEROW, Julia. Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿flexibilidad versus previsibilidad? *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 5 (1), 2013., p. 187.

330 CORTEZ, Gonzalo. Ob. Cit., p. 187. A lo anterior, el autor agrega un argumento de texto en el Derecho chileno, ya que el artículo 253 del CPC declara *“Todo juicio ordinario comenzará por la demanda del actor...”*.

presentación de la demanda<sup>331</sup>, postura que parece dialogar de mejor manera con su fundamento en la tutela judicial<sup>332</sup>, y que, si bien no es mayoritaria en Chile, sí ha sido reconocida por un sector de la doctrina<sup>333</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, debe precisarse que el hecho de que la litispendencia comience por la interposición de la demanda implica que, para que se encuentre en tramitación un juicio, no es suficiente la mera petición incidental en otro procedimiento de una medida cautelar<sup>334-335</sup>, sino que se requerirá la presentación formal de la demanda. Sólo cuando sea presentada la demanda, se producirán los efectos de la litispendencia y, por tanto, se podrá alegar la excepción de litispendencia en un segundo juicio.

Tratado lo anterior, cabe preguntarse ahora cuándo finaliza el estado de litispendencia y, por tanto, hasta cuándo es procedente la excepción de litispendencia. En este punto debe tenerse en cuenta que, si bien litispendencia y juicio pendiente no son exactamente lo mismo, los límites temporales de ambos conceptos se corresponden<sup>336</sup>. Por tanto, la litispendencia termina como el proceso<sup>337</sup>, cuestión que puede darse mediante sentencia firme, desistimiento de la demanda, renuncia, etc. Como los efectos de la litispendencia cautelan eminentemente al objeto litigioso, establecido por la petición de la demanda<sup>338</sup>, el hecho de resolverse o desistirse aquella pretensión determina que no existan razones para mantener los efectos de la litispendencia y que, por ende, ya no sea procedente la excepción del mismo nombre (por haber perdido su base jurídica).

De esta forma, este primer requisito referido a la existencia de un juicio no postula grandes problemas, más allá de la discusión sobre cuándo se ha de entender iniciado el proceso y su impacto causal en los límites de procedencia de la excepción de litispendencia.

## 2.4.2. Triple identidad

Situación distinta ocurre con la llamada “triple identidad”, criterio que, como fue revisado, ha constituido la manera clásica en que se ha abordado la excepción de litispendencia en las jurisdicciones de la tradición continental, y que ha sido controvertido por un sector de la doctrina nacional<sup>339</sup>. Este

331 En este sentido cabe tener en cuenta lo expuesto por Jaime Guasp, en cuanto a que “*La demanda es, por lo tanto, el acto típico y ordinario de iniciación procesal o, dicho con más extensión, aquella declaración de voluntad de una parte por la cual ésta solicita que se dé vida a un proceso y que comience su tramitación*”. GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. 4ªed, Madrid: Editorial Civitas, p. 281.

332 CORTEZ, Gonzalo. Ob. Cit., p. 185.

333 ROMERO, Sophía. Ob. Cit., p. 237; CORTEZ, Gonzalo. Ob. Cit., p. 185; CAROCCA, Alex. Ob. Cit., p. 89.

334 RODRÍGUEZ PAPIC, Ignacio. Ob. Cit., p. 50.

335 Nótese que esta regla también aplica en caso de tratarse de un procedimiento arbitral, en que dicha solicitud no permite a la parte instada en el procedimiento arbitral alegar la excepción de litispendencia. CORDERO, Clara. *El arbitraje comercial internacional y la litispendencia jurisdiccional*. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, (40), 2007, p. 165.

336 MÁLAGA, Francisco. Ob. Cit., p. 40.

337 ROSENBERG, Leo. Ob. Cit., p. 121.

338 Ibid., p. 122.

339 En esencia, el centro de la discusión está en si la triple identidad ha de ser entendida como un **requisito** nece-

criterio implica que la litispendencia sólo será procedente cuando un segundo procedimiento iniciado tenga por objeto una acción cuyas partes, objeto y causa sean idénticos a los de la acción del juicio previo<sup>340</sup>. Cabe detenerse brevemente en la identificación de cada uno de estos elementos:

- Identidad legal de partes<sup>341</sup>: Este elemento dice relación con la identidad de las personas entre quienes tiene lugar la litis objeto de la composición del proceso<sup>342</sup>. En este sentido, esta identidad jurídica se cumple cuando existe la misma calidad jurídica entre los sujetos del juicio anterior y del proceso ulterior, aun cuando en el nuevo proceso cambien de rol<sup>343</sup>. Debe tratarse de una identidad legal o jurídica de las personas que forman parte del proceso; no puede tratarse de una mera identidad física, en tanto una persona física puede constituir, desde el punto de vista legal, dos o más personas legales diversas y, a la inversa, dos personas físicas pueden constituir una sola persona legal<sup>344</sup>. Además, resulta irrelevante el papel que juega en cada juicio cada sujeto, es decir, el demandado que opone la excepción puede ser también demandado en el primer juicio o demandante en él<sup>345</sup>.

Cabe destacar que también se produce la identidad subjetiva cuando alguien actúa en nombre de otro, por representación<sup>346</sup>. Para efectos de analizar la identidad entre partes, es preciso observar los sujetos que intervienen como titulares del derecho sustancial en conflicto, e identificar si son los mismos que se encuentran presentes en la segunda acción<sup>347</sup>. De esta forma, no afecta en la menor medida a esta identidad el hecho de que las personas que intervengan como representantes de una misma persona sean distintas en una y otra acción, pues los efectos del proceso alcanzan sólo a los sujetos titulares del derecho sustancial<sup>348</sup>.

---

sario para la procedencia de la excepción de litispendencia, o como un **estándar** opcional para evaluar la existencia de procedimientos paralelos equivalentes.

340 En algunos casos, la triple identidad es consagrada como identidad de “persona, cosa y acción”. Ver PINO, Remigio. Ob. Cit., p. 63; MORÁN, Rubén. Ob. Cit., p. 207. En otros, se habla derechamente de identidad de “personas, acción y obligación reclamada”. Ver ALAYZA Y PAZ SOLDÁN, Toribio. Ob. Cit., p. 80.

341 Si bien existen autores que refieren a esta identidad en términos de “identidad de sujetos”, en realidad, los sujetos de derecho, cuando intervienen en un proceso, lo hacen necesariamente adoptando una posición en la relación jurídica procesal, y esta posición se denomina “parte”. En otras palabras, los sujetos se les identifica por la posición que ocupan en el proceso, por lo que es recomendable hacer uso de los conceptos procesales. MORALES GODÓ, Juan. Ob. Cit., p. 56.

342 PINO, Remigio. Ob. Cit., p. 55.

343 ROMERO SEGUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno. Doctrina y Jurisprudencia. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 56.

344 RODRÍGUEZ PAPIC, Ignacio. Ob. Cit., p. 50.

345 CAMIRUAGA, José Ramón. Ob. Cit., p. 29. Cabe destacar que, en el juicio ejecutivo chileno, el art. 464 N°3 CPC restringe la posibilidad de oponer la excepción de litispendencia a los casos en que el juicio previo que da origen a la excepción haya sido promovido por el acreedor, sea por vía de demanda o reconvención. Esta restricción se funda en que el demandado en el juicio ejecutivo podría evitar la ejecución demandando a su vez al ejecutante, de modo que iniciado el juicio ejecutivo por este, podría oponerle la excepción dilatoria de litispendencia que resulta del juicio iniciado por el propio demandado.

346 ROMERO SEGUEL, Alejandro. La cosa juzgada.... Ob. Cit., p. 57.

347 PINO, Remigio. Ob. Cit., p. 58.

348 Loc. cit.

• Identidad de objeto<sup>349</sup>: El concepto de objeto pedido lo constituye el beneficio jurídico inmediato que se reclama y al cual se pretende tener derecho<sup>350</sup>. Lo que se ha estimado es que la identidad de objeto concurre cuando el derecho cuya tutela se solicita coincide en ambas demandas, independientemente de cuál sea el objetivo que persigue la demanda<sup>351</sup>. En este sentido, no debe atenderse a la materialidad del objeto reclamado, sino que al beneficio jurídico cuyo reconocimiento se solicita por medio de la demanda<sup>352</sup>. De esta forma, el objeto que se pide tendrá que ser buscado en el petitorio de cada demanda. Si son iguales las pretensiones hechas valer, habrá identidad de cosa pedida<sup>353</sup>.

En la misma línea, Cristián Maturana, analizando la triple identidad en la cosa juzgada, establece que *“en una palabra, la idea que debe servir de guía para saber si hay o no identidad de objeto es la siguiente: al estatuir sobre el objeto de la demanda ¿se expone el juez a contradecir una sentencia anterior, declarando un derecho ya negado o negando un derecho establecido en la precedente decisión? Si se expone a esta contradicción hay identidad de objeto”*<sup>354</sup>.

Pareciera no existir motivo por el cual esta misma idea no pueda ser trasladada a la excepción de litispendencia en lo que a la triple identidad se refiere. En definitiva, si el objeto del *petitum* de ambas demandas es tal que, de pronunciarse ambos tribunales, ellos podrían caer en contradicción, entonces ello quiere decir que existe identidad de objeto<sup>355</sup>.

• Identidad de causa: En términos genéricos, la causa de pedir es *“la razón de la pretensión deducida en el juicio anterior”*<sup>356</sup>. Un primer acercamiento a la noción de “causa” permite determinar que ésta es un hecho jurídico o material que constituye el fundamento de un derecho que se reclama. Ahora bien, determinar cuáles son los elementos que constituyen la causa de una acción no resulta tan sencillo. Al efecto se han constituido dos teorías: la teoría de la individualización y la teoría de la

349 A juicio de Juan Morales Godo, el concepto correcto a utilizar es el de “objeto de la pretensión”, en términos que la noción “cosa” u “objeto” son insuficientes por su generalidad, mientras que con “objeto de la pretensión” se logra precisar la cuestión litigiosa que ha dado origen a la relación jurídico procesal. Además, permitiría distinguirlo del objeto del proceso. MORALES GODÓ, Juan. Ob. Cit., p. 58.

350 MATURANA, Cristián. Nociones acerca de la Cosa Juzgada. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011, p. 89.

351 AGUIRREZÁBAL, Maite. La reserva de acciones en el juicio ejecutivo y los requisitos necesarios para la correcta configuración de la excepción de litispendencia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (28), 2017, p. 391.

352 MATURANA, Cristián. Nociones.... Ob. Cit., p. 90.

353 Ibid., p. 91.

354 Loc. cit.

355 Nótese que esta concepción parece ser en sí misma contradictoria. Si se estima que existe “identidad de objeto” sólo cuando se arriesga la posibilidad de decisiones contradictorias, entonces se está renunciando a la noción misma del requisito de “identidad de objeto”. Sólo debiese observarse la posibilidad de caer en contradicción. Para ilustrar esta idea, obsérvese el siguiente ejemplo en el marco de los arbitrajes de inversión: la situación en que un tribunal nacional se encuentra conociendo de una pretensión sobre el incumplimiento de un contrato y un tribunal arbitral de inversiones se encuentra conociendo sobre la vulneración del tratado, específicamente de una cláusula paraguas, que ha sido denunciada por aquel mismo incumplimiento de contrato. En ambos casos, el objeto de la pretensión parece radicarse en lugares distintos. En uno es la responsabilidad contractual y en otro la responsabilidad internacional (ambas, además, poseen requisitos y estándares distintos). Sin embargo, ambos juicios podrían caer en evidente contradicción si llegan a conclusiones contradictorias en lo referido a la existencia de incumplimiento de un contrato de inversiones por parte del Estado receptor.

356 COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3ªed, Buenos Aires: Depalma, 1958, p. 432.



La primera teoría implica que la causa de pedir está conformada tanto por los hechos que fundamentan la pretensión como por la calificación jurídica que los acompaña, por lo que la modificación en los elementos normativos de la pretensión implica una modificación en la causa de pedir<sup>358</sup>.

Por otro lado, la segunda teoría sostiene que la causa de pedir está conformada por solo los hechos expuestos en la demanda, de manera que es perfectamente posible modificar la calificación jurídica sin que exista transformación en la *causa petendi*<sup>359</sup>. Como podrá observarse, las consecuencias de adoptar una u otra postura al momento de abordar la causa de pedir tendrá implicancias directas en la determinación de la procedencia de la excepción de litispendencia y de cosa juzgada.

Sumado a lo anterior, y para efectos de analizar la existencia de identidad de la causa de pedir entre dos acciones, se han postulado también las teorías de la causa próxima o inmediata y la teoría de la causa exclusiva o remota<sup>360</sup>. La primera doctrina estima que la causa de pedir de una acción la constituye sólo la causa próxima, constituida por la categoría del vicio que se está reclamando y no por el fundamento mediato de él<sup>361</sup>. Cristián Maturana ilustra esta idea con el siguiente ejemplo: cada vez que se deduce una demanda de nulidad por vicios del consentimiento, como el error, la causa de la acción en realidad se encontrará en los vicios del consentimiento como categoría. Por ende, una acción que se funde en el dolo o la fuerza poseería, en realidad, la misma causa<sup>362</sup>.

Desde otra vereda, la segunda doctrina postula como causa de pedir al vicio particular que se hace valer en la demanda para fundamentar la pretensión<sup>363</sup>. Así, cada vicio que esté reconocido por la ley constituirá una causa de pedir distinta, de suerte que habrá identidad de la causa cuando la nueva demanda se funde en el mismo vicio en que la anterior. Esta tesis ha sido la aceptada como adecuada, con fundamento en que sería una injusticia que una persona *“viera menoscabado su derecho sin siquiera haber tenido la posibilidad de ser oída en el proceso”*<sup>364</sup>.

La triple identidad desde su origen se caracterizó por su sencilla formulación (razón por la que hizo fortuna en muchas legislaciones) y, por tanto, constituyó una herramienta sencilla desde la

357 Como explica Iván Hunter, estas teorías nacen en Alemania como una forma de definir el objeto del proceso. Sin embargo, esta misma distinción ha sido dibujada en cuanto a la causa de pedir, específicamente en la explicación del poder del juez y su ámbito de facultades en la utilización de las normas jurídicas. HUNTER, Iván. Ob. Cit., pp. 204-205.

358 HUNTER, Iván. Ob. Cit., p. 204.

359 Ibid., p. 205.

360 MATURANA, Cristián. Nociones.... Ob. Cit., p. 94.

361 Ibid., p. 95.

362 Loc. cit.

363 Ibid., p. 96.

364 Ibid., pp. 97-98.

cual analizar la procedencia de la excepción de cosa juzgada y de litispendencia<sup>365</sup>. En efecto, la triple identidad ha sido considerado como un “test mecánico” por medio del cual las tradiciones continentales (en su gran mayoría) abordan el análisis sobre la procedencia de la excepción de litispendencia y de cosa juzgada, a diferencia del análisis ponderativo y económico que caracteriza al *forum non conveniens* en el marco del *common law*, el cual posee un carácter más discrecional en comparación a la triple identidad<sup>366</sup>.

Ahora bien, el requisito de la triple identidad como estándar legal contrasta con la realidad, en tanto la posibilidad de que se repita un juicio absolutamente idéntico constituye un supuesto crecientemente improbable y poco común<sup>367</sup>. Realmente, la situación común es que existan juicios relacionados cercanamente y con implicancias entre sí. Por estas razones, Jordi Nieva, observando la jurisprudencia española, determinaba que *“lo que por el contrario ocurre casi siempre, como decía, es que los objetos de dos juicios simplemente se parecen, es decir, tienen algún pronunciamiento en común. Pero es perfectamente posible que lo solicitado no fuera lo mismo en ambos juicios, ni por supuesto, las razones para solicitarlo. Y es fácilmente factible que la situación no se produzca entre las mismas partes, sino que los dos procesos tengan en común algún sujeto procesal”*<sup>368</sup>.

De esta forma, la virtud de la simpleza de la triple identidad como criterio aplicable contiene, a su vez, el problema de que resulta en extremo rígido para situaciones como las anteriormente descritas. Por las razones expuestas, un sector de la doctrina moderna ha considerado que la triple identidad como requisito de la litispendencia constituye en realidad “un mito”<sup>369</sup>, abogando por el reconocimiento de la litispendencia entre procesos conexos y prejudiciales<sup>370</sup>. Ante los problemas que presenta la exigencia de perfecta identidad, los autores que defienden la litispendencia por conexidad y prejudicialidad tienen como punto común el abandono de la triple identidad como estándar de procedencia, haciendo referencia a otros criterios, como la vinculación lógico-jurídica entre una materia prejudicial y la cuestión de fondo<sup>371</sup>, o la persecución de un mismo “bien de la vida”<sup>372</sup>.

Sobre la base de estas consideraciones, Nieva estimaba como idónea la tendencia de la jurisprudencia a no exigir la perfecta identidad entre objeto, causa y parte<sup>373</sup>, pues en realidad podía prescindirse de aquélla cuando se observara *“una demanda aparentemente diferente con fundamentación distinta, pero que se dirige indirectamente -aunque la intención no declarada del actor sea directísima- a la revocación de la primera sentencia pronunciada”*<sup>374</sup>.

365 NIEVA, Jordi. La cosa juzgada: el fin de un mito. Santiago de Chile: LegalPublishing, 2010, p. 44.

366 La aplicación del *forum non conveniens* involucra que los tribunales realicen un ejercicio de comparación en cuanto a la conveniencia de que existan dos foros habilitados para conocer de una disputa, pudiendo ambos ejercer jurisdicción. PÉREZ, Víctor. Los inconvenientes del “forum non conveniens”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (100), 2003, p. 65.

367 NIEVA, Jordi. Ob. Cit., p. 45.

368 Loc. cit.

369 RIED, Ignacio. Ob. Cit., p. 235.

370 ECHEVERRÍA, Isabel. Ob. Cit., p. 371.

371 RIVERO, Renée. Ob. Cit., p. 197.

372 RIED, Ignacio. Ob. Cit., p. 232.

373 NIEVA, Jordi. Ob. Cit., p. 52.

374 Ibid., p. 53.

## 2.5. Litispendencia impropia: prejudicialidad y conexidad

Tal como ha sido ya indicado, la excepción de litispendencia ha estado tradicionalmente asociada a la triple identidad como supuesto de procedencia. Ahora bien, la creciente improbabilidad de configurarse la perfecta triple identidad entre dos juicios y la ausencia de tratamiento de la institución de la suspensión por prejudicialidad en Chile, han llevado incipientemente a que la jurisprudencia chilena haya ido interpretando de forma cada vez más flexible estos elementos, de manera de permitir incorporar supuestos de conexión entre objetos procesales<sup>375</sup>.

De esta forma, han surgido las llamadas “litispendencia por prejudicialidad” y “litispendencia por conexidad”, las cuales constituyen fenómenos relativamente novedosos en la ciencia procesal chilena, tanto doctrinal como jurisprudencialmente. Estas instituciones, usualmente categorizadas bajo el nombre de “litispendencia impropia”, operan en supuestos en que no existe triple identidad entre dos acciones ejercidas en juicios distintos y que, sin embargo, se encuentran vinculadas.

Desde una perspectiva general, las cuestiones conexas son aquellas que están vinculadas entre sí, sea porque entre ellas existe comunidad de elementos, o por su relación de accesoriedad<sup>376</sup>. A juicio de Chiovenda, las situaciones de conexidad pueden darse cuando: a) las causas tienen en común alguno de los elementos de la demanda; b) las causas están en relación de accesorio a principal; c) una de las partes en causa llama a un tercero en garantía; d) el demandado acciona en reconvencción; e) se haya suscitado una cuestión principal que dé lugar a una causa prejudicial; y f) en el curso de la ejecución surjan incidentes de fondo entre las partes o con terceros<sup>377</sup>. En estos casos, no existe identidad plena pero sí conexión, de forma que el resultado de uno de los juicios incide inexorablemente en el resultado del otro<sup>378</sup>, arriesgándose la posibilidad de decisiones contradictorias y, en algunos casos, de imposible ejecución<sup>379</sup>.

Sin perjuicio de la clasificación anteriormente expuesta, no existe unanimidad en la doctrina chilena sobre qué es aquello que vincula a dos asuntos en una relación de conexidad<sup>380</sup>. Ignacio Ried ha estimado que el elemento definitorio para estimar que dos procesos han de ser calificados como conexos es que “el bien de la vida” pretendido en uno y otro sean exactamente el mismo<sup>381</sup>. Sin ahondar enteramente en el significado de este concepto, el autor refiere a la posibilidad de que entre dos juicios no exista identidad en ninguno de los elementos y que, sin embargo, el “bien de

375 RIVERO, Renée. Ob. Cit., p. 474.

376 CARLI, Carlo. Derecho procesal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962, p. 271.

377 Ibid., p. 271.

378 MORALES GODÓ, Juan. Ob. Cit., p. 63.

379 ALSINA, Hugo. Ob. Cit., p. 101.

380 A diferencia de lo que sucede en Chile, en la regulación comunitaria europea existen normas que orientan al tribunal a estimar si existe conexidad entre dos demandas. El art. 30.3 del Reglamento 1215/2012 dispone “se considerarán conexas, a los efectos del presente artículo, las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas conjuntamente”.

381 RIED, Ignacio. Ob. Cit., p. 232.

la vida” perseguido sea idéntico en ambos procesos, razón que haría procedente la excepción de litispendencia<sup>382</sup>. Esta noción ha sido criticada por Isabel Echeverría por considerar que es de suyo indeterminada<sup>383</sup>, llegando a la conclusión de que *“poder establecer la conexidad entre dos juicios en sentido abstracto es muy complejo, requiriéndose de un análisis casuístico para poder determinarlo”*<sup>384</sup>.

A pesar de estas disquisiciones conceptuales, existe un sector de la doctrina moderna chilena que parece inclinarse por la posibilidad de procedencia de la excepción de litispendencia cuando existen dos juicios que no poseen ninguna de las tres identidades y que, sin embargo, sus objetos procesales se encuentran en relación de conexidad, a pesar de no existir plena conformidad sobre qué significa esto.

Por otro lado, y como podría ser apreciado de la clasificación antes mencionada, la noción de prejudicialidad constituye un supuesto especial de conexidad<sup>385</sup>. Esencialmente, la prejudicialidad se constituye en ciertos temas que, por su conexión lógico-jurídica con el objeto de un determinado proceso, deben ser fallados por el mismo tribunal u otro distinto antes de la decisión de fondo del conflicto sometido a su conocimiento, cuestión que a su vez tiene un grado de autonomía tal que le permite ser resuelta en otro proceso con efecto de cosa juzgada<sup>386</sup>. En este sentido, el fenómeno de la prejudicialidad siempre implica la existencia de una cuestión prejudicial y una principal, las cuales poseen independencia y pueden ser objeto de juicios distintos, pero que se encuentran relacionados.

La doctrina usualmente clasifica la prejudicialidad en homogénea y heterogénea, siendo la primera la que concurre cuando las cuestiones en relación de prejudicialidad son de la misma naturaleza y del mismo orden jurisdiccional, y la segunda cuando ambas cuestiones son de diversa naturaleza y orden de competencia<sup>387</sup>. De esta forma, cuando la determinación prejudicial es establecida en un juicio laboral al igual que la cuestión principal, se está en presencia de una relación de prejudicialidad homogénea; en cambio, si la determinación prejudicial es llevada a cabo en sede civil y la cuestión principal en sede penal, se estará en presencia de una relación de prejudicialidad heterogénea. A pesar de esta clasificación, ha existido un sector doctrinal que ha asimilado las cuestiones prejudiciales homogéneas a los incidentes, estimando que estas situaciones no constituyen verdaderos supuestos de prejudicialidad, siendo componente esencial de esta última que el asunto prejudicial se encuentre regulado por un estatuto distinto al de la cuestión principal.

382 RIED, Ignacio. Ob. Cit., pp. 232-233.

383 ECHEVERRÍA, Isabel. Ob. Cit., p. 377.

384 Ibid., p. 379.

385 SAYROL, Jaume Alonso-Cuevillas. La competencia jurisdiccional internacional de los tribunales españoles del orden civil. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2006, p. 394.

386 ROMERO SEQUEL, Alejandro. La prejudicialidad en el proceso civil. Revista chilena de Derecho, Vol. 42 (2), 2015, p. 454.

387 Ibid., p. 455.



En el proceso civil chileno, la acumulación de autos debería ser el cauce normal de las situaciones en que existe la tramitación simultánea de varios procesos civiles con relación de prejudicialidad entre sí<sup>388</sup>. Sin embargo, existe una variedad de situaciones en que, o esta herramienta es insuficiente para dar solución a la situación de prejudicialidad o simplemente aquella posibilidad se ve restringida<sup>389</sup>; por ejemplo, por el hecho de que la competencia absoluta de ambos tribunales es distinta, o que los procedimientos aplicables son distintos<sup>390</sup>.

De esta forma, y ante la ausencia de una regulación sistemática de la suspensión por prejudicialidad en el Derecho chileno, la litispendencia ha sido la herramienta procesal ocupada para dar tratamiento a los supuestos de prejudicialidad<sup>391</sup> ante el riesgo de dictación de sentencias lógicamente contradictorias y que afecten la eficacia jurídica de una pretensión ejercida. A pesar de ello, y tal como explica la profesora Renée Rivero analizando la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena, tanto el criterio de la conexidad y la prejudicialidad, así como sus efectos *“no han sido aplicados en forma consistente y con calidad, apreciándose una evidente confusión e incluso contradicciones entre las propias sentencias de la Corte”*<sup>392</sup>.

Dicho lo anterior, debe tenerse en cuenta que la institución de la litispendencia impropia es una creación de la doctrina y la jurisprudencia que surge como respuesta ante la ausencia de la institución de la “suspensión por prejudicialidad” en el ordenamiento jurídico chileno para tratar estos supuestos de conexidad. En cambio, la institución de la conexidad posee mayor presencia en la regulación comunitaria europea, estando diferenciada de la noción de “litispendencia” como herramienta para lidiar con supuestos de conexión entre objetos procesales (sin perjuicio de que constituye una institución relacionada).

Una buena ilustración de esta idea puede derivarse de los inconvenientes generados a partir del Reglamento Bruselas I de la Unión Europea, relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. En la práctica, esta regulación comunitaria produjo una serie de problemas vinculados a las *“torpedo actions”* italianas, las cuales constituyeron “una ingeniosa técnica de dilación de litigación”<sup>393</sup>. El artículo 27 del referido reglamento regulaba que en caso de existir un juicio pendiente en algún tribunal de un Estado miembro y ser presentada una acción con el mismo objeto y la misma causa ante otro tribunal de otro Estado miembro, el último debía paralizar el procedimiento hasta que el primero hubiese determinado si poseía o no competencia para conocer de la disputa. A su vez, el artículo 28 contenía una regla ligeramente más discrecional<sup>394</sup>, la cual permitía facultativamente al tribunal posterior suspender o declinar su

388 ROMERO SEGUEL, Alejandro. La prejudicialidad.... Ob. Cit., p. 475.

389 RIVERO, Renée. Ob. Cit., p. 474.

390 ROMERO SEGUEL, Alejandro. La prejudicialidad.... Ob. Cit., p. 475.

391 RIVERO, Renée. Ob. Cit., p. 479.

392 Ibid., p. 478.

393 KENNY, David; HENNIGAN, Rosemary. Choice-of-court agreements, the Italian torpedo, and the recast of the Brussels I regulation. *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 64 (1), 2015, p. 199.

394 Loc. Cit.

competencia cuando las acciones se encontraban en relación de conexidad.

En la práctica, esta regulación dio paso a las *torpedo actions*, las cuales en esencia consisten en “acciones procesales que inicia una parte ante un litigio inminente, pero con el objeto de situar el proceso ante un tribunal de un Estado caracterizado por la lentitud del procedimiento.”<sup>395</sup>.

De esta forma, ambas reglas referidas anteriormente estuvieron sujetas a explotación por el creciente fenómeno de acciones preferentes que eran sometidas ante tribunales que no tenían relación alguna con la acción, con el propósito de dilatar la tramitación<sup>396</sup>. Mediante la iniciación de un procedimiento idéntico (lo cual generalmente se daba por medio de una acción negativa) o conexo, los futuros demandados buscaban dilatar la tramitación de las demandas intentadas contra ellos, oponiendo así la excepción de litispendencia o de conexidad cuando se intentaba demandarlos. Así, la empresa o el infractor que esperaba ser demandado prontamente, se adelantaba y optaba por los tribunales más lentos, generando un retraso injustificado y abusivo en la resolución del conflicto<sup>397</sup>.

Para intentar solucionar este abuso procesal, primero, se refundieron las normas sobre litispendencia y conexidad en los artículos 29 y siguientes del Reglamento 1215/2012 de la Unión Europea; y, segundo, se realizaron cambios esenciales con el objeto de corregir los problemas señalados<sup>398-399</sup>. Los mecanismos de la litispendencia y la conexidad continuaron esencialmente siendo los mismos, con la notable excepción del art. 31.2. Esta norma da preeminencia para conocer de una disputa en casos de existencia de un pacto de elección de foro al tribunal designado, por sobre la prioridad temporal<sup>400</sup>. De esta forma, se limitó la posibilidad de dilatar juicios por medio de la presentación de demandas ante tribunales de países que demorasen en la tramitación, pues éstos deben declinar de conocer ante un tribunal designado mediante una cláusula de atribución de competencia. Sin perjuicio de ello, la situación en que un demandado construye artificiosamente una situación de litispendencia para eludir la futura demanda en contra de él continúa siendo un nudo gordiano en el estudio del Derecho Procesal, tanto a nivel nacional como internacional.

Como podrá ser apreciado, a pesar de que litispendencia y conexidad constituyen dos herramientas procesales diferenciadas en la regulación comunitaria, ambas en la práctica generan y resuelven

395 CALVO, Alfonso-Luis; CARRASCOSA, Javier. Tratado de Derecho Internacional Privado. 2ª ed, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, Tomo II, p. 2724.

396 KENNY, David; HENNIGAN, Rosemary. Ob. Cit., p. 199.

397 SUDEROW, Julia. Ob. Cit., p. 189.

398 SUDEROW, Julia. Ob. Cit., p. 192.

399 Resulta relevante notar que ni el Reglamento de Bruselas I, ni el Reglamento de Bruselas II (reformado) cubren supuestos en que la materia se encuentra sometida a arbitraje, por lo que las reglas de estos reglamentos y sus disposiciones relativas a litispendencia no son aplicables al caso de tribunales arbitrales. De hecho, la última reforma a esta legislación decidió explícitamente dejar fuera al arbitraje de su regulación. En este sentido, KALANTZI, Anastasia. Parallel Arbitral Proceedings: An Analysis of the Issue of Parallel Arbitrations in International Commercial Arbitration within the European Legal Space. The Italian Review of International and Comparative Law, Vol. 1 (3), 2023, pp. 5 y ss.

400 DE MIGUEL, Pedro. El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones. La Ley, (8013), 2013, p. 11.

problemas que pueden asimilarse, razón que explica la incipiente utilización en Chile de la litispendencia para hacer frente a casos de conexidad. Sin perjuicio de ello, debe hacerse la precisión de que ambas instituciones poseen sus características propias que las distinguen. Como se vio, los supuestos de procedencia en ambos casos son distintos, en tanto en uno la hipótesis es de plena identidad y en el otro es de conexidad. Por otra parte, en lo referido a lo que será analizado en la siguiente sección, los efectos de la litispendencia en Chile han estado usualmente asociados a la paralización del procedimiento, mientras que los efectos de la conexidad se han vinculado a la acumulación de los procesos pendientes. Pero el ejemplo más claro de sus disimilitudes se da en cuanto a los casos de conexidad, y en especial al fenómeno de prejudicialidad, los que operan sin el criterio cronológico propio de la litispendencia, es decir, la decisión sobre cuál debe ser el tribunal que deba conocer de las materias (y con qué efectos debe resolverlas) no depende de en qué tribunal se haya interpuesto primero la demanda, sino que depende de cuál sea el asunto que es lógicamente prejudicial a otro.

Por último, cabe destacar que la conexidad parece constituir una institución intermedia entre una herramienta de aplicación mecánica y la pura discrecionalidad de los jueces y árbitros para afrontar la situación de procedimientos paralelos. En este sentido, la tradición continental y la anglosajona divergen crecientemente en cuanto al lugar que tiene la litispendencia en sus ordenamientos jurídicos, a los requisitos para su procedencia y a la manera en que lidian con los procedimientos paralelos<sup>401</sup>. Tal como explicaba la House of Lords en el caso *Airbus Industrie Gie v. Patel*, “En la actualidad han surgido en el mundo dos enfoques diferentes del problema: uno asociado a las jurisdicciones de derecho civil de la Europa continental, y el otro con el mundo del common law. Cada uno es fruto de una historia jurídica distinta, y también refleja diferencias culturales (...). En el continente europeo, en los primeros tiempos de la Comunidad Europea se consideró esencial evitar cualquier tipo de choque entre los Estados miembros de la misma comunidad (...). Este sistema logra su propósito, pero a un precio. El precio es la rigidez, y la rigidez puede dar lugar a injusticias. (...). En el mundo del common law, la situación es precisamente la contraria. Existe, por así decirlo, una jungla de jurisdicciones separadas, de base amplia, en todo el mundo (...). El principio básico es que cada jurisdicción es independiente. Por lo tanto, no existe un problema inherente a procedimientos concurrentes en el mismo asunto en más de una jurisdicción. Existen simplemente estas dos armas, una suspensión (o desestimación) del procedimiento y las anti-suit injunction”<sup>402</sup>.

401 En lo referido a una discusión que se tratará en el capítulo 3, existen autores que consideran que litispendencia no constituye un principio general del Derecho (en los términos estatuidos en el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia) y por tanto no es parte del Derecho internacional por dos razones: “primero, ningún tribunal internacional ha aplicado nunca la litispendencia; segundo, muchos sistemas legales (es decir, todos los sistemas legales pertenecientes a la tradición anglosajona) no aplican la litispendencia” (traducción libre). ZARRA, Giovanni. *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*. The Hague: Eleven International Publishing, 2016, p. 118. Sin perjuicio de que lo primero será controvertido en las siguientes secciones de este trabajo, en cuanto a lo segundo debe destacarse que la litispendencia y, en específico, la excepción de litispendencia constituye un concepto presente en estos sistemas legales, al amparo de lo que se conoce como “*lis alibi pendens*”. En este sentido, HANSEN, Robin. Ob. Cit., p. 531. Lo que sucede es que los requisitos comúnmente exigidos por los tribunales de ambas tradiciones jurídicas son distintos. En la tradición del civil law el estándar clásicamente requerido ha sido la triple identidad; en cambio, en el common law, la paralización del procedimiento por litispendencia ha sido evaluada a partir de la idoneidad de seguir dos juicios paralelos y de la inconveniencia económica para las partes de seguir el mismo juicio dos veces.

402 *Airbus Industrie Gie v. Patel and others*, House of Lords, 1 AC 119, de 2 abril de 1998. Traducción libre de “two different approaches to the problem have emerged in the world today, one associated with the civil law jurisdictions of continental Europe, and the other with the common law world. Each is the fruit of a distinctive legal history, and also reflects to some extent cultural differences (...). On the continent of Europe, in the early days of the European Community, the

Entre ambos extremos descritos, uno caracterizado por la rigidez y el otro por la discreción, la conexidad parece constituirse como un punto intermedio. Para aplicar la doctrina de la conexidad, es necesario que el juzgador verifique alguna situación jurídica que implique que la decisión en un juicio repercuta en el otro, ya sea por la vinculación lógica del razonamiento de la decisión, por principio de accesoriedad, por concurrencia de alguna de las identidades, u otro factor<sup>403</sup>. Así, esta institución no requiere un análisis mecánico de perfecta identidad entre acciones como en el *civil law*, pero tampoco implica la discrecionalidad más bien propia del *common law*.

## 2.6. Efectos de la excepción de litispendencia

Dado que la litispendencia y la excepción de litispendencia son ambos fenómenos procesales sobre los cuales no existe entera certeza en la doctrina y jurisprudencia chilena, ello ha generado que, ante la ausencia de regulación expresa en el ordenamiento jurídico, exista discusión sobre los efectos que debería producir el acogimiento de la excepción<sup>404</sup>. En términos generales, existen tres posturas en Chile sobre esta materia<sup>405</sup>: **i)** la postura según la cual el acogimiento de la litispendencia paraliza el procedimiento; **ii)** la postura bajo la cual el acogimiento de la litispendencia provoca la acumulación de autos (la cuál aplicaría sólo casos de litispendencia impropia); y **iii)** la posición que estima que la litispendencia pone término a la tramitación del proceso.

La primera postura ha sido la clásicamente atribuida a la litispendencia en Chile. Bajo la primera tesis, el acogimiento de la litispendencia por un tribunal paraliza el segundo procedimiento seguido paralelamente. Esto se produciría con el objeto de que, una vez terminado el primer proceso, se opusiera la excepción de cosa juzgada en el segundo procedimiento paralizado<sup>406</sup>. Maturana es contrario a esta idea, pues con ello se estaría desconociendo el efecto de cosa juzgada que produce la sentencia interlocutoria que acoge la excepción de litispendencia (efecto propio de este tipo de resoluciones en nuestro ordenamiento)<sup>407</sup>. Siguiendo su esquema interpretativo de la institución, el acogimiento de la excepción constituye realmente el reconocimiento de la incompetencia del tribunal, razón que también lo lleva a ser contrario a la idea de que el efecto sea la acumulación de autos.

---

*essential need was seen to be to avoid any such clash between member States of the same community (...). This system achieves its purpose, but at a price. The price is rigidity, and rigidity can be productive of injustice (...). In the common law world, the situation is precisely the opposite. There is, so to speak, a jungle of separate, broadly based, jurisdictions all over the world (...). The basic principle is that each jurisdiction is independent. There is therefore, as I have said, no embargo on concurrent proceedings in the same matter in more than one jurisdiction. There are simply these two weapons, a stay (or dismissal) of proceedings and an anti-suit injunction.*

403 Como podrá apreciarse, el fin resguardado por la conexidad (referido al riesgo de afectación de un procedimiento en otro) ha sido entendido de manera similar al fin que protege la litispendencia propia; razón que explica por qué la conexidad es considerada como una hipótesis de litispendencia especial.

404 ECHEVERRÍA, Isabel. Ob. Cit., p. 379.

405 MATURANA, Cristián. Ob. Cit., p. 60.

406 CASARINO, Mario. Ob. Cit., p. 31.

407 MATURANA, Cristián. Relación.... Ob. Cit., p. 62.



En cuanto a la segunda tesis, la acumulación de autos fue clásicamente defendida como el remedio adecuado para los casos en que no existía triple identidad<sup>408</sup>. A juicio de Isabel Echeverría, *“en resguardo al derecho a la tutela judicial del demandante del segundo proceso, el efecto propio de la litispendencia por conexidad debiera ser, precisamente la acumulación de autos, considerando que este mecanismo permite resguardar adecuadamente la coherencia de las resoluciones judiciales que es el fin último que persigue el mecanismo en comento. Solo ante la improcedencia de la acumulación de autos, debiera operar la suspensión del segundo procedimiento a la espera de la resolución del primero”*<sup>409</sup>.

Por último, y como fue referido anteriormente, el análisis de la institución propuesto por Cristián Maturana y Carlos Anabalón los lleva a concluir que el verdadero efecto de la excepción de litispendencia sería el de poner fin a la tramitación del proceso<sup>410</sup>. Ahora bien, como ha explicado Ignacio Ried, la terminación definitiva del segundo proceso puede acarrear un perjuicio irreparable al demandante. Tal como explica, *“los casos de litispendencia muchas veces obedecen a que el primer proceso adolece de algún vicio que el demandante no puede o no quiere subsanar, lo que motiva la interposición de una segunda demanda sin esperar la terminación del primer juicio. Que el efecto de la litispendencia sea la terminación del segundo proceso puede ocasionar que, si el proceso también termina, sin sentencia sobre el fondo, el demandante literalmente no tenga un tribunal competente donde seguir adelante con su acción, y para peor, arriesgando muchas veces la prescripción de la misma”*<sup>411</sup>.

Adentrar en exceso en la referida discusión implicaría realizar un análisis eminentemente doméstico, lo cual no es el objeto de esta investigación. Sin perjuicio de ello, cabe destacar lo siguiente: en el contexto de los arbitrajes de inversión, cuando la litispendencia ha sido invocada, ha sido para lograr la declinación de jurisdicción por parte del tribunal. En otros términos, se ha perseguido la terminación del procedimiento. Si bien pareciera plausible cuestionarse si este es el efecto adecuado que debiera tener la litispendencia por triple identidad o si debiera ser la paralización del procedimiento, resulta claro que en el caso de la litispendencia impropia la solución debiera ser diferente. En el especial caso de la prejudicialidad, por ejemplo, la solución adecuada pasaría por suspender la tramitación de la decisión en el estado de fallo hasta que se dictara sentencia sobre la cuestión prejudicial, de forma de asegurar la coherencia entre las decisiones. En los demás casos de conexidad, debiera existir la facultad discrecional del juez para poder suspender o terminar el procedimiento, dependiendo del grado de conexión y de si el tribunal tramitando en paralelo ha declarado su competencia o no.

Sin perjuicio de ello, y ante la ausencia de una determinación legislativa clara, la discusión de los

408 ANABALÓN, Carlos. Ob. Cit., p. 149; ALSINA, Hugo. Ob. Cit., p. 98.

409 ECHEVERRÍA, Isabel. Ob. Cit., p. 381.

410 MATURANA, Cristián. Ob. Cit., p. 65; y ANABALÓN, Carlos. Ob. Cit., p. 151. Sigue esta misma línea ALSINA, Hugo. Ob. Cit., p. 102.

411 RIED, Ignacio. Ob. Cit., pp. 212-213.

efectos de la litispendencia propia e impropia sigue encontrándose abierta.

## 2.7. La litispendencia arbitral

Luego de revisada la institución procesal objeto de investigación, corresponde responder una pregunta esencial para proseguir con el objeto central de esta tesis. Esta es la siguiente: ¿Existe litispendencia en el caso de un procedimiento arbitral? Nótese que esta pregunta refiere, en primera instancia, a la litispendencia *in genere*, y la respuesta que se dé resultará esencial para poder estimar si es procedente la excepción de litispendencia en el caso de encontrarse pendiente un procedimiento arbitral.

En esta línea, la proliferación de tribunales arbitrales internacionales que tramitan procedimientos en paralelo a los tribunales nacionales eleva el anterior dilema desde un mero problema teórico a un problema práctico. Como explicaba Francisco Orrego Vicuña en un trabajo referido a este tema, *“la existencia de procedimientos paralelos y concurrentes entre cortes y tribunales internacionales, así como entre tribunales internacionales y domésticos, no es un fenómeno nuevo, pero ciertamente es uno ganando recurrencia. Esto es consecuencia inevitable de la proliferación de cortes y tribunales internacionales, por un lado, y de la falta de normas jurídicas apropiadas para tratar el asunto, por otro. Si bien es poco lo que se puede hacer sobre la cuestión de la proliferación, hay mucho que puede hacerse con respecto a los principios y reglas legales que regulen esta situación”*<sup>412</sup>.

Si bien esta problemática se encuentra adquiriendo ribetes cada vez más prácticos<sup>413</sup>, por lo que su trascendencia ha ido creciendo, la cantidad de trabajos que existe sobre la materia ha sido históricamente escasa. Ciertamente los efectos jurídico-procesales de la litispendencia han sido abordados por la doctrina de forma reiterada, pero en una mayoría llamativa se hace referencia exclusivamente a la litispendencia entre tribunales ordinarios. Este fenómeno referido a la ausencia de tratamiento doctrinal de la litispendencia en arbitrajes era explicado por Francisco Málaga en función a dos motivos<sup>414</sup>: por un lado, la postura de un gran número de autores que negaba la naturaleza jurisdiccional del arbitraje; y por otro, que el hecho de la existencia de un proceso arbitral no se denuncia mediante la excepción de litispendencia, sino mediante la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje.

412 ORREGO VICUÑA, Francisco. *Lis pendens arbitralis. Parallel state and arbitral procedures in international arbitration*. ICC Publishing, 2005, p. 207. Traducción libre de *“Parallel and competing proceedings between international courts and tribunals, just as between international and domestic tribunals, is not a new phenomenon but certainly one that is gaining in recurrence. This is turn is the inevitable consequence of the proliferation of international courts and tribunals, on the one hand, and the lack of appropriate legal rules to deal with the matter, on the other hand. While there is little that can be done at present about the proliferation issue, there is much than can be done in respect of the governing legal principles and rules”*.

413 CORDERO, Clara. Ob. Cit., p. 145.

414 MÁLAGA, Francisco. Ob. Cit., pp. 66-67.

En cuanto al primer motivo identificado, es notable mencionar que la pregunta sobre la existencia de la litispendencia en un procedimiento arbitral reconduce a la discusión abordada en el primer capítulo sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. En términos generales, uno de los requisitos exigidos usualmente para que la excepción de litispendencia sea procedente es que los procedimientos en paralelo posean una naturaleza jurisdiccional (materializado en la exigencia de un “juicio pendiente”), cuestión que lleva a indagar sobre la naturaleza del arbitraje. En Chile, como fue revisado, existen distintas posturas en lo referido a la naturaleza jurídica que se le atribuye al arbitraje, teniendo la doctrina tradicional un enfoque más bien jurisdiccional y la moderna uno más bien convencional.

Ahora bien, debe diferenciarse la situación del arbitraje doméstico y del arbitraje internacional. En el marco del arbitraje doméstico, las particularidades de cada ordenamiento jurídico permiten tomar posición respecto de la naturaleza que el Derecho provee a los tribunales arbitrales. En el caso de Chile, un argumento sustancial al momento de tomar posición en este debate es recordar que el art. 222 del COT califica a los árbitros como “jueces”, cuestión que ha llevado a una parte importante de la doctrina a resaltar la naturaleza jurisdiccional del arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico. Como destaca Romero Seguel *“aunque en doctrina y legislación procesal extranjera, condicionada por su propia realidad jurídica, se discute sobre el carácter jurisdiccional del arbitraje, entre nosotros pacíficamente se ha sostenido desde hace tiempo el contenido jurisdiccional de la justicia arbitral”*<sup>415</sup>.

Sin embargo, el caso de los arbitrajes internacionales es sideralmente diferente, toda vez que estos se encuentran usualmente regulados por un Derecho distinto a los arbitrajes domésticos. Además, al enmarcarse en un contexto de diálogo entre múltiples tradiciones legales, la regulación de este tipo de arbitrajes tiende a ser unificada y a ser tratada como un fenómeno único, siendo las particularidades de cada ordenamiento irrelevantes en este escenario. De esta forma, la naturaleza del arbitraje internacional, y para efectos de esta investigación el arbitraje inversor-Estado, debe ser estudiada en sus particularidades, sin tomar en cuenta las normas del ordenamiento jurídico nacional chileno.

En este punto, a juicio de este tesista, deben recordarse las virtudes de la teoría mixta o híbrida descrita por Sausser-Hall, la cual no sólo es la imperante hoy en día en el mundo moderno, sino que también es la que mejor se adecúa para explicar la similitud del arbitraje con el procedimiento judicial ordinario, sin perder de vista sus particularidades.

En este marco, es cierto que ha existido un sector no menor de la doctrina que ha negado que pueda alegarse en un proceso judicial la pendencia de un arbitraje anterior, por entender que esta

415 ROMERO SEGUEL, Alejandro. Nociones generales sobre la justicia arbitral. Revista Chilena de Derecho, Vol. 26, 1999, p. 411. De hecho, a juicio de este autor, la consecuencia de esta determinación es que resulta procedente la excepción de litispendencia en un procedimiento arbitral. ROMERO SEGUEL, Alejandro. Nociones.... Ob. Cit., p. 412.

institución no tiene la misma naturaleza que la jurisdicción y que, por lo tanto, no produce litispendencia<sup>416</sup>. Sin embargo, parece innegable que la labor de un árbitro y la de un juez guardan claras similitudes en lo referido a la capacidad de resolución e imposición de la decisión de ambos personajes<sup>417</sup>. Respecto al procedimiento arbitral (para lo cual se puede tomar como referencia aquello analizado en el capítulo 1.5), la fisonomía de éste es claramente similar a la de un juicio ordinario, en lo referido a la existencia de una fase de discusión, la posibilidad de presentar prueba, de interrogar testigos y la dictaminación de una decisión final por un tercero imparcial que poseerá efectos de cosa juzgada<sup>418</sup>.

Asimismo, parece innegable que la búsqueda de satisfacción de una determinada pretensión jurídica por parte de un demandante en el contexto de un procedimiento arbitral internacional no es distinta al caso en que la acción es ejercida ante los tribunales nacionales. El proceso arbitral es un instrumento sustitutivo del proceso ordinario que tiene lugar ante los órganos del Estado, por lo que, al igual que en éste, en aquél se discuten varias pretensiones cuya eficacia frente a la duración del procedimiento ha de ser protegida por la litispendencia<sup>419</sup>. En ambos casos existe la aspiración de que la cuestión sea resuelta sin que el marco contextual cambie desde que se presenta la demanda, es decir, en ambos casos se espera que opere la ficción de inmutabilidad propia de la litispendencia. Si se optó por el procedimiento arbitral es por razones de neutralidad, experticia, celeridad, flexibilidad, confidencialidad u otras; ninguna de las cuales es circunstancia que desprovea de los efectos protectores de la litispendencia. De esta forma, por consideraciones prácticas, resulta conveniente admitir la existencia de los efectos propios de la litispendencia en un procedimiento arbitral internacional<sup>420</sup>.

En cuanto a la segunda de las razones expuestas por Málaga, es usualmente sostenido que la excepción de arbitraje constituye el principal efecto negativo del convenio arbitral<sup>421</sup>. Así, si existiendo un convenio arbitral válido, una de las partes acude a un juez nacional estatal, éste remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas. El centro de esta conceptualización se funda en que la litispendencia operaría entre dos tribunales competentes y, en este caso, la cláusula de arbitraje derogaría la competencia de los tribunales nacionales<sup>422</sup>, siendo improcedente la excepción de litispendencia para estos casos.

416 CORDERO, Clara. Ob. Cit., p. 161.

417 VÁZQUEZ, María Fernanda. Ob. Cit., p. 25.

418 Para un análisis detallado sobre la relación entre cosa juzgada y arbitraje internacional, SCHAFFSTEIN, Silja. The Doctrine of Res Judicata before International Arbitral Tribunals. PHD Thesis. Geneva: University of Geneva, 2012.

419 MÁLAGA, Francisco. Ob. Cit., p. 67.

420 Una tesis doctoral española comienza su tratamiento de la litispendencia arbitral con la misma pregunta cuya respuesta se ha dado en este caso: *“pese a que no puede hablarse de competencia arbitral idéntica a la judicial dentro de un orden jurisdiccional, pero sí de capacidad decisoria a todos los efectos idéntica a la que posee una autoridad judicial, aunque formalmente no se dan las condiciones de la litispendencia exigidas por la jurisprudencia, pero sí materialmente, ¿por qué no admitir, por razones prácticas, la excepción de litispendencia arbitral internacional?”*. GIL, Susana. La litispendencia arbitral internacional. La Rioja: Universidad de la Rioja, 1997, p. 21.

421 CORDERO, Clara. Ob. Cit., p. 152.

422 MORALES, María Cristina. Efectos del pacto arbitral frente al proceso jurisdiccional. En: SILVA, Eduardo; MANTI-LLA, Fabricio. El contrato de arbitraje. Bogotá: Universidad del Rosario, 2005, p. 698.



Sin embargo, debe recordarse que los tribunales arbitrales poseen la autoridad para pronunciarse sobre su propia competencia y, a su vez, los tribunales estatales tienen la autoridad para ejercer control sobre la validez de un acuerdo arbitral, por lo que es posible que ambos tribunales resulten competentes para oír y decidir la misma disputa<sup>423</sup>.

Ahora bien, es efectivo que el supuesto en que se desarrollen procedimientos paralelos entre un tribunal arbitral y un tribunal nacional no es recurrente, debido a que la existencia de un acuerdo de arbitraje, al menos en principio, conlleva a que los tribunales nacionales declinen de ejercer su competencia sobre una controversia. Sin embargo, a juicio del tesista, en este punto se están confundiendo dos cuestiones, y esto es que el hecho de que lo anterior sea un supuesto poco recurrente no implica que el juicio arbitral no deba ser protegido por vía de litispendencia. En este sentido, existen razones teóricas y prácticas para admitir la excepción de litispendencia por la existencia de un juicio arbitral.

En cuanto a lo primero, existe una serie de efectos asociados a la litispendencia *in genere* que deberían permear el proceso arbitral, siendo sólo uno de ellos la litispendencia *in specie*. La afirmación de existencia de la litispendencia arbitral conlleva necesariamente a entender que el procedimiento pueda ser protegido por vía de la excepción de litispendencia, aún cuando el supuesto de procesos paralelos sea improbable y a pesar de que la defensa usual de los demandados se ejerza por vía de la declinatoria. Por tanto, que la defensa usual de un demandado sea la excepción de incompetencia por la existencia de una cláusula arbitral no implica que la excepción de litispendencia no se encuentre también disponible. Sólo si se acepta que el proceso arbitral no produce litispendencia en sentido amplio (lo cual implica desproveerlo de todos los efectos de ella), podrá sostenerse la improcedencia de la excepción de litispendencia.

En cuanto a las razones prácticas, debe destacarse el supuesto en que, una vez comenzado el procedimiento ante un tribunal estatal en existencia de una cláusula de arbitraje en un contrato internacional, la parte demandada, en vez de excepcionar la declinatoria por existencia de un convenio arbitral, lo hiciera mediante una excepción de litispendencia arbitral. En este caso, la pregunta plausible que surge es “¿Por qué inadmitir una excepción de litispendencia arbitral si el demandado consideró este cauce más apropiado y, lo que es más importante, si con su defensa deja clara su voluntad de no renunciar al arbitraje?”<sup>424</sup>.

A lo referido anteriormente, cabe destacar que el marco contextual en que se opone la excepción de sumisión a arbitraje en un procedimiento ordinario no es enteramente aplicable a los casos de convenios arbitrales referidos a protección de inversiones. Cuando el convenio arbitral se encuentra en un TBI o una ley, la posibilidad del inversionista de recurrir ante tribunales arbitrales de inversión

423 JANEČKOVÁ, Pavlína. *Lis pendens before national and arbitration courts. International Journal of Multidisciplinary Thought*, 2017, p. 291.

424 GIL, Susana. Ob. Cit., p. 46.

es esencialmente una potestad, pudiendo éste elegir si reclamar la vulneración de sus derechos ante los tribunales del país receptor o ante el tribunal arbitral<sup>425</sup>. En ausencia de una cláusula *fork in the road* o una cláusula de renuncia explícita de la jurisdicción estatal, la reclamación mediante arbitraje no excluye la posibilidad de realizar reclamaciones vinculadas a la misma medida impugnada ante los tribunales nacionales relacionadas con la dimensión comercial de la disputa, por lo que, en esencia, la existencia de un convenio arbitral no implica una derogación de la competencia de los tribunales nacionales<sup>426</sup>. Por ende, no sería correcto que un tribunal nacional se declarara incompetente y remitiera a arbitraje por la sola existencia de una cláusula arbitral en un TBI, haciendo alusión al efecto negativo del convenio. Esta cláusula constituye sólo una potestad para el inversionista afectado, y no deroga por sí sola la competencia de los tribunales nacionales sobre disputas cercanamente relacionadas.

De esta forma, y en virtud de las consideraciones expuestas, pareciera ser correcta la admisión de la excepción de litispendencia arbitral en un procedimiento de inversiones, tanto desde una perspectiva teórica como práctica. Respecto a lo primero, el reconocimiento de existencia de los efectos de la litispendencia *in genere* en el marco de un procedimiento arbitral parece apropiado, toda vez que éste constituye un proceso con una dinámica similar a la de un proceso judicial (sin perjuicio de sus particularidades propias que lo hacen un mecanismo de resolución de controversias deseable). En cuanto a lo segundo, la presencia progresiva de procedimientos paralelos ante tribunales nacionales e internacionales, ordinarios y arbitrales, llevan a considerar esta herramienta procesal ante casos en que se corre el riesgo de afectar la eficacia de las pretensiones que son deducidas. De hecho, el fundamento para reconocer la litispendencia en materia arbitral internacional no es en realidad el efecto preventivo de la cosa juzgada, sino que es el de consagrar un medio para que el laudo que se dicte pueda ser efectivamente reconocido y ejecutado en una determinada jurisdicción a la luz de la Convención de Nueva York de 1958, sin verse impedida por la existencia de la decisión de un tribunal nacional<sup>427</sup>.

Ahora bien, y como podría haber sido vislumbrado, la admisión de la excepción de litispendencia en el arbitraje de inversiones plantea una serie de complejas preguntas que han de ser consideradas a la luz de lo que ha sido expuesto hasta ahora: ¿Cuál debe ser la finalidad de la excepción de litispendencia en el marco de un procedimiento de inversiones, y cómo se relaciona éste con las finalidades propias de esta modalidad de arbitraje? ¿Cuál es la ley que debe regularla? ¿Cuáles han

425 MORAGA, Marco. Aproximación a la validez de la cláusula arbitrales unilaterales en el ordenamiento jurídico chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2021, p. 36.

426 El fundamento de esta idea puede encontrarse en el hecho de que, en los casos de cláusulas arbitrales en materia de inversiones, la disposición somete reclamaciones de Derecho internacional a la competencia del tribunal arbitral. Por ende, no se incluye en ella (en principio) las reclamaciones civiles o comerciales que podrían estar asociadas a la disputa sobre inversiones. La conclusión de ello es que la competencia de los tribunales nacionales para oír de determinadas reclamaciones no se entiende derogada por la sola existencia de una disposición que provee el derecho al inversionista de reclamar ante arbitraje.

427 Respecto a esto, resulta interesante el análisis llevado a cabo por Faustino Cordón Moreno, analizando la posibilidad de reconocer la litispendencia arbitral internacional a la luz del Convenio de Ginebra de 1961 en España. CORDÓN, Faustino. La eficacia procesal de la cláusula arbitral internacional. *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 6, 1982, pp. 169 y ss.

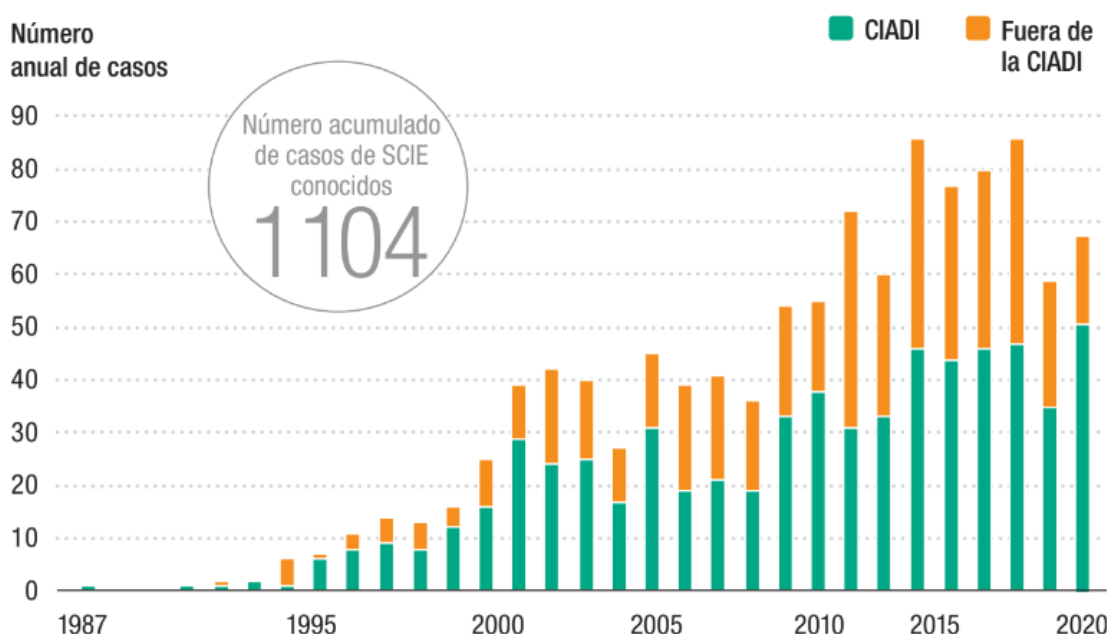
de ser sus requisitos? ¿Cuáles han de ser sus efectos? ¿Difiere la operatividad de la litispendencia dependiendo de la naturaleza del procedimiento que se desarrolle en paralelo al procedimiento de inversiones? ¿Cuál ha sido el comportamiento de los tribunales al tratar con esta institución? En el siguiente capítulo se intentará dar respuestas a estas problemáticas, de manera de dotar de contenido a esta institución procesal en el contexto indicado. Ciertamente esta tarea implica la comprensión del arbitraje de inversiones como una modalidad particular de arbitraje y de la litispendencia como un fenómeno procesal, ambos tópicos que han sido permanentemente sujetos a discusión en la doctrina internacionalista y procesalista respectivamente. Por ende, debe tenerse en consideración que el análisis que se propondrá en la siguiente sección parte de diferentes supuestos y preconcepciones, los cuales han sido expuestos hasta acá y han de ser tenidos en cuenta para la asimilación de las conclusiones arribadas al final de este trabajo.

## CAPÍTULO 3: LA LITISPENDENCIA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

### 3.1. Situación de los procedimientos paralelos

El arbitraje de inversiones es un mecanismo relativamente reciente que, como se vio, se desarrolla en un esquema jurisdiccional, procedimental y sustantivo particular. La naturaleza híbrida de los tribunales que deciden este tipo de disputas particulariza a los arbitrajes inversor-Estado y los vuelve una opción conveniente para un inversionista a la hora de decidir demandar a un Estado por una actuación que ha vulnerado sus derechos. De esta forma, y a pesar de que en la última década las críticas a este mecanismo de resolución de conflictos han ido en ascenso<sup>428</sup>, la resolución mediante el arbitraje de inversión desde 1987 hasta la actualidad ha ido al alza, al menos como tendencia general:

**Figura 7. Tendencias de los casos conocidos de SCIE basados en tratados, 1987-2020**



Fuente: UNCTAD. Informe sobre las Inversiones en el Mundo. Panorama General. Naciones Unidas, Ginebra, 2021.

Como se desprende de los datos presentados, es posible constatar la existencia de un aumento gradual en la cantidad de procedimientos entre inversionistas y Estados receptores. El desarrollo y crecimiento de este campo ha tenido directa relación con la proliferación de Tratados Bilaterales y

428 VAN HARTEN, Gus; VASTARDIS, Anil Yilmaz. Critiques of Investment Arbitration Reform: An Introduction. The Journal of World Investment & Trade, Vol. 24 (3), 2023, p. 363.



Multilaterales de Inversión<sup>429</sup>, siendo el arbitraje de tratado el más presente en el mundo contemporáneo en materia de inversiones.

En este proceso, y dada la fisonomía propia de estos procedimientos, gran parte de la doctrina ha indicado que la emergencia de múltiples y variados mecanismos de resolución de disputas económicas y tratados con acuerdos de arbitraje ha exacerbado el proceso de lo que es llamado la “fragmentación del derecho internacional”<sup>430</sup>. Este concepto hace referencia a la situación en que múltiples dimensiones de una misma controversia son ventiladas en distintas jurisdicciones<sup>431</sup>, lo cual conlleva el riesgo propio de decisiones contradictorias sobre un mismo asunto, siendo uno de los ejemplos más claros el de reclamaciones paralelas contractuales y de tratado<sup>432</sup>.

En este mismo sentido, hasta antes de la masificación de los arbitrajes de inversión basados en tratados, el gran porcentaje de los procedimientos inversor-Estado tenían origen contractual. Estos se asimilaban en gran parte a un arbitraje comercial internacional, en el cual la materia sujeta a la disputa encuentra su fundamento en el contrato, y el Derecho aplicable es el Derecho doméstico (aunque en ellos el Derecho internacional público igualmente juega un rol)<sup>433</sup>. Por ende, el problema de diseminación de procedimientos no era frecuente, pues precisamente era considerado que la cláusula de arbitraje de inversiones en el contrato determinaba la competencia del tribunal sobre el negocio jurídico específico. El problema de la fragmentación se comenzó a dar al momento de la masificación de ofertas de arbitraje en tratados de inversión, probablemente por la existencia de pautas estandarizadas en ellos que delimitan la competencia temporal, objetiva y subjetiva de los tribunales de inversiones.

En esta línea, el autor Campbell McLachlan, en su exhaustiva obra *Lis Pendens in International Litigation*, resalta que este mecanismo de arbitraje, particularmente cuando se encuentra vinculado a los tratados de inversión, es especialmente fértil para la producción de una mayor cantidad y un mayor grado de complejidad de procedimientos paralelos<sup>434</sup>. Como explicación de este fenómeno, el autor expone que el bilateralismo particular de los tratados que suelen contener las cláusulas de arbitraje, la no exclusividad de este recurso con respecto a la posibilidad de accionar por otras vías legales, la ausencia de la necesidad de agotar los remedios locales y la existencia de múltiples pretensiones por parte de inversionistas son características que han cooperado en este proceso de creciente paralelismo en materias de arbitrajes de inversión<sup>435</sup>. De esta forma, la situación de procedimientos paralelos se ha convertido en un problema cada vez más recurrente en las disputas sobre

429 VANDEVELDE, Kenneth J. The political economy of a bilateral investment treaty. *American Journal of International Law*, Vol. 92 (4), 1998, p. 621.

430 PUIG, Sergio. The role of procedure in the development of investment law: The case of Section B of Chapter 11 of NAFTA. En: BROWN, Chester; MILES, Kate. *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 339.

431 MEREMINSKAYA, Elina. Fraccionamiento jurisdiccional en el arbitraje y la posibilidad de su prevención por vía de cláusula específicas. *Revista Peruana de Arbitraje*, (10), 2010, p. 53.

432 En este sentido, MEREMINSKAYA, Elina. Fraccionamiento.... Ob. Cit., p. 66.

433 BJORKLUND, Andrea. The emerging civilization of investment arbitration. *Penn St. L. Rev.*, Vol. 113, 2008, p. 1270.

434 MCLACHLAN, Campbell. Ob. Cit., pp. 253-254.

435 MCLACHLAN, Campbell. Ob. Cit., pp. 253 y ss.

inversiones<sup>436</sup>.

A lo anterior cabe añadir que la usual inclusión de disposiciones como las cláusulas paraguas en Tratados de inversión<sup>437</sup> incrementa las probabilidades de existencia de procedimientos paralelos. Estas cláusulas tienen el efecto de poner los compromisos contractuales bajo el paraguas protector del tratado, convirtiendo así una vulneración contractual en una violación al tratado<sup>438</sup>. En este sentido, el principal propósito y efecto de estas cláusulas es convertir el incumplimiento de las obligaciones que un Estado ha válidamente contraído con el inversionista en incumplimientos al tratado pactado<sup>439</sup>. De esta forma, un tribunal arbitral de inversiones podrá conocer de las alegaciones referidas a la vulneración de un tratado por los incumplimientos contractuales del Estado respecto del inversionista, siempre que la relación contractual pueda, a su vez, ser calificada como una inversión a la luz del tratado aplicable<sup>440</sup>.

La razón para incluir estas provisiones dentro de los tratados es que no resulta enteramente claro si las actuaciones vulneradoras de un contrato son infracciones a obligaciones internacionales<sup>441</sup>. Por tanto, la inclusión de una cláusula paraguas en un tratado de inversiones permitiría transformar la observancia de un contrato en una obligación internacional<sup>442</sup>.

La complejidad de los procedimientos paralelos asociada a estas cláusulas se produce en razón de que la existencia de ellas no inhibe la posibilidad de someter las disputas comerciales al conocimiento de los tribunales domésticos, ya sea arbitrales o estatales. En efecto, la cláusula paraguas permite a un tribunal arbitral de inversiones decidir sobre el incumplimiento contractual, pero en orden a establecer la responsabilidad internacional del Estado<sup>443</sup>. En palabras de Elina Mereminskaya, “el ordenamiento jurídico nacional y el internacional confluyen en el marco de la cláusula paraguas y contribuyen, cada uno con sus elementos propios, a la determinación de los alcances

436 CUNIBERTI, Gilles. Ob. Cit., p. 1.

437 Al año 2008, James Crawford estimaba que cerca del 40% de los TBI poseían cláusulas paraguas. CRAWFORD, James. Treaty and contract in investment arbitration. *Arbitration International*, Vol. 24 (3), 2008, p. 368.

438 SCHREUER, Christoph. Travelling the BIT route: of waiting periods, umbrella clauses and forks in the road. *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5 (2), 2004, p. 250.

439 ALEXANDROV, Stanimir A. Breaches of Contract and Breaches of Treaty: The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*. *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5 (4), 2004., p. 556.

440 MEREMINSKAYA, Elina. La cláusula paraguas.... Ob. Cit., p. 16.

441 BRENGESJÖ, Emil. *Lis Alibi Pendens in International Arbitration. Reflections on the Swedish Position in the context of International Trends and Approaches*. Thesis in Procedural Law. Stockholm: Stockholm University, 2013, p. 44 citando a DOLZER, Rudolf; STEVENS, Margrete. *Bilateral Investment Treaties*. Brill Martinus Nijhoff, 1995.

442 Así, la causa de una pretensión sometida a estos tribunales fundada en la cláusula paraguas estaría, conceptualmente, en las disposiciones del tratado y el Derecho internacional, no en el contrato. Con cita a Campbell McLachlan, Emil Brengesjö destaca que la situación de una cláusula paraguas es distinta a una disposición que simplemente amplía la competencia de uno de estos tribunales por medio de la expresión “Cualquier obligación relacionada con una inversión” en un tratado de inversiones. En estos casos, la competencia del tribunal se encuentra ampliada, pero la causa de la acción de una pretensión contractual sometida al tribunal de inversiones está en el contrato. BRENGESJÖ, Emil. Ob. Cit., p. 44; MCLACHLAN, Campbell. Ob. Cit., p. 270. La razón de la distinción con las cláusulas paraguas es que la disposición que amplía la competencia implica la búsqueda de la responsabilidad contractual y no la internacional.

443 Nótese que esta diferenciación no se encuentra en el caso de arbitrajes de inversión iniciados en virtud de un contrato. En estos casos, el instrumento sustantivo que contiene la obligación vulnerada es el mismo que contiene el acuerdo arbitral, por lo que no debe realizarse una distinción entre obligaciones contractuales e internacionales. Cualquier pretensión que sea sometida al conocimiento del tribunal tendrá origen y causa en el contrato.

de esta. Su aplicación requiere recurrir al derecho nacional para determinar la existencia de un compromiso y su posible infracción. **Al mismo tiempo, al tratarse de una obligación internacional, las reglas de esta última disciplina son responsables para determinar si dichos compromisos son atribuibles al Estado**<sup>444</sup> [énfasis agregado]. De ello se deriva la creciente posibilidad de que se generen procedimientos paralelos entre las pretensiones internacionales y las puramente comerciales derivadas del incumplimiento contractual.

Dicho todo lo anterior, en este punto es posible trazar un paralelo entre este contexto y el fenómeno de masiva judicialización en Chile. Como podría anticiparse, el crecimiento progresivo en la cantidad de arbitrajes inversor-Estado genera problemas muy similares a los que podría enfrentar la litigación chilena en lo referido a juicios simultáneos. En efecto, la proliferación de procedimientos, sumada a las características resaltadas anteriormente, genera la creciente posibilidad de juicios idénticos o vinculados cercanamente, generando una serie de problemáticas vinculadas a decisiones contradictorias e inconsistentes<sup>445</sup>. Además de ello, este tipo de situaciones produce riesgos asociados al aumento de costos temporales y monetarios, falta de seguridad jurídica, la probabilidad de doble indemnización por una misma serie de hechos y el aumento de ventajas indebidas en orden a buscar la satisfacción de derechos ante distintos tribunales<sup>446</sup>, surgiendo así la necesidad imperiosa de dar soluciones adecuadas a estas situaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, el desafío de lidiar con el fenómeno de procedimientos paralelos en el arbitraje internacional ha sido destacado doctrinalmente como uno de los tópicos más complejos en el campo<sup>447</sup>. Ante la complejidad de las situaciones que pueden llegar a desarrollarse en un contexto como el descrito, dar una respuesta totalmente idónea para resolver cada uno de los supuestos que puedan darse es equivalente a desenredar un verdadero nudo gordiano<sup>448</sup>. Una posible explicación de esta complejidad es que, a diferencia de lo que sucede en el contexto doméstico, cuando múltiples tratados conllevan al establecimiento de múltiples arbitrajes no hay una autoridad coercitiva sobre ellos que pueda compeler a los tribunales arbitrales a tomar noticia de los procedimientos entre sí<sup>449</sup>. Esta ausencia de una institución centralizadora y jerárquica que coordine el funcionamiento de los tribunales en materia de arbitraje de inversiones parece dejar un amplio rango de posibilidades para lidiar con el problema.

Ante la situación expuesta, surge la pregunta sobre si las soluciones encontradas en Chile para el referido contexto pueden igualmente ser consideradas para procedimientos de protección de inversiones. Es decir, si es posible hacer uso de herramientas procesales similares a las del Derecho Procesal nacional para lidiar con procedimientos paralelos en un juicio de inversiones: en el fondo,

444 MEREMINSKAYA, Elina. La cláusula paraguas.... Ob. Cit., p. 28.

445 BUNG, Saloni. Problem with Parallel Proceedings and Need for Embodying the Principles of Lis Pendens and Res Judicata in International Investment Arbitration. *Issue 1 Int'l JL Mgmt. & Human.*, Vol. 5, 2022, p. 2299.

446 BUNG, Saloni. Ob. Cit., p. 2300.

447 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. How to Handle Parallel Proceedings: A Practical Approach to Issues such as Competence-Competence and Anti-Suit Injunctions. *Disp. Resol. Int'l*, Vol. 2, 2008., p. 1.

448 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 383.

449 HANSEN, Robin. Ob. Cit., p. 541.

si es posible utilizar la excepción de litispendencia para solucionar el problema, ya que ésta parece constituir la herramienta procesal idónea para una parte que es demandada ante un panel de inversiones y que mantiene con su demandante un procedimiento en paralelo ante otro tribunal. Como fue explicado en el capítulo anterior, la funcionalidad y esencia propia de la litispendencia *in specie* la convierte en el remedio adecuado para proteger la ficción de inmutabilidad del juicio. Por tanto, en el caso de un procedimiento arbitral llevado adelante entre el inversionista y el Estado, la pregunta obvia es la siguiente: ¿Es posible proteger a las partes de la afectación de sus derechos por las actuaciones procesales de un proceso en paralelo mediante la excepción de litispendencia? De ser afirmativa la respuesta, una posible solución se asoma ante las problemáticas descritas.

Ahora bien, aunque constituya una herramienta de utilidad, la ocupación de la excepción de litispendencia ha estado ligada, al menos desde su consideración tradicional en Chile, a la necesidad de acreditar la existencia de triple identidad. Por ende, la ocupación de esta herramienta procesal está constreñida a que las partes, el objeto procesal y la causa de pedir sean idénticos. Así, existen dos preguntas esenciales sobre el uso de esta herramienta en un procedimiento de inversiones que deben ser respondidas antes evaluar su utilidad: Primero, ¿Se encuentra la excepción de litispendencia, como herramienta procesal, a disposición de las partes en un procedimiento inversor-Estado? Y, segundo, en caso de ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, ¿Cuáles han sido entendidos como los requisitos necesarios para hacer procedente esta excepción?

Sin embargo, antes de proceder con el referido análisis, es necesario observar primeramente cuáles han sido los mecanismos tradicionalmente utilizados en el mundo del arbitraje inversor-Estado para prevenir la situación de procedimientos paralelos y cómo impactan éstos en la situación de litispendencia en general.

### 3.2. Herramientas utilizadas para prevenir los procedimientos paralelos.

Como uno de los puntos de crítica recurrentes en materia de arbitrajes de inversión ha sido la multiplicación artificial de procedimientos<sup>450</sup>, ciertas soluciones han sido adoptadas para abordar este problema. Esto se ha dado mediante provisiones estándar en tratados que buscan regular la relación entre los arbitrajes de inversión y los tribunales nacionales<sup>451-452</sup> (que es el supuesto más común de procedimientos paralelos), pues este tipo de situaciones suele exponer a una serie de problemáticas relacionadas con la coordinación e procedimientos en general<sup>453</sup>. Algunos de estos mecanismos son las cláusulas *fork in the road* (*fork in the road clauses*) y las cláusulas de renuncia a la jurisdicción (*waiver of jurisdiction*)<sup>454</sup>:

450 NOVÝ, Zdeněk. Ob. Cit., p. 537.

451 BRENGESJÖ, Emil. Ob. Cit., p. 42.

452 A conocimiento del autor de esta tesis, no existen situaciones en que las provisiones que se indican en este trabajo sean utilizadas para el caso en que los arbitrajes de inversión tienen origen contractual o legal.

453 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 537.

454 BRENGESJÖ, Emil. Ob. Cit., p. 42. El autor citado destaca que estos mecanismos hacen borrosa la distinción entre



• *Cláusulas fork in the road*: Las cláusulas *fork in the road* o de bifurcación de vías son potestades que otorga el Estado receptor a inversionistas extranjeros para que, en caso de surgir una controversia bajo el alcance de un tratado, estos puedan elegir de manera irrevocable un foro para la solución de la disputa<sup>455</sup>. Bajo estas provisiones, la parte que inicia los procedimientos tiene que realizar la elección entre ejercer su pretensión en los tribunales nacionales o en arbitraje internacional, y una vez escogido uno de ellos, pierde el derecho a reclamar en el otro<sup>456</sup>.

La pérdida del derecho a recurrir al arbitraje internacional ocurre sólo cuando la misma disputa es sometida a los tribunales domésticos del Estado, por lo que, al decidir si dar aplicación a la *fork in the road*, el tribunal arbitral debe determinar si la disputa en paralelo es efectivamente idéntica<sup>457</sup>. Ello produce complejidades, pues no toda pretensión ejercida ante un tribunal nacional constituye elección bajo la cláusula *fork in the road*<sup>458</sup>. Así, han existido una serie de elementos que han sido evaluados por los tribunales arbitrales de inversión para responder a la pregunta sobre si debe darse aplicación a la cláusula de bifurcación de vías, siendo resaltado, como el más relevante, el observar la naturaleza jurídica de las reclamaciones ejercidas<sup>459</sup>.

Un ejemplo prístino de lo anterior es el caso común de reclamaciones de contenido contractual sometidas al conocimiento de un tribunal civil<sup>460</sup>. En un caso como éste existe un concurso de acciones (en los términos expuestos en el capítulo 2.3) entre la acción civil contractual y aquella derivada del TBI, de forma tal que la acción de indemnización de perjuicios por el incumplimiento del Estado puede ser ejercida en ambas sedes, invocando distintas normas. En este contexto, lo que se ha determinado es que, si la reclamación ejercida ante los tribunales nacionales es puramente contractual, ello no dará lugar a la aplicación de la *fork in the road*; en cambio, si el inversionista somete la vulneración de las disposiciones del tratado al tribunal nacional, en ese caso aplicará la bifurcación de vías, limitando la competencia del foro arbitral<sup>461-462</sup>.

En este sentido, Cristoph Schreuer, comentando el caso *Genin v. Estonia*, sostiene que para determinar si se ha ejercido la elección bajo la cláusula de *fork in the road* es necesario identificar no sólo que las demandas son idénticas, sino también que la causa de las acciones en ambos casos es idéntica. Solo si la causa de la acción previamente ejercida en el tribunal nacional o administrativo es idéntica a la ejercida ante el tribunal arbitral, podrá concluirse la aplicación de la bifurcación de

---

la estricta separación del Derecho internacional y el Derecho nacional. A juicio del tesista, estos mecanismos simplemente ponen de manifiesto la necesidad de coordinación entre el ordenamiento jurídico nacional e internacional, pues, si bien estos constituyen dos ordenamientos conceptualmente distintos, poseen puntos de contacto que deben ser correctamente armonizados para el sostenimiento y legitimidad de las instituciones internacionales.

455 ROSERO, Nicolás. Ob. Cit., pp. 60-61.

456 MUÑOZ, Arturo. Ob. Cit., p. 138.

457 SCHREUER, Cristoph. Travelling.... Ob. Cit., pp. 240-241.

458 Ibid., p. 241.

459 MCLACHLAN, Campbell. Ob. Cit., p. 262.

460 ROSERO, Nicolás. Ob. Cit., p. 65.

461 BRENGESJÖ, Emil. Ob. Cit., p. 42.

462 Debe recordarse en este punto aquello analizado respecto del concurso de acciones en el capítulo 2.3. Al ser esta una situación de concurso de acciones, ella no caerá dentro del ámbito de aplicación de la excepción de litispendencia propia, ya sea porque se considere que el objeto procesal en cada acción sería distinto (doctrina expuesta por Berzosa), o porque se considere que la causa es diferente (bajo la teoría de la individualización).

vías<sup>463</sup>. Ello lleva a la pregunta analizada en el segundo capítulo de este trabajo, referida a los distintos entendimientos de la causa de pedir y la comprensión de ésta. El autor citado considera que, en último término, lo relevante a observar para dar aplicación a la cláusula *fork in the road* es: *i)* que el procedimiento doméstico haya sido iniciado con anterioridad al arbitraje internacional<sup>464</sup>, *ii)* que la disputa sea idéntica<sup>465</sup> y *iii)* que las partes sean idénticas. Como se podrá observar, éstos parecieran ser los mismos requisitos requeridos clásicamente para la operación de la litispendencia en el proceso civil chileno: el juicio pendiente y la triple identidad.

·Renuncia a la jurisdicción: En el arbitraje de inversiones, la renuncia a la jurisdicción doméstica es, a veces, un prerequisite para someter la disputa al tribunal internacional<sup>466</sup>, requiriéndose así que una parte renuncie a todas sus otras reclamaciones ante otros tribunales antes de someter la disputa al arbitraje<sup>467</sup>. Así, los efectos de esta cláusula son dos: primero, será posible para el tribunal internacional evaluar la totalidad de las dimensiones de la actuación estatal (incluyendo las cuestiones que son de competencia de las cortes domésticas); y segundo, se subsanará el eventual problema de procedimientos paralelos entre el tribunal de inversiones y las cortes domésticas<sup>468</sup>.

En esta línea, lo que se ha establecido usualmente es que las cláusulas de renuncia de la jurisdicción implican desistir de todo procedimiento que involucre “la misma medida” del Estado impugnada en el arbitraje de inversiones<sup>469</sup>, cuando ellos involucren una indemnización de los perjuicios sufridos por aquella medida<sup>470</sup>. Aquí se distingue entre “medida” y “reclamación”. Cuando una medida estatal dé lugar a distintas reclamaciones por parte del inversionista, el test para dar aplicación a la cláusula de renuncia de jurisdicción no será la naturaleza jurídica de la causa de las acciones, sino que lo será la medida estatal impugnada que da lugar al arbitraje de inversiones<sup>471</sup>. En otros términos, cuando las reclamaciones refieran a la misma medida estatal y persigan la indemnización de perjuicios, entonces se entenderán renunciadas por la cláusula de renuncia de jurisdicción.

A su vez, y a diferencia de las cláusulas *fork in the road*, en estos casos el inversionista no pierde el derecho de recurrir al arbitraje internacional si primero somete la disputa a los tribunales locales, pero una vez que concurre al arbitraje, debe abandonar el procedimiento en curso y no iniciar uno nuevo<sup>472</sup>. Así, se ha considerado que estas cláusulas, en realidad, incentivan el recurso a los remedios

463 SCHREUER, Cristoph. Travelling.... Ob. Cit., p. 245.

464 Schreuer considera que, típicamente, la fecha decisiva será cuando el arbitraje es “instituido”. Si para esa fecha, el inversionista ya ha sometido la disputa a los tribunales administrativos o civiles, entonces la bifurcación de vías aplicará. En opinión del testista, esto conlleva un análisis similar al que corresponde sobre el requisito de “juicio pendiente” tratado en el capítulo 2 para la procedencia de la litispendencia.

465 Bajo la teoría de Schreuer, esto pareciera hacer referencia al elemento objetivo de la acción: objeto y causa. El autor citado conceptualiza este requisito como que ambas disputas deben referirse a la vulneración de un tratado. Además, se expone latamente en la necesidad de identidad de causa en las reclamaciones. Estas apreciaciones llevan a considerar que el autor, en los hechos, está haciendo referencia al objeto y la causa.

466 BRENGESJÖ, Emil. Ob. Cit., p. 43 citando a BAPTISTA, Luis. Parallel Arbitrations – Waivers and Estoppel. En: *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

467 Loc. Cit.

468 Loc. Cit.

469 JUDKIEWICZ, Malgorata. Waiver of Right to Other Proceedings as a Condition to State's Consent in Investor-State Arbitration. Master's Thesis. Geneva: University of Geneva, 2015, p. 18.

470 Ibid., p. 17. Es decir, la renuncia a la jurisdicción no es absoluta, en tanto no alcanza los procedimientos que no tengan por objeto la indemnización por los daños sufridos a partir de la medida estatal impugnada.

471 JUDKIEWICZ, Malgorata. Ob. Cit., p. 19.

472 Ibid., p. 6.

locales más que estrictamente evitar la multiplicidad de procedimientos<sup>473</sup>.

Las provisiones descritas pretenden hacer frente a la existencia de procedimientos paralelos y evitar la doble satisfacción de un inversionista, además de limitar el abuso del derecho por parte de inversionistas inescrupulosos que inician más de un procedimiento vinculado a la misma relación jurídica. Sin embargo, a juicio de algunos, este tipo de cláusulas parecen hacer difusa la distinción entre el Derecho internacional y el nacional<sup>474</sup>. Ello, en tanto estas provisiones parecerían entremezclar las reclamaciones propias del Derecho doméstico con aquellas relacionadas con la responsabilidad internacional de un Estado, entrelazando la competencia de los tribunales nacionales e internacionales. A juicio de este tesista, si bien aquél podría considerarse como un efecto de este tipo de cláusulas en tratados de inversión, estos mecanismos en realidad encarnan una de las tensiones más patentes en el marco del arbitraje internacional de inversiones.

Un lugar común en el estudio del Derecho Internacional es la afirmación de una estricta separación conceptual entre el ordenamiento jurídico internacional y nacional<sup>475</sup>. Es decir, que existiría un dualismo inherente entre ambos ordenamientos jurídicos, que otorgaría a cada uno con sus respectivas esferas de competencia<sup>476</sup>, siendo imposible la superposición de ellas. Sin embargo, es tan manifiesta la realidad de diseminación de procedimientos que se pueden dar entre tribunales estatales que aplican el Derecho nacional y los tribunales arbitrales de inversiones y los riesgos que esto conlleva, que ha sido necesario tomar medidas en orden a evitar la fragmentación de la disputa. En otros términos, ha sido necesario desatender el dualismo teórico entre el Derecho nacional e internacional para abocarse a regular la realidad de que una oferta de tratado provee un amplio espacio para que un inversionista inicie, estratégicamente, múltiples procedimientos en contra de un Estado sobre la base de unos mismos hechos<sup>477</sup>.

Ciertamente, esta diseminación de procedimientos no resultaría problemática si no existiera la posibilidad de afectaciones procesales recíprocas entre los juicios seguidos. A pesar de poseer naturalezas distintas, un procedimiento doméstico puede afectar los derechos de las partes que siguen en paralelo un procedimiento de inversiones, y viceversa. Por ejemplo, el proceso seguido ante una Corte doméstica puede vulnerar los derechos de un Estado receptor al condenarlo por segunda vez a la indemnización de perjuicios al inversionista, sumado a la indemnización millonaria por responsabilidad internacional. También, la determinación de ausencia de propiedad de un inversionista por parte de un tribunal doméstico puede afectar el razonamiento jurídico de un tribunal de inversiones que se encuentra juzgando una disputa sobre la expropiación del mismo. O, volviendo al

473 Loc. Cit.

474 BRENGESJÖ, Emil. Ob. Cit., p. 48.

475 NOVÝ, Zdeněk. Ob. Cit., p. 541; MCLACHLAN, Campbell, Ob. Cit., p. 362; SHANY, Yuval. Ob. Cit., p. 244; DE LY, Filip; SHEPPARD, Audley. ILA Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration. Arbitration International, Vol. 25 (1), 2009, p. 17.

476 BALDWIN, Simeon. *The Relation of International Law to the Law of England and of the United States of America*. By Cyril M. Picciotto, with an Introduction by L. Oppenheim LL. D., New York: McBride, Nast & Co. 1915. pp. 128. *American Journal of International Law*, Vol. 10 (1), 1916, p. 180.

477 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 396.

ejemplo tradicional, puede existir una contradicción entre tribunales internacionales y nacionales al momento de acreditar el incumplimiento de un contrato, aun cuando la responsabilidad perseguida en ambos juicios sea distinta.

En el contexto dado, y en el supuesto de ausencia de las disposiciones descritas anteriormente (o inaplicación de estas), el mecanismo de la excepción de litispendencia pareciera ser la última herramienta a las cuales las partes podrían recurrir para hacer frente a abusos y afectaciones a la eficacia de las pretensiones ejercidas<sup>478</sup>. En esta línea, lo que cabe responder primeramente es si ésta constituye una herramienta presente en este tipo de procedimientos.

### 3.3. Regulación de la litispendencia en el arbitraje de inversiones

La pregunta sobre la regulación de la litispendencia en el arbitraje de inversiones debe necesariamente ser vinculada a su conceptualización y a la identificación de sus elementos y principios fundamentales. Como se vio, en el arbitraje de inversiones existen distintos Derechos aplicables para distintas aristas de un proceso, por lo que la pregunta que cabe realizarse es ¿en cuál de estas aristas se encuentra la excepción de litispendencia? Al responderse esto, podrá darse con las normas jurídicas que deben aplicarse a la estimación de la procedencia de la litispendencia.

Un primer acercamiento podría indicar que la excepción de litispendencia está vinculada con la prosecución del procedimiento. Sin embargo, recordando lo expuesto en el segundo capítulo, existe una corriente doctrinal en Chile que estima a la litispendencia como un especial supuesto de incompetencia, vinculado a la regla de la prevención establecida en el art. 112 del COT. Llevado al lenguaje jurídico internacional, la regla de la prevención puede ser asimilada a aquello que ha sido conocido como la “*first in time rule*”, usualmente asimilada al concepto de litispendencia<sup>479</sup>. En términos sencillos, esta regla determina que si dos tribunales se encuentran conociendo de la misma disputa y ella aún se encuentra pendiente ante ambos, el segundo debe declinar su competencia ante el primero y dejar que éste resuelva el conflicto<sup>480</sup>.

En línea con lo anterior, ha sido sostenido por algunos autores que el problema de procedimientos paralelos en el arbitraje de inversiones concierne más bien a la jurisdicción que a la litispendencia propiamente tal<sup>481</sup>. Desde este enfoque, la regulación de una eventual excepción de litispenden-

478 Las *anti-suit injunctions*, propias del *common law*, no resultan adecuadas para tratar el problema de procedimientos paralelos cuando se trata de arbitrajes de inversión fundados en tratados, dado el fuerte componente de Derecho Internacional Público que poseen, que los aleja del Derecho doméstico. HANSEN, Robin. Ob. Cit., p. 532. Una pregunta plausible que surge en este contexto es si este mecanismo podría resultar útil tratándose de arbitrajes de inversión con origen en un contrato.

479 ZARRA, Giovanni. Ob. Cit., p. 117.

480 Loc. cit.

481 HEUMAN, Lars. Ob. Cit., p. 703.



cia debiera estar en el Derecho aplicable a la competencia del tribunal arbitral. El punto relevante aquí es cuál de las cuatro aristas que configuran la competencia de los arbitrajes de inversión en tratados es aquella en la que debiera buscarse la regulación de la litispendencia. Ninguna de las cuatro dimensiones parece adecuarse a la concepción de la regla general de la prevención, por lo que ninguna pareciera ser completamente satisfactoria en términos conceptuales para regular la excepción de litispendencia<sup>482</sup>.

Sin embargo, la doctrina procesal mayoritaria se inclina por la idea de la excepción de litispendencia como una herramienta que favorece la economía procesal y que provee un efecto similar al efecto negativo de la cosa juzgada. Esto parece conllevar a observar la regulación de los procedimientos en materia de arbitraje de inversiones. Como fue indicado, los procedimientos en esta materia se regulan, en primer lugar, por el reglamento que hayan adoptado las partes, ya sea por la designación de la institución arbitral correspondiente o por la asunción de un reglamento para regular el procedimiento ad-hoc. Como ha sido señalado anteriormente en este trabajo, los reglamentos arbitrales constitutivos se encuentran detallados razonablemente como para proveer de respuestas efectivas y veloces ante la eventualidad de distintas situaciones, pero no proveen una regulación efectiva para cada situación que pueda presentarse.

En este sentido, ninguno de los reglamentos en materia de arbitrajes de inversiones provee de reglas referidas a la litispendencia o alguna cuestión similar. De hecho, existen escasas normas jurídicas internacionales que contemplen de manera explícita la regla de la litispendencia en los instrumentos constitutivos de las cortes y tribunales internacionales<sup>483</sup>. En cambio, lo que generalmente existe es la aceptación relativamente generalizada de que los tribunales arbitrales (en general) poseen poderes inherentes y la discrecionalidad sustancial para establecer reglas de procedimiento en ausencia de acuerdo de las partes<sup>484</sup>.

Esto último lleva a considerar el Derecho supletorio al reglamento arbitral, esto es, el Derecho Procesal Internacional. Ya se trate de una cláusula de arbitraje con origen en un tratado, en una disposición legal o en el contenido de un contrato, el Derecho Procesal Internacional tendrá un papel relevante a la hora de configurar el procedimiento en ausencia de regla explícita<sup>485</sup>. En este contex-

482 Sin perjuicio de lo anterior, podría estimarse la idoneidad de la regulación *ratione temporis* para evaluar la excepción de litispendencia. Si bien, conceptualmente, ambas son cuestiones crecientemente diferentes, podría estimarse que en ambos casos se atiende a un criterio de temporalidad, lo cual asimila la excepción de litispendencia a la competencia temporal de los tribunales de inversión. Y debe notarse que, de seguirse esta comprensión teórica, la consecuencia práctica es similar a la comprensión de la litispendencia como herramienta de procedimiento: el Derecho regulador será, esencialmente, el Derecho internacional.

483 BELLEI, Carlos. Cuestiones jurisdiccionales asociadas a la proliferación de tribunales y cortes internacionales. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2008., p. 48.

484 BORN, Gary. The principle of judicial non-interference in international arbitral proceedings. *U. Pa. J. Int'l L.*, Vol. 30, 2008, p. 1012. En lo relativo a arbitrajes de inversión, algunas reglas que proveen estos poderes explícitamente son: el art. 23 del Reglamento de Arbitraje de la SCC, el art. 22 del Reglamento ICC, art. 17 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI y el art. 44 de la Convención CIADI.

485 Cabe destacar que el recurso al Derecho internacional en el arbitraje de tratado es obligatorio, dado que este ordenamiento jurídico constituye la fuente de las normas que dan origen a estos procedimientos. Si bien ello no es así en el arbitraje con origen contractual o legal (por lo que la vinculación con el Derecho internacional es menor), cabe destacar

to, una de las primeras normas que debiera observarse es el art. 38 (1) del Estatuto de la CIJ, que contiene las fuentes del Derecho Internacional:

*La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:*

*a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;*

*b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;*

*c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;*

*d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.*

En relación a la litispendencia, lo que usualmente es considerado es que ella puede ser encontrada dentro de los principios generales del derecho, que son compartidos por los diversos ordenamientos legales<sup>486</sup>. En este punto, existe un largo debate doctrinal y jurisprudencial sobre si la litispendencia es efectivamente un principio general del derecho, y si los tribunales internacionales se encuentran vinculados por la regla de la litispendencia por ser ella parte del Derecho Procesal Internacional. Las opiniones varían desde la negación conceptual de la regla de la litispendencia en el Derecho Procesal Internacional hasta la aceptación de ella por motivos prácticos.

En el primer sentido, el autor Giovani Zarra, en su obra *“Parallel proceedings in investment arbitration”*, expone al menos dos razones por las cuales la litispendencia no puede ser considerada como una regla aplicable en procedimientos internacionales. Bajo su visión, primero, ningún tribunal internacional ha aplicado la regla de la litispendencia; y, segundo, existe una serie de sistemas legales (como todos los pertenecientes al *common law*) que no aplican la litispendencia, razones por las cuales no podría estimarse a la excepción de litispendencia como un principio general de Derecho<sup>487</sup>. A su vez, el profesor Kaj Hober niega la existencia de un principio de litispendencia en el Derecho Procesal Internacional, bajo el argumento de que la presencia de esta regla resulta incierta y que, bajo el estado de la jurisprudencia reciente (al año 2004), la litispendencia no ha llegado

---

que el Derecho internacional y el Derecho público siguen estando presentes en este tipo de conflictos por la naturaleza misma de la disputa entre un inversionista extranjero y un Estado receptor. Por ende, resulta crecientemente conveniente hacer referencia al Derecho Internacional para conducir los procedimientos arbitrales en estos casos.

486 NOVÝ, Zdeněk. Ob. Cit., p. 540. En el mismo sentido, HANSEN, Robin. Ob. Cit., p. 538.

487 ZARRA, Giovani. Ob. Cit., p. 118.

a convertirse aún en un principio de Derecho internacional<sup>488</sup>. En una opinión similar se muestra Gilles Cuniberti, quien afirma: “¿Cuál es la legitimidad de la *lis alibi pendens* para regular los procedimientos paralelos en un contexto internacional como los litigios sobre inversiones extranjeras? Se afirma que muy poca. En primer lugar, otras tradiciones jurídicas tratan los procedimientos paralelos con otras herramientas. Una solución verdaderamente internacional debería aprender de todas las tradiciones jurídicas y, al menos, compararlas antes de elegir una de ellas. En segundo lugar, la *lis alibi pendens* ofrece una imagen incompleta de la tradición del civil law. Sus efectos mecánicos, que son rígidamente seguidos por la litigación de inversiones, siempre han sido mitigados por la herramienta adicional y dispositiva de acciones conexas”<sup>489</sup>.

En la postura de la negación conceptual de la litispendencia en el Derecho Internacional, entonces, los argumentos expuestos por los autores van principalmente en dos líneas. Primero, se afirma que ella no ha sido aplicada por un tribunal internacional; y segundo, se alude a la ausencia de esta institución en la tradición anglosajona.

Ahora bien, estas posturas han sido controvertidas. Desde otra vereda, autores como August Reisch han argumentado que “difícilmente puede ser controvertido que la litispendencia sea una regla de derecho internacional aplicable en procedimientos internacionales. El uso global y la similitud del concepto de litispendencia en las reglas procesales de los Estados de todas las tradiciones legales, y su inclusión en múltiples tratados bilaterales y multilaterales, son evidencia de que la litispendencia puede ser considerada como un principio general de derecho en el sentido del art. 38 del estatuto de la CIJ”<sup>490</sup>.

Más aún, para el autor citado, la razón de la existencia de la regla de litispendencia en el Derecho Procesal Internacional se sigue de la aplicabilidad de la cosa juzgada<sup>491</sup>. En otro trabajo, junto a José Magnaye, los autores sostienen que la litispendencia es el corolario del principio de la cosa juzgada que opera en procedimientos paralelos y que, en las decisiones de tribunales arbitrales de inversio-

488 NOVÝ, Zdeněk. Ob. Cit., p. 540 citando a HOBÉR, Kaj. Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration. Brill Martinus Nijhoff, p. 331.

489 CUNIBERTI, Gilles. Ob. Cit., p. 26. Traducción libre de “What is the legitimacy of *lis alibi pendens* to regulate parallel proceedings in a truly international context such as foreign investment litigation? It is submitted very little. First, other legal traditions deal with parallel litigation with other judicial tools. A truly international solution ought to learn from all legal traditions, and at least compare them before retaining one of them. Second, the doctrine of *lis alibi pendens* offers an incomplete picture of the civil law tradition. Its mechanical effects, which are felt sharply in investment litigation, have always been mitigated by an additional and alternative device, the law of related actions”. Resulta preciso destacar que la comprensión que el autor atribuye a los tribunales de inversión en lo referido a seguir rígidamente la triple identidad es precisamente la misma dinámica que han tenidos los tribunales y la doctrina chilena históricamente en el contexto doméstico. Por tanto, la afirmación de que los efectos mecánicos de la litispendencia “siempre han sido mitigados por la herramienta adicional y dispositiva de acciones conexas” podría resultar crecientemente controvertida.

490 REINISCH, August. The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural tools to avoid conflicting dispute settlement outcomes. *The Law and Practice of International Court and Tribunals*, Vol. 3, 2004, p. 48. Traducción libre de “it can hardly be disputed that *lis pendens* is also a rule of international law applicable in international proceedings. The widespread use and similarity of the concept of *lis pendens* in the national procedural laws of States of all legal traditions as well as its inclusion in a number of bi- and multilateral agreements is evidence that *lis pendens* can be regarded as a general principle of law in the sense of Article 38 of the ICJ Statute”.

491 Ibid., p. 50.

nes, en que se ha alegado la litispendencia, ésta ha sido sostenida como un principio general de Derecho<sup>492</sup>.

Siguiendo una línea aparentemente similar, Campbell McLachlan, en su obra citada anteriormente afirma *“la pregunta sobre si la doctrina de la litispendencia es un principio general del derecho común a todas las naciones civilizadas aún no ha sido respondida con autoridad por un tribunal internacional. Sin embargo, la evidencia presentada en esta investigación sugiere fuertemente la existencia de ese principio”*<sup>493</sup>. Esta misma línea argumentativa parece seguir Yuval Shany, cuando afirma que *“pareciera ser que la jurisprudencia sobre la cuestión de la litispendencia es demasiado escasa y no definitiva para establecer la existencia de tales normas o principios generales en el derecho internacional, en las relaciones entre tribunales y cortes internacionales. Sin embargo, podría sostenerse plausiblemente que la litispendencia puede calificar como un principio general del derecho reconocido por la mayoría de los sistemas legales, al menos en lo referido a conflictos jurisdiccionales intra-sistémicos”*<sup>494</sup>. Con un poco más de certeza, Robin Hansen estima que *“los árbitros no debieran tener dificultad en referir y aplicar los conceptos de litispendencia, cosa juzgada o deferencia, como principios generales del derecho”*<sup>495</sup>.

Finalmente, Francisco Orrego Vicuña adopta una visión ligeramente distinta. Sin entrar en la discusión respecto de si la litispendencia resulta efectivamente un principio compartido por las naciones, el autor considera la utilidad práctica de reconocer a esta herramienta como disponible ante la proliferación de procedimientos paralelos en el marco del Derecho internacional. En el mismo sentido, el autor sostiene que *“en la medida que la comunidad internacional comparte el objetivo de evitar la anormalidad de los procedimientos paralelos y la injusticia muchas veces resultante de esta práctica, la disponibilidad de tal principio puede constatare”*<sup>496</sup>.

Como es posible apreciar, existe un claro desacuerdo doctrinal en lo que refiere a la presencia de la litispendencia en el Derecho Procesal Internacional<sup>497</sup>. Esta controversia se ha reproducido a nivel jurisprudencial, en el cual en diversas ocasiones los tribunales internacionales han enfrentado la pregunta sobre si aplicar la regla de la litispendencia. En este marco, el primer precedente rele-

492 MAGNAYE, Jose; REINISCH, August. Revisiting Res Judicata and Lis Pendens in Investor-State Arbitration. The Law & Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 15 (2), 2016, p. 269.

493 MCLACHLAN, Campbell. Ob. Cit., p. 406. Traducción libre de *“The question whether the doctrine of lis pendens is a general principle of law common to civilized nations has still not been authoritatively answered by an international tribunal. However, the research presented in these lectures strongly suggests the existence of such a principle”*.

494 SHANY, Yuval. Competing.... Ob. Cit., p. 244. Traducción libre de *“In sum, it looks as if existing case-law on the question of lis alibi pendens is too scarce and non-definitive to establish the existence of such a general rule or principle in international law, in the relations between two international courts and tribunals. Nonetheless, as was demonstrated in Part II of this book, one can make a plausible case that lis alibi pendens may qualify as a general principle of law, recognized by most legal systems, at least with respect to intra-systematic jurisdictional competition”*.

495 HANSEN, Robin. Ob. Cit., p. 538. Traducción libre de *“arbitrators should have no difficulty in referring to and applying the concepts of lis pendens, res judicata or comity, as recognised general principles of international law”*.

496 ORREGO VICUÑA, Francisco. Ob. Cit., p. 215. Traducción libre de *“To the extent that the international community shares the objective of avoiding the abnormality of parallel proceedings and the injustice many times resulting from this practice, as it is positively the case, the availability of such a principle can indeed be ascertained”*.

497 NOVÝ, Zdeněk. Ob. Cit., p. 542.



vante es el caso “*Certain German Interests*”<sup>498</sup> de 1925, uno de los primeros conocidos por la Corte Permanente de Justicia Internacional (antecesora de la CIJ) en materia de procedimientos paralelos y uno de los más notables en este marco<sup>499</sup>. En él, Alemania inició un procedimiento ante la Corte en contra de Polonia producto de reclamos por confiscaciones de propiedad que afectaban a los ciudadanos alemanes por parte del Estado polaco. Al mismo tiempo, y de manera paralela, se encontraban pendiente litigios similares ante el Tribunal Arbitral Mixto Germano – Polaco, razón por la cual Polonia invocó la regla de la litispendencia para cuestionar la competencia de la Corte Permanente. Ante ello, Alemania respondió invocando dos argumentos esenciales: primero, que no existían precedentes jurisprudenciales a nivel internacional que hubiesen aplicado la doctrina de la “*lis alibi pendens*”; y, segundo, que no se reunía la triple identidad clásicamente requerida entre los litigios: partes, naturaleza de la disputa y objeto (principalmente porque los procedimientos ante el Tribunal Mixto Germano – Polaco habían surgido a instancia de partes privadas, y no del Estado alemán como en este caso)<sup>500</sup>.

Al resolver estas alegaciones, la Corte se inclinó por rechazar la excepción de Polonia sobre la base de que los elementos esenciales que constituyen a la litispendencia no se encontraban presentes, y no consideró necesario establecer una regla general sobre la litispendencia en el Derecho Internacional<sup>501</sup>. La Corte acogió la posición de Alemania relativa a que, en caso de aplicación de la doctrina invocada, igualmente no se satisfacían las condiciones de aplicación, pues ambos juicios involucraban partes y problemas jurídicos diversos<sup>502</sup>. Además, expresó la visión de que el hecho de que el Tribunal Mixto operara en la esfera del Derecho doméstico y la Corte en el marco del Derecho internacional tornaba imposible la superposición de competencias entre ambos tribunales<sup>503</sup>.

Dos años después volvió a presentarse una situación similar entre las mismas partes ante la Corte Permanente, en el llamado caso “*Factory at Chorzow Case*”<sup>504</sup>. En este caso, la Corte rechazó las objeciones de Polonia, ya no sobre la base de la excepción de litispendencia, sino que aludiendo al *estoppel* (doctrina de los actos propios)<sup>505</sup>. Sin embargo, la Corte aun así hizo hincapié en que los diversos remedios disponibles en ambos tribunales indicaban una falta de superposición jurisdiccional, lo cual ha sido interpretado como una alusión a la falta de identidad de objeto en el caso<sup>506</sup>.

En términos generales, tanto la Corte Permanente como la CIJ se han negado a definir si es que el Derecho Internacional reconoce la aplicación de la regla de la litispendencia, lo cual ha conducido

498 *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, PCIJ Series A N°6, Objeciones preliminares, de 15 de mayo de 1925.

499 BELLEI, Carlos. Ob. Cit., p. 52.

500 SHANY, Yuval. Competing... Ob. Cit., p. 239.

501 Ibid., p. 240.

502 Loc. Cit.

503 Loc. cit. Este último punto resulta crecientemente relevante pues, como se analizará más adelante, la pertenencia de ambos tribunales a un ordenamiento jurídico similar ha sido considerado como un requisito propio de la litispendencia en el marco del Derecho internacional y el arbitraje de inversiones.

504 *Factory at Chorzow (Germany v. Poland)*, PCIJ Series A No. 17, de 13 de septiembre de 1928.

505 BELLEI, Carlos. Ob. Cit., p. 53.

506 SHANY, Yuval. Competing.... Ob. Cit., p. 240.

a una jurisprudencia internacional más bien neutral en este aspecto<sup>507</sup>. En el ámbito de las inversiones, es posible constatar una pluralidad de decisiones sobre este punto, siendo una de las más relevantes el *Pyramids Case*<sup>508</sup>. En él, el inversionista (SPP) inició un procedimiento arbitral comercial ICC en contra de Egipto, a lo cual la demandada contestó oponiéndose a la competencia del tribunal, argumentando que no se encontraba vinculada por la cláusula arbitral. El tribunal arbitral emitió un laudo, sosteniendo que Egipto era parte del acuerdo arbitral, y el Estado decidió recurrir en contra de aquella decisión ante la Corte de Apelaciones de París. El 12 de julio de 1984, la Corte decidió anular el laudo sobre la base de que Egipto no era parte del acuerdo arbitral que fundaba la competencia del tribunal. Ante ello, SPP recurrió en contra de la decisión ante la Corte de Casación francesa.

Sin embargo, el 24 de agosto de 1984, SPP introdujo una solicitud de arbitraje de inversiones ante el CIADI en contra de Egipto, encontrándose pendiente el proceso en paralelo ante la Corte de Casación francesa. El tribunal arbitral de inversiones emitió una decisión preliminar sobre su competencia, sosteniendo que *“cuando la competencia de dos tribunales no relacionados e independientes se extiende a la misma disputa, no hay regla de derecho internacional que prevenga a cada tribunal de ejercer su jurisdicción”*<sup>509</sup>. A pesar de que el tribunal decidió suspender el ejercicio de su competencia mientras se encontraba pendiente la decisión de la Corte de Casación, la consideración del tribunal arbitral de inversiones parecía indicar que el Derecho Internacional no reconocía la regla de la litispendencia en ausencia de una regla expresa que lo contemplara<sup>510</sup>.

A partir de entonces, se han desarrollado una serie de decisiones ambivalentes en lo que refiere a la litispendencia en materia de inversiones, que oscilan desde una menor a una mayor tolerancia del reconocimiento en el Derecho Internacional de esta herramienta. Un caso recurrentemente citado es el *CME case*<sup>511</sup>. El 19 de agosto de 1999, el Sr. Lauder, un inversionista norteamericano, inició un arbitraje de inversiones en contra de la República Checa con sede en Londres, de conformidad al Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL. El Sr. Lauder reclamó que el Estado de la República Checa había violado el TBI entre Estados Unidos de América y la República Checa, a través de actos y omisiones dados en 1993, 1996 y 1999.

El tribunal dictó finalmente un laudo el 3 de septiembre de 2001, en el cual determinó que el Estado demandado había incumplido sus obligaciones bajo el Tratado en relación con los eventos ocurridos en 1993, pero concluyó que aquel incumplimiento no daba lugar a la responsabilidad de la

507 Loc. Cit. El autor citado considera que esta situación contrasta con la actitud adoptada en relación con la “teoría de la conexidad” (que bajo su visión, implica que los procedimientos conexos deban acumularse ante un tribunal), que un juez de la Corte Permanente consideró inaplicable en virtud del Derecho internacional. Sin embargo, esta postura pareciera referirse a lo que es la acumulación de procesos, más que a la conexidad tratada en el capítulo 2.

508 *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, de 27 de noviembre de 1985.

509 *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, de 27 de noviembre de 1985, ¶184. Traducción libre de “*When the jurisdictions of two unrelated and independent tribunals extend to the same dispute, there is no rule of international law which prevents either tribunal from exercising its jurisdiction*”.

510 BELLEI, Carlos. Ob. Cit., p. 56.

511 *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL Arbitration, de 3 de septiembre de 2001.

parte demandada. Por otra parte, determinó que las alegaciones respecto a los hechos ocurridos en 1996 y 1999 en realidad concernían al inversionista norteamericano con un socio inversionista checo, sin vincular al Estado, por lo que constituía una disputa comercial privada que no creaba un deber de diligencia por parte de la República Checa para intervenir en esa relación jurídica, atendido a la naturaleza de la misma.

El 22 de febrero de 2000, CME (una empresa en los Países Bajos que el Sr. Lauder controlaba indirectamente) demandó en arbitraje de inversión al Estado checo, fundada en el TBI entre Países Bajos y República Checa. En este caso, el arbitraje también debía ser conducido bajo las reglas UNCITRAL, el tribunal tenía sede en Estocolmo y las pretensiones alegadas y los hechos eran, esencialmente, los mismos que en el caso que se encontraba pendiente entre el Sr. Lauder y el Estado checo ante el arbitraje en Londres<sup>512</sup>. Ante ello, la República Checa opuso la excepción de litispendencia y cosa juzgada ante ambos tribunales arbitrales, fundada en la identidad factual de las pretensiones que habían sido entabladas en ambos arbitrajes.

Diez días después que fue dictado el laudo en el arbitraje con sede en Londres, el tribunal arbitral en Estocolmo dictó un laudo parcial en el cual llegó a la conclusión exactamente opuesta a su antecesor, sosteniendo que la parte demandada no había vulnerado sus obligaciones en los hechos de 1993 y que, sin embargo, era responsable por los hechos acaecidos en 1996 y 1999. En lo referido a la excepción de litispendencia opuesta, tribunal arbitral londinense sostuvo: *“el Tribunal Arbitral considera que la referencia de la parte demandada al principio de la litispendencia no resulta de utilidad, dado que todos los otros tribunales y procedimientos arbitrales involucran partes y causas de acción diferentes (...). Por tanto, no hay posibilidad de que cualquier otra Corte o tribunal arbitral dicte una decisión similar o inconsistente con el laudo dictado por este Tribunal”*<sup>513</sup>.

Por otra parte, y haciendo frente a estos pronunciamientos irreconciliables, la República Checa invocó tanto la cosa juzgada como la excepción de litispendencia en el procedimiento de impugnación ante la Corte de Apelaciones sueca. En esta instancia, la Corte sostuvo *“el problema sobre si la litispendencia y la cosa juzgada pueden ser aplicables en una situación como esta no ha surgido, hasta donde es sabido. El mero hecho de que los arbitrajes hayan sido iniciados bajo tratados de inversión diferentes, suscritos por distintos Estados (...) conlleva a que estos principios no sean aplicables. Sin embargo, se han invocados dos laudos arbitrales de los que al menos se desprende que la disputa ha sido considerada la misma en los diferentes procedimientos que se incoaron en virtud de los tratados diferentes (...). Dado que, en cualquier caso, no puede descartarse completamente que los principios de la litispendencia y de cosa juzgada puedan resultar aplicables entre dos arbitrajes internacionales diferentes, la Corte de Apelaciones procederá a abordarlos”*<sup>514</sup>.

512 BRENGESJÖ, Emil. Ob. Cit., p. 56.

513 Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, ¶184. Traducción libre de *“the Arbitral Tribunal considers that the Respondent’s recourse to the principle of lis alibi pendens to be of no use, since all the other court and arbitration proceedings involve different parties and different causes of action”*.

514 CME v. The Czech Republic, Judgement of Svea Court of Appeal, de 15 de mayo de 2003, ¶1289. Traducción libre de *“The issue whether lis pendens and res judicata may be applicable in a situation such as the instant one has not, as*

Finalmente, la Corte fue cautelosa en su razonamiento, y no dictaminó un criterio general de aplicabilidad de la cosa juzgada y la litispendencia en el arbitraje de inversiones, sino que simplemente se limitó a aseverar que ella no resultaba aplicable en el caso particular bajo análisis<sup>515</sup>.

Dentro del contexto dado, podría sostenerse lo siguiente.

Primero que todo, la objeción de cierta doctrina y jurisprudencia referida a que la litispendencia no ha sido aplicada por ningún tribunal internacional resultaría plausible si lo argumentado fuera que esta herramienta forma parte de la costumbre internacional (es decir, la letra b del art. 38 del Estatuto de la CIJ). Sin embargo, esa objeción resulta inocua si el argumento es que la litispendencia es parte del Derecho Procesal Internacional por ser un principio general del Derecho (es decir, la letra c de la norma citada). Y ello es así puesto que ambas son fuentes distintas: la norma consuetudinaria está conformada por una práctica generalizada, mientras que los principios generales del Derecho dicen relación con valores compartidos globalmente por las jurisdicciones. La costumbre internacional en materia procesal es observada por la práctica de los tribunales, mientras que los principios generales del Derecho son constatados por la regulación interna y compartida por las jurisdicciones. De esta forma, la objeción respecto de una de las fuentes del Derecho internacional no puede implicar una consecuencia para otra.

En segundo lugar, cabe atender a la objeción referida a que la litispendencia no se encuentra presente en la tradición anglosajona y que, por lo tanto, difícilmente esta herramienta podría ser calificada como un principio general del Derecho. En este sentido, cabe precisar que, conceptualmente, la litispendencia y la cosa juzgada son reconocidas tanto por el *civil law* como por el *common law*<sup>516</sup>. Es cierto que la litispendencia nace de la tradición continental; sin embargo, los países de la tradición anglosajona también reconocen este principio, sólo que con una encarnación diferente<sup>517</sup>. Harshad Pathak esquematiza esto claramente: en determinados países del *common law*, la litispendencia se encuentra asociada al test de triple identidad, pero los tribunales se encuentran investidos de la discreción suficiente como para desestimar o suspender el juicio que se desarrollará en paralelo aun cuando no se cumpla con este test. Según este autor, otras jurisdicciones de la misma tradición simplemente ven a la litispendencia y la triple identidad como un factor más para aplicar la doctrina del *forum non conveniens*, bajo la cual podrán suspender o paralizar discrecionalmente el procedimiento. Por último, países como India ocupan igualmente el tradicional test de triple identidad para evaluar la suspensión de los procedimientos<sup>518</sup>.

---

*far as is known, arisen previously. The mere fact that the arbitrations were initiated under different investment treaties which were entered into between different states (...) militates against these legal principles being applicable at all (...). Since, in any event, it cannot be ruled out entirely that the principles of lis pendens and res judicata may become applicable as between two different international arbitrations, the Court of Appeal will proceed with its assessment".*

515 BRENGESJÖ, Emil. Ob. Cit., p. 58.

516 HANSEN, Robin. Ob. Cit., p. 531. Cabe destacar que, en el *common law*, el principio de la *lis pendens* es usualmente asociado a alienaciones de propiedad real mientras la litigación se encuentra pendiente. Véase la explicación en HANDLEY, Ken. Spencer Bower and Handley: Res Judicata. 5th Edition, UK: LexisNexis, 2019.

517 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 384.

518 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 384.



De esta forma, es posible constatar que la litispendencia como excepción es una institución globalmente reconocida por las jurisdicciones del mundo, sin perjuicio de que ellas difieren en cuanto a lo que requisitos se refiere. El rígido test de la triple identidad ha estado asociado a la tradición continental del Derecho, mientras que la discrecionalidad (del *forum non conveniens*) ha reinado de forma un poco más general en el mundo del Derecho anglosajón. Lo anterior no obsta a que, conceptualmente, la litispendencia se encuentre presente en ambos mundos. Es decir, rememorando el concepto propuesto en el segundo capítulo, en ambas tradiciones es posible encontrar un mecanismo por medio del cual el demandado propone la declinación del juez de un segundo juicio, fundándose en la preservación de la ficción de inmutabilidad del juicio seguido ante un tribunal que ha prevenido anteriormente, ficción que se ve amenazada por la existencia del proceso posterior en que se opuso la excepción, seguido ante un tribunal que se encuentra conociendo de la misma disputa.

Luego, en lo referido a la presencia de esta herramienta en la jurisprudencia internacional, cabe notar que, efectivamente, los tribunales internacionales han tendido a evitar responder a la pregunta sobre la aplicabilidad de la litispendencia en el marco de los procedimientos internacionales. Sin embargo, es posible constatar que aun cuando aquello no ha sido respondido directamente, los tribunales sí han analizado la aplicabilidad de la litispendencia al momento de ser invocada por alguna de las partes. Esto pareciera indicar que los tribunales internacionales han aceptado, al menos tácitamente, que la excepción de litispendencia se encuentra presente en el marco del Derecho Internacional, sin perjuicio de estimar que ella resulta raramente aplicable.

Entendiendo lo anterior, cabe pasar a analizar los requisitos que han sido analizados por la doctrina y la jurisprudencia para hacer procedente la excepción de litispendencia en el marco de los arbitrajes de inversión.

### 3.4. Requisitos de la litispendencia en el arbitraje de inversiones

Constatada la presencia (al menos *prima facie*) de la excepción de la litispendencia en el marco de los arbitrajes de inversión, regulada en el marco de las fuentes del Derecho Internacional, cabe responder a cuáles son los requisitos que han sido analizados para estimarla procedente o improcedente. En este sentido, la tendencia más generalizada ha sido a seguir la opinión del Juez Dionisio Anzilotti en el caso *Factory at Chorzow* (analizado precedentemente), el cual estableció que el prerrequisito para aplicar tanto la cosa juzgada como la litispendencia son: (i) la identidad entre las partes (*persona*), (ii) la identidad del objeto pedido (*petitum*), y (iii) identidad de fundamento legal (*causa petendi*)<sup>519-520</sup>.

519 MAGNAYE, Jose; REINISCH, August. Ob. Cit., p. 275.

520 Harshad Pathak estima que la CIJ ha reconocido que la encarnación de la cosa juzgada en el Derecho Internacio-

Como podrá observarse, esto sigue la dinámica propia analizada para el contexto chileno en el capítulo anterior. En Chile ha sido mayoritaria la opinión de que la litispendencia opera sobre la base de la triple identidad, siendo la ausencia de ella un motivo suficiente para desestimar la excepción. Ahora bien, en el marco del Derecho internacional se ha agregado un cuarto requisito: que los procedimientos que se tramitan en paralelo sean pertenecientes a un “mismo orden legal”.

De esta forma, los requisitos que se han afirmado para que opere la litispendencia en el marco de un arbitraje de inversiones son que los procedimientos pertenezcan a un mismo orden legal y que concurra la triple identidad<sup>521</sup>.

### 3.4.1. El “mismo orden legal”

Un lugar común en el estudio del Derecho Internacional es la afirmación de una estricta separación conceptual entre el ordenamiento jurídico internacional y nacional<sup>522</sup>. Es decir, que existiría un dualismo inherente entre ambos ordenamientos jurídicos que otorga a cada uno sus respectivas esferas de competencia<sup>523</sup>. De esta forma, a juicio de algunos, existiría una relación de jerarquía entre tribunales internacionales y nacionales<sup>524</sup> que tendría como consecuencia la imposibilidad de afectaciones jurisdiccionales entre sí<sup>525</sup>.

Así, ha sido sostenido como requisito de la litispendencia a nivel internacional que los juicios desarrollados en paralelo deban pertenecer a un mismo sistema legal<sup>526</sup>. O, en otras palabras, que la litispendencia sólo puede operar entre tribunales nacionales o entre tribunales internacionales, pero nunca entre un tribunal nacional y uno internacional. La racionalidad detrás de este requisito se encontraría en la naturaleza misma de la litispendencia, en tanto ella apuntaría a conservar la

---

nal Público se asimila a su concepción proveniente del civil law. PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 385.

521 En lo referido al requisito del “juicio pendiente” sostenido en el Derecho chileno, no existen a conocimiento del autor trabajos doctrinales ni fallos que hayan hecho referencia explícitamente a este requisito (o a algún símil) para hacer procedente la litispendencia en el arbitraje de inversiones. Podrían aventurarse tres razones principales por las cuales se da este fenómeno: primero, se encuentra la objeción tradicional referida a si los arbitrajes, en este caso de inversiones, ejercen realmente jurisdicción y, por lo tanto, si puede realmente hablarse de la existencia de un “juicio pendiente”. Segundo, el hecho de que la existencia de un procedimiento en curso resulta un requerimiento implícito en la operación de la excepción de litispendencia, razón que convierte a este requisito en una “obviedad” que simplemente no ha sido problematizada. Y tercero, la situación del emergente Derecho Internacional implica que las instituciones procedimentales tengan naturalmente menor desarrollo en cuanto a sus elementos y requisitos.

522 NOVÝ, Zdeněk. Ob. Cit., p. 541; MCLACHLAN, Campbell, Ob. Cit., p. 362; SHANY, Yuval. Competing....Ob. Cit., p. 244; DE LY, Filip; SHEPPARD, Audley. ILA Final Report on Lis Pendens.... Ob. Cit., p. 17.

523 BALDWIN, Simeon. Ob. Cit., p. 180.

524 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 386.

525 *Industria Nacional de Alimentos S.A. and Indalsa Perú S.A. v. República de Perú*, ICSID Case No. ARB/03/4 Procedimiento de Anulación, de 5 de septiembre de 2007, ¶187.

526 YANNACA-SMALL, Katia. Arbitration under ..., 2018. Ob. Cit., p. 263; REINISCH, August. Ob. Cit., p. 52; BRENGESJÖ, Emil. Ob. Cit., p. 58; CUNIBERTI, Gilles. Ob. Cit., pp. 15 y ss. Respecto a la cosa juzgada, se ha seguido el mismo criterio. DE LY, Filip; SHEPPARD, Audley. ILA Interim Report on Res Judicata and Arbitration. *Arbitration International*, Vol. 25 (1), 2009, p. 56.

consistencia y coherencia dentro de un sistema legal, supuesto que no peligraría por la adjudicación de un tribunal internacional fundada en el Derecho internacional, por un lado, y la decisión de un tribunal nacional fundada en el Derecho doméstico, por el otro<sup>527</sup>. Puesto en palabras del profesor Gilles Cuniberti, *“es la necesidad de coherencia sistémica la que explica la pertinencia del concepto de comparabilidad de los tribunales concurrentes. Si se es de la opinión de que los procedimientos paralelos deben ser evitados porque sus resultados pueden socavar la coherencia del ordenamiento jurídico en el que tienen lugar, solo cabe regular los procedimientos paralelos que se desarrollan ante órganos jurisdiccionales dentro del mismo ordenamiento jurídico. Si los juzgadores no pertenecen al mismo ordenamiento jurídico, hablan en nombre de sistemas diferentes, y por lo tanto, están mucho menos sujetos a una pretensión de coherencia y consistencia. En otras palabras, solo si los órganos jurisdiccionales que compiten operan dentro del ordenamiento internacional, sus decisiones pueden caer en inconsistencia. Por el contrario, si uno de ellos es un tribunal doméstico, la incoherencia puede ser observada como la triste consecuencia de la pertenencia de los adjudicadores a sistemas diferentes y autónomos”*<sup>528</sup>.

Por tanto, al desarrollarse los arbitrajes de inversión dentro del marco del Derecho Internacional Público, éstos sólo se podrían ver afectados por la regla de la litispendencia si el mismo asunto se encontrara siendo conocido por otro tribunal dentro del sistema internacional: la CPA, la CIJ, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, el Tribunal de Justicia Andino, etc. Por el contrario, estos tribunales no se verían afectados por la ventilación del mismo asunto ante un tribunal nacional o un tribunal arbitral doméstico<sup>529</sup>.

Ahora bien, en cuanto al arbitraje comercial internacional, se podría establecer la siguiente disquisición: a pesar de lo que su nombre pareciera indicar, los tribunales arbitrales en esta materia operan dentro de la esfera privada y con referencia al Derecho doméstico, sea que él haya sido escogido por las partes mediante una cláusula de elección de ley o haya sido establecido por el tribunal arbitral haciendo uso de sus poderes inherentes. Además, el procedimiento a seguir se encuentra crecientemente regulado por la sede del tribunal arbitral, sin tener rol alguno el Derecho internacional en esta materia. Estos tribunales no aplican el Derecho internacional, a diferencia de los tribunales arbitrales en materia de inversión que están revestidos de un carácter público inherente, que hace forzoso, o al menos crecientemente conveniente, hacer referencia al Derecho Internacional Público. Por tanto, cabe concluir que ambos tipos de tribunales arbitrales pertenecen a ordenamientos jurídicos diferentes, lo cual hace imposible que puedan considerarse como “tribunales comparables”

527 NOVÝ, Zdeněk. Ob. Cit., p. 541.

528 CUNIBERTI, Gilles. Ob. Cit., p. 16. Traducción libre de *“It is the need for systemic coherence which explains the relevance of the concept of the comparability of the competing tribunals. If one is of the opinion that parallel proceedings should primarily be avoided because their results may undermine the coherence of the legal order into which they take place, one can only regulate parallel proceedings developing before competing adjudicators within the same legal order. If the adjudicators are not within the same legal order, they speak for different systems and are therefore much less subject to a claim for coherence and consistency. In other words, it is only if the competing adjudicators operate into the international legal order that their ruling may impair its consistency. On the contrary, if one of them is a domestic court, the incoherence can be regarded as the sad consequence of the belonging of each adjudicator to a different and largely autonomous system”*.

529 MAGNAYE, Jose; REINISCH, August. Ob. Cit., p. 285.

en los términos anteriormente expuestos.

Sin perjuicio de lo anterior, podría establecerse la pregunta plausible sobre la comparabilidad entre un tribunal arbitral comercial y un tribunal arbitral de inversiones con origen contractual, siendo estos últimos los más parecidos a los primeros. Los arbitrajes de inversión con origen contractual poseen una fisonomía distinta del arbitraje de tratado o con origen legal (a pesar de pertenecer todos a una categoría general común); diferencias que comienzan en la forma en que es entregado el consentimiento a arbitrar y terminan en la vinculación del tribunal al Derecho Internacional. Esto los acerca y asimila a los arbitrajes comerciales internacionales, los cuales, generalmente, conocen del contenido de un contrato y aplican el Derecho doméstico para resolver la disputa. Por tanto, resultan al menos razonables las preguntas conceptuales sobre la similitud de ambos tipos de procedimientos, y si ambos pueden ser considerados como tribunales “comparables”.

Retomando la idea anterior, la diferencia conceptual entre los ordenamientos internacional y doméstico para efectos de aplicar la excepción de litispendencia se ha traducido en la idea de “superioridad” del ordenamiento jurídico internacional por sobre el nacional, como lo plantean algunos autores<sup>530</sup>. En este marco, en el caso de 1903 conocido como *Selwyn v. Venezuela*<sup>531</sup> se afirmó que un tribunal arbitral internacional creado bajo este ordenamiento jurídico es un tribunal superior a los tribunales nacionales y, por tanto, no se ve afectado jurisdiccionalmente por el hecho de que la misma cuestión sometida a su decisión se encuentre en conocimiento de los tribunales de una de las naciones. El tribunal arbitral internacional tendría el poder para actuar sin referencia al nacional, y si este último ha pronunciado su decisión, de desestimarla en tanto afecte la indemnidad del individuo, teniendo el poder para dictar un laudo en el caso dado si la justicia así lo requiere. Esta idea de superioridad sería lo que se encontraría detrás del requisito del “mismo orden legal” en la litispendencia en materia de inversiones.

Ahora bien, este requisito y la idea de superioridad de los tribunales internacionales ha sido criticada por el trabajo de algunos autores internacionalistas modernos. Zdenek Nòvy postula que *“uno podría preguntarse si los argumentos expresados fundados en un dualismo estricto son compatibles con la realidad contemporánea de la penetración cada vez más frecuente del derecho internacional en las leyes nacionales y en la formulación de decisiones. ¿No debiera ser más importante que nunca que los tribunales nacionales desempeñen el doble papel de protectores de los valores internacionales y nacionales?”*<sup>532</sup>. A su vez, Harshad Pathak, quien postula una de las críticas

530 Explican esta posición (sin necesariamente estar de acuerdo con ella): CUNIBERTI, Gilles. Ob. Cit., pp. 17 y ss; PATHAK, Harshad. Ob. Cit., pp. 386 y ss.

531 Publicado por UNITED NATIONS. Reports of International Arbitral Awards. *Selwyn Case* (interlocutory). Vol. IX, 2006, p. 380.

532 NOVÝ, Zdeněk. Ob. Cit., p. 542 con cita a TZANAKOPOULOS, Antonios. Domestic Courts in International Law: the international judicial function of national courts. *Loy. LA Int'l & Comp. L. Rev.* Vol. 34 (1), 2011, pp. 133-168. Traducción libre de “However, one may ask whether the above arguments based on a strictly dualist approach are compatible with the contemporary reality of the ever-increasing penetration of international law into national laws and decision-making. Should not it matter that national courts play more than ever the dual role (dédoublement fonctionnel) of protectors of both international and national values?”



más duras a los tribunales arbitrales de inversión en la forma en que han lidiado con la situación de procedimientos paralelos a tribunales arbitrales comerciales, afirma que *“De forma preocupante, los tribunales de tratados de inversión parecen conformarse con esta situación y, en lugar de remediar las limitaciones que se observan, defienden la naturaleza autónoma de los arbitrajes de tratados de inversión como justificación teórica”*<sup>533</sup>.

En efecto, y en línea con las críticas expuestas, el problema de la relación entre la jurisdicción doméstica y la jurisdicción de los arbitrajes de inversión genera múltiples preguntas que se conducen a la forma de abordar, en general, procedimientos arbitrales internacionales en paralelo a procedimientos domésticos<sup>534</sup>. En este punto, en opinión de este tesista, resulta pertinente cuestionarse cuál debiera ser la forma en que un tribunal arbitral de inversiones lidie con un procedimiento en paralelo que involucre el ordenamiento jurídico doméstico, ya sea un tribunal nacional o arbitral. La respuesta tradicional de que los tribunales internacionales pueden abordar los procedimientos nacionales como “un mero hecho que no resulta comparable”<sup>535</sup> no es una respuesta enteramente satisfactoria para este contexto por dos razones.

Primero, existe el problema de la legitimidad. El arbitraje de inversiones es una institución crecientemente polémica. Si bien su estabilidad depende de la autonomía que tengan estos tribunales para decidir con respecto de los tribunales nacionales del Estado receptor, esta autonomía no debiera ser considerada como impermeabilidad. Curiosamente, el atractivo que representa este mecanismo de resolución de disputas para inversionistas, referido a la imparcialidad de sus decisiones, podría terminar por socavar su legitimidad por un sesgo “pro-inversionista” que, como se vio, constituye una acusación empíricamente infundada. Por ello, un tribunal arbitral en esta materia debiera tener al menos presente la virtud de una coordinación adecuada con un tribunal dentro de la jurisdicción doméstica (y viceversa). El tránsito debiera ser a una adecuada coordinación de los procedimientos en ambos tipos de órdenes, que evite el abuso del proceso y resguarde la legitimidad de las instituciones del Derecho Internacional.

Este último punto debe ser conectado con la segunda razón, la cual es principalmente práctica. De la misma forma en que Ignacio Ried exponía la cotidianeidad del ejercicio abusivo de acciones por partes demandantes en la litigación civil chilena, la experiencia práctica muestra que un fenómeno recurrente es la iniciación de múltiples procedimientos por parte del inversionista como forma de soslayar una composición del tribunal arbitral que no sea de su agrado<sup>536</sup>. Este fenómeno, agrava-

533 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 393. Traducción libre de *“Worryingly, investment treaty tribunals seem content with this situation, and instead of remedying the visible limitations, champion the autonomous nature of investment treaty arbitration as a theoretical justification”*. En línea con la cita expuesta, cabe destacar que el argumento referido a la distinción conceptual entre el ordenamiento internacional y nacional ha tomado, en ciertos casos, un cariz especial tratándose de arbitraje de inversiones, indicándose a veces que el sistema internacional de inversiones es “autónomo” respecto de los ordenamientos domésticos.

534 HANSEN, Robin. Ob. Cit., p. 537.

535 NOVÝ, Zdeněk. Ob. Cit., p. 542.

536 MUÑOZ, Arturo. Ob. Cit., p. 137; GAILLARD, Emmanuel. Abuse of Process in International Arbitration. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol 32 (1), 2017, p. 7; NOVÝ, Zdeněk. Ob. Cit., pp. 547 y ss; PATHAK, Harshad. Ob. Cit., pp. 394 y ss.

do por las características del arbitraje de tratado expuestas al inicio de este capítulo, desacredita el eventual contraargumento referido a la preservación de esta autonomía dualista como forma de proteger a inversionistas. Es precisamente la persona objeto de la protección del dualismo del Derecho internacional y “la autonomía del arbitraje de inversiones” la que suele incurrir en abusos procesales sobre la base de una realidad que le permite aventurar en múltiples foros en los cuales puede interponer acciones para su reparación.

Por estas razones, pareciera ser conveniente no asumir apresuradamente el requisito del mismo orden legal, sino que evaluar detenidamente la situación fáctica en la cual se desarrolla la disputa y las características que tienen los procedimientos en paralelo. Todo ello, de forma de no avalar el abuso del proceso y, en último término, garantizar la coordinación adecuada con los tribunales que aplican el Derecho doméstico.

### 3.4.2. Triple identidad

La triple identidad es el requisito ocupado actualmente por los tribunales internacionales, tanto para efectos de evaluar la aplicación de la litispendencia, como de la cosa juzgada<sup>537</sup>. De esta forma, se exige para la aplicación de la litispendencia la identidad de partes (*parties*), de objetos (*relief*) y causa (*cause of actions*)<sup>538</sup>.

En el contexto de los arbitrajes de inversión, el primer precedente en que se aplicó la triple identidad fue en el caso *Benvenuti v. Congo*<sup>539</sup>. En él, el Estado demandado objetó la competencia del tribunal CIADI por referencia al procedimiento civil que tenía como parte al Señor Bonfant, accionista de la empresa Benvenuti, ante uno de los tribunales nacionales. El tribunal decidió rechazar la excepción levantada por el Estado, argumentando que sólo podría haber litispendencia en caso de existir identidad de partes, objeto y causa de la acción; y en este caso no existía identidad de partes, puesto que quien se encontraba involucrado en el procedimiento ante los tribunales nacionales era el señor Bonfant, no Benvenuti<sup>540</sup>.

En *Azurix v. Argentina*<sup>541</sup> se siguió el mismo razonamiento, constatando que la línea de análisis del caso *Benvenuti* había sido “consistentemente seguida por los tribunales arbitrales en casos en que se involucra TBI’s, a menos que el tratado en cuestión dispusiera otra cosa”<sup>542</sup>; y que, en

537 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; POTESTÀ, Michele. *Investor-state dispute settlement and national courts: current framework and reform options*. Geneva: Springer Nature, 2020, p. 41.

538 BUNG, Saloni. Ob. Cit., p. 2302.

539 *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People’s Republic of Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, de 8 de agosto de 1980.

540 Ibid., ¶1.14.

541 *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, de 8 de diciembre de 2003.

542 Ibid., ¶189. Traducción libre de “*This line of reasoning has been consistently followed by arbitral tribunals in cases involving claims under BITs, unless, as noted above, the controlling agreement provided otherwise (...)*”

este caso, ninguna de las partes lo era a su vez de los procedimientos ante los tribunales locales. Siguiendo la misma línea, y en un supuesto similar al de los anteriores casos, en *Enron v. Argentina*<sup>543</sup> se sostuvo que la litispendencia no podría ser aplicada, pues tal como había sido sostenido en *Benvenuti*, se requería identidad de partes, cuestión que en este caso no se cumplía.

Cabe destacar que la aplicación del test de la triple identidad ha cobrado especial relevancia a partir de las cláusulas *fork in the road*. Por ejemplo, en el caso *Occidental v. Ecuador*<sup>544</sup>, el tribunal arbitral hizo referencia a decisiones pasadas (entre ellas las ya mencionadas) en el análisis de aplicación de una de estas cláusulas. En aquel caso, el tribunal razonó sobre la clásica distinción entre pretensiones contractuales y pretensiones de tratado (distinción usualmente vinculada a la existencia de procedimientos paralelos y la litispendencia<sup>545</sup>), concluyendo que lo que se encontraba detrás de esta diferenciación podía ser acreditado por el estándar de triple identidad<sup>546</sup>.

Como podría ser deducido, a pesar de que los tribunales han afirmado constantemente a la triple identidad como requisito de procedencia, ellos han llegado consistentemente a la conclusión de que alguno de estos requerimientos no se configura al momento de analizar la litispendencia. Puesto en palabras de Mees Brenninkmeijer, el arbitraje de inversiones resulta ser “tristemente deficiente” en satisfacer el test de triple identidad<sup>547</sup>.

En este sentido, Harshad Pathak destaca que, de forma similar a las cláusulas *fork in the road*, la aplicación de la litispendencia a través del prisma de la triple identidad es inherentemente incompatible con la idiosincrasia de los arbitrajes de tratado de inversiones, lo que sucede principalmente por dos razones: primero, porque el inversionista puede fácilmente frustrar el requerimiento de identidad de partes a través de la reestructuración empresarial; y, segundo, porque existe una incompatibilidad intrínseca de identidad de causas entre una reclamación contractual y una reclamación fundada en un tratado<sup>548</sup>. En este marco, el citado autor sostiene que “uno podría correctamente preguntarse si la rígida adherencia de los tribunales de tratados de inversiones al test de triple identidad, ostensiblemente reflejando la encarnación del civil law, resulta adecuada o no”<sup>549</sup>.

En cuanto a lo primero, y sumado a los casos ya revisados anteriormente en esta sección, cabe recordar los casos CME y Lauder tratados previamente, en los cuales se resaltó la diferencia de partes

543 *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, de 14 de enero de 2004, ¶197.

544 *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, de 1 de julio de 2004.

545 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., pp. 389 y ss.

546 *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ¶152.

547 BRENNINKMEIJER, Mees. Jurisdictional overlap between domestic courts and investment arbitration: an occasion for judicial dialogue. *Arbitration International*, Vol. 39 (3), 2023., p. 395.

548 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., pp. 390 y ss.

549 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 395. Traducción libre de “In such scenario, one rightly questions if the investment treaty tribunals’ rigid adherence to the triple identity test, ostensibly attempting to mirror its civil law incarnation, is appropriate or not”.

en ambos procedimientos para denegar la excepción de litispendencia. Aquellos casos resultan especialmente ilustrativos para reflejar la idea expresada en el párrafo anterior, pues muestran cómo un inversionista podría conformar distintas sociedades en diferentes países en el contexto de una inversión en orden a encontrarse protegido por múltiples tratados. Siguiendo el razonamiento de estos dos precedentes, las consideraciones que han tenido los tribunales en materia de inversiones han estado permeadas por un enfoque más bien formalista que sustantivo del requerimiento de identidad de partes<sup>550</sup>.

En cuanto a lo segundo, y fundados en lo que pareciera ser la comprensión de la causa a la luz de la teoría de la individualización (es decir, la base factual más la calificación jurídica), los tribunales siempre han rechazado la excepción de litispendencia por la consideración de que las normas invocadas para calificar jurídicamente los hechos no son idénticas en ambos procesos.

Un punto de partida en este análisis es el caso *SGS v. Pakistan*<sup>551</sup>. En este caso, el Estado requirió al tribunal arbitral declinar de su jurisdicción o, subsidiariamente, suspender el procedimiento, bajo el argumento de que la reclamación interpuesta fundada en vulneraciones al TBI requería la determinación previa de vulneración a un contrato suscrito entre el inversionista y el Estado (por tratarse de una cláusula paraguas), cuestión que estaba siendo conocida por un tribunal arbitral comercial. El tribunal decidió rechazar la excepción de litispendencia del Estado fundada en la falta de identidad de *causa petendi*, sosteniendo que *“Reconocemos que tanto las controversias derivadas de reclamaciones basadas en supuestas violaciones del TBI como las derivadas de reclamaciones basadas enteramente en supuestas violaciones del Acuerdo sobre los IPE pueden describirse como “controversias en materia de inversiones”, la expresión utilizada en el artículo 9 del TBI. Sin embargo, esta expresión, si bien describe el objeto fáctico de las controversias, no se refiere a la base jurídica de las reclamaciones ni a la causa de la acción alegada en las reclamaciones. En otras palabras, de esa sola descripción, sin más, creemos que no surge necesariamente la implicación de que tanto las reclamaciones en virtud del TBI como las puramente contractuales pretenden ser cubiertas por las Partes Contratantes en el Artículo 9”*<sup>552</sup>.

Un razonamiento similar han seguido otros tribunales arbitrales. En *Alex Genin v. Estonia*<sup>553</sup>, el tribunal decidió denegar la aplicación de una cláusula *fork in the road* por el procedimiento en marcha en uno de los tribunales estonios sobre la base de que la acción de revocación de una licencia ejer-

550 MAGNAYE, Jose; REINISCH, August. Ob. Cit., p. 274.

551 *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, de 6 de agosto de 2003.

552 *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, de 6 de agosto de 2003, ¶161. Traducción libre de *“We recognize that disputes arising from claims grounded on alleged violation of the BIT, and disputes arising from claims based wholly on supposed violations of the PSI Agreement, can both be described as “disputes with respect to investments,” the phrase used in Article 9 of the BIT. That phrase, however, while descriptive of the factual subject matter of the disputes, does not relate to the legal basis of the claims, or the cause of action asserted in the claims. In other words, from that description alone, without more, we believe that no implication necessarily arises that both BIT and purely contract claims are intended to be covered by the Contracting Parties in Article 9”*.

553 *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, de 25 de junio de 2001.



cida ante él no poseía la misma causa que la disputa sobre la inversión (a pesar de fundarse en los mismos hechos). Así, el tribunal sostuvo que *“Aunque algunos aspectos de los hechos que dieron lugar a esta controversia también fueron objeto del litigio estonio, la ‘controversia relativa a la inversión’ en sí no lo fue, por lo que no debería impedirse a los demandantes utilizar el mecanismo de arbitraje del CIADI”*<sup>554</sup>.

En este punto específico, una de las decisiones más citadas y que han moldeado el entendimiento de los tribunales arbitrales en esta materia es la decisión de anulación de *Vivendi v. Argentina*<sup>555-556</sup>. En resumidas cuentas, el tribunal en este caso sostuvo que podía existir vulneración al tratado sin existir vulneración a un contrato y viceversa, sosteniendo que *“donde la ‘base fundamental de la reclamación’ es un tratado asentando un estándar independiente por el cual ha de juzgarse la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar como impedimento a la aplicación del estándar del tratado”*<sup>557</sup>. De esta forma, el caso es predicado sobre la idea de que una pretensión contractual y una internacional contienen causas de pedir legalmente distintas, aun cuando la materia sujeta a decisión sea la misma<sup>558</sup>.

Presumiblemente por las limitaciones de este requisito, y tal como ha sucedido en el ecosistema jurídico chileno, el test de la triple identidad (y en particular, la aplicación de éste por la jurisprudencia arbitral) ha sido el requisito más polémico en la doctrina internacional del arbitraje de inversiones. Ello no solo por la legitimidad que podría tener el mismo (lo cual se reconduce a la discusión respecto de si la litispendencia constituye un principio general del Derecho), sino también porque, a pesar de la recepción de este test en el marco del Derecho internacional y su aplicación casi global, existen discrepancias importantes sobre la idoneidad del mismo en el marco del arbitraje de inversiones.

Esto último parece ser un punto central. Existe una multiplicidad de supuestos en que un tribunal arbitral de inversiones podría encontrarse conociendo de esencialmente la misma disputa que otro tribunal, siendo el objeto litigado sustancialmente lo mismo y, sin embargo, no cumplirse con el requisito de la triple identidad. Nuevamente, los casos *CME v. Czech Republic* y *Mr. Lauder v. Czech Republic* resultan claros en mostrar que un inversionista puede demandar en dos tribunales de inversiones las mismas vulneraciones sobre la base de los mismos hechos y, sin embargo, ser distintas las partes y las causa de las acciones por ser diferentes los reclamantes y estar las pretensiones

554 Ibid., ¶331. Traducción libre de *“Although certain aspects of the facts that gave rise to this dispute were also at issue in the Estonian litigation, the ‘investment dispute’ itself was not, and the Claimants should not therefore be barred from using the ICSID arbitration mechanism”*.

555 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisión de Anulación, de 3 de julio de 2002.

556 BRENNINKMEIJER, Mees. Ob. Cit., p. 383.

557 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*. ¶101. Traducción libre de *“where ‘the fundamental basis of the claim’ is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the parties is to be judged, the existence of an exclusive jurisdiction clause in a contract between the claimant and the respondent state or one of its subdivisions cannot operate as a bar to the application of the treaty standard.”*

558 BRENNINKMEIJER, Mees. Ob. Cit., p. 383.

constituidas por tratados de inversiones diversos.

Este problema es más claro aún en el caso de procedimientos ante tribunales nacionales. Puesto en las palabras de un tribunal arbitral que se encontraba analizando la aplicabilidad de la triple identidad en una cláusula *fork in the road*, “es poco probable que el test de triple identidad se cumpla en múltiples casos en los que una controversia ante un tribunal arbitral en contra de un Estado en virtud de un TBI y fundados en una presunta vulneración al TBI es comparada con una disputa en un tribunal nacional. El ordenamiento jurídico nacional no provee comúnmente la facultad de demandar al Estado por incumplimiento de un tratado como tal, aunque puede ser posible por acciones de incumplimiento a una ley nacional que da efecto al tratado. Una aplicación estricta de la prueba de la triple identidad privaría de todo o casi todo su efecto práctico”<sup>559</sup>.

Frente a las limitaciones que impone la triple identidad para la aplicación de la litispendencia, se han manifestado doctrinalmente posiciones que buscan morigerar estas restricciones. A lo que se ha abogado por algunos autores es a dejar de lado una interpretación rígida de la triple identidad, atendiendo a la sustancialidad de las partes y la disputa<sup>560</sup>. En este sentido, August Reinisch y José Magnaye han propuesto adoptar un enfoque sustantivo/transaccional, con una evaluación global de las partes involucradas, los fundamentos jurídicos, los objetos perseguidos y los hechos fundantes de las acciones<sup>561</sup>.

En relación a esto, y con respecto a la identidad de partes, se ha estimado que debiera adoptarse un enfoque flexible y pragmático, reflejándose esto en una aproximación económica de las partes<sup>562</sup> que observe si existe una “suficiente cercanía” entre dos entidades que comparten una “misma realidad económica”<sup>563</sup>. Por ejemplo, en cuanto a los Estados receptores, en *Gavazzi v. Romania*<sup>564</sup> el árbitro disidente Mauro Rubino-Sammartano sostuvo que “bajo el derecho internacional (y no solo en el caso de seguir una aproximación económica), un Estado es responsable por la conducta de sus agencias e instrumentalidades si ellas actúan en función de la autoridad soberana de ese Estado. Por la atribución de los actos relevantes al Estado, existe un “suficiente grado de identificación entre estas partes”, es decir, entre la agencia y el Estado”<sup>565</sup>.

559 *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2009-23, Third decision on Jurisdiction and Admissibility, de 27 de febrero de 2012, ¶4.76. Traducción libre de “It is unlikely that the triple identity test will be satisfied in many cases where a dispute before a tribunal against a State under a BIT and based upon an alleged breach of the BIT is compared with a dispute in a national court. National legal systems do not commonly provide for the State to be sued in respect of a breach of treaty as such, even though actions for breach of a national law giving effect to a treaty might be possible. A strict application of the triple identity test would deprive the fork in the road provision of all or most of its practical effect”.

560 MAGNAYE, Jose; REINISCH, August. Ob. Cit., p. 279.

561 Loc. Cit.

562 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 397.

563 Loc. Cit. citando la decisión de *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, de 7 de mayo de 2004.

564 *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability, Dissenting Opinion by Mauro Rubino-Sammartano, de 21 de abril de 2015.

565 *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, ¶23. Traducción libre de “As to the identity of the parties in this case, it is my opinion that, under international law (and not only if one follows an economic approach), a State is liable for the conduct of its agencies and instrumentalities if they act pursuant to the sovereign authority of that State.

En cuanto a los inversionistas y la posibilidad de la reestructuración empresarial que podrían llevar a cabo para frustrar la triple identidad, se ha postulado la necesidad de ocupar la doctrina del levantamiento del velo corporativo para controlar las acciones ejercidas por múltiples compañías bajo el control de una compañía dominante<sup>566</sup>. A su vez, y más que tomar un enfoque excesivamente formalista al momento de abordar este requisito, se estima necesario observar la realidad económica que subyace a las inversiones extranjeras modernas<sup>567</sup>. En este sentido, resulta particularmente llamativa la existencia de precedentes en que, para efectos de afirmar su competencia (y no en el contexto de la litispendencia), los tribunales arbitrales han adoptado esta “aproximación económica”<sup>568</sup>. Por ejemplo, hay tribunales que miran a quien es el efectivo inversionista extranjero, sin dejarse llevar por el hecho que el acuerdo arbitral solo incluya a la subsidiaria<sup>569</sup>.

Un caso en que se siguió esta línea fue *Amco v. Indonesia*<sup>570</sup>, en el cual surgió la pregunta sobre si una empresa controladora podía instituir un arbitraje CIADI, cuando el acuerdo de arbitraje simplemente alcanzaba a su empresa controlada<sup>571</sup>. El tribunal sostuvo afirmativamente que “*el inversionista extranjero era Amco Asia; PT Amco era una instrumentalidad a través de la cual Amco Asia iba a realizar la inversión. Ahora bien, el propósito de la cláusula arbitral era proteger al inversionista. ¿Como podría asegurarse tal protección si se negara el beneficio de la cláusula a Amco Asia? Además, el tribunal determinó que PT Amco obtuvo este beneficio por el control foráneo de donde está situada: ¿No sería completamente ilógico garantizar protección a la entidad controlada, pero no a la controladora?*”<sup>572</sup>. Una actitud similar fue adoptada en *Klöckner v. Cameroon*<sup>573</sup>, en que se determinó que el contrato y la cláusula arbitral pactada “*reflejaban la relación contractual entre un inversionista extranjero, actuando a través de una compañía local, y el Estado receptor de esta inversión foránea*”<sup>574</sup>.

Más recientemente, en el caso *Supervision y Control S.A. v. Costa Rica*<sup>575</sup>, el Estado receptor contestó objetando la jurisdicción del tribunal arbitral por aplicación de una cláusula *fork in the road*, arguyendo que la parte demandante había sometido la misma disputa ante los tribunales conten-

---

*Because of the attribution of the relevant acts to the State, there is a “sufficient degree of identification between such parties”, ie between the agency and the State”.*

566 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 395.

567 REINISCH, August. Ob. Cit., pp. 56-57.

568 Ibid., p. 59.

569 Ibid., p. 58.

570 *AMCO Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, de 25 de septiembre de 1983. Debe notarse que, en este caso, el arbitraje poseía origen contractual, cuestión que permitiría ampliar el razonamiento del “enfoque económico” a estos tipos de arbitrajes de inversión también.

571 REINISCH, August. Ob. Cit., p. 58.

572 *AMCO Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, ¶24. Traducción libre de “*The foreign investor was Amco Asia; PT Amco was but an instrumentality through which Amco Asia was to realize the investment. Now, the goal of the arbitration clause was to protect the investor. How could such protection be ensured, if Amco Asia would be refused the benefit of the clause? Moreover, the Tribunal did find that PT Amco had this benefit, because of the foreign control under which it is placed: would it not be fully illogical to grant this protection to the controlled entity, but not to the controlling one?*”.

573 *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, de 21 de octubre de 1983.

574 Ibid., ¶19. Traducción libre de “*La Convention d’Etablissement reflétait le rapport contractuel entre un investisseur étranger, agissant par le biais d’une société locale, et le pays d’accueil de cet investissement étranger*”.

575 *Supervision y Control S.A. v. The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/12/4, de 18 de enero de 2017.



cioso-administrativos de Costa Rica. Sin embargo, el inversionista contrargumentó que quien había iniciado el procedimiento nacional era una compañía local que constituía una entidad legal separada, por lo que no había identidad de partes entre ambos procedimientos. El tribunal discrepó del argumento del inversionista, no encontrando la existencia legal separada de la compañía como suficiente para declarar admisible la demanda<sup>576</sup>. De hecho, el tribunal puntualizó que el inversionista tenía el 55% de las acciones de la empresa local, la cual era solo un vehículo actuando bajo las indicaciones de la matriz, por lo que todos los procedimientos iniciados en Costa Rica habían sido iniciados por la parte demandante. De esta forma, el tribunal decidió declarar inadmisibles las pretensiones ejercidas.

En lo referido a la identidad de *causa petendi*, lo que se ha estimado es dejar de lado la equiparación entre “causa de la acción” y fundamento legal<sup>577</sup>. La gran mayoría de los tribunales en materia de inversiones tienden a considerar la causa de la acción como los fundamentos fácticos y la base legal de la pretensión ejercida<sup>578</sup>; para lo cual, en los términos revisados en el capítulo 2, tienden a fundarse en la teoría de la individualización de la causa. El gran problema de esta aproximación es que ella resulta completamente incompatible para abordar la situación recurrente en que existen reclamaciones contractuales en un foro y reclamaciones de tratado en otro. Evidentemente, como en ambos casos las acciones ejercidas están jurídicamente calificadas por normas distintas, la base legal en la gran mayoría de los casos será distinta.

En este contexto, lo que se ha propuesto es transitar hacia la comprensión de la causa de la acción como la base factual necesaria para obtener un determinado juzgamiento de un tribunal, dejando de lado la arista legal<sup>579</sup>. Nuevamente, en términos del capítulo 2, lo que se estima necesario es transitar hacia la teoría de la substanciación de la causa. Esto pareciera dialogar de mejor forma con las recomendaciones de la *International Law Association*, las cuales estiman adecuado observar la *identidad sustancial* de los elementos de la triple identidad<sup>580</sup>.

Siguiendo lo anterior, algunos tribunales arbitrales han adoptado el llamado “test de la base fundamental” en el marco de cláusula de elección de vías. Por ejemplo, en *Pantechniki v. Albania*<sup>581</sup>, el Estado desafió la admisibilidad de las pretensiones bajo el argumento de que el inversionista se encontraba simultáneamente persiguiendo las mismas pretensiones ante los tribunales albaneses.

576 *Supervision y Control S.A. v. The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/12/4, de 18 de enero de 2017., ¶325-329

577 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 400.

578 Ibid., p. 399.

579 Ibid., p. 400.

580 DE LY, Filip; SHEPPARD, Audley. ILA Final Report on *Lis Pendens*.... Ob. Cit., p. 32. Cabe destacar que esta comprensión de la causa de pedir dialogaría mejor con el rol del principio *iura novit curia* en los arbitrajes de inversión. Como fue indicado en el primer capítulo, una diferencia esencial entre el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversiones es que en este último los tribunales poseen mayor libertad para calificar normativamente los hechos y condenar o absolver. Esta característica concilia de mejor manera con la comprensión de la causa a la luz de la teoría de la sustanciación, pues la decisión de un tribunal arbitral que cambia la base normativa de las pretensiones ejercidas no podría ser impugnada por el vicio de “extrapetita”. No existiría modificación de la causa de pedir, sino que simplemente el ejercicio de la facultad jurisdiccional del tribunal.

581 *Pantechniki S.A. Contractors and Engineers v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21, de 30 de julio de 2009.



En este caso, el tribunal, en vez de sostener una distinción artificial entre causa de acción contractual y causa de acción fundada en un tratado, explicó que lo que había que determinar era si los derechos reclamados en ambos casos poseían la misma fuente de origen<sup>582</sup>. Aplicando el criterio, el tribunal aclaró que las pretensiones en el caso eran fundamentalmente las mismas invocadas en la controversia contractual nacional, no pudiendo el inversionista fundarse en la misma base fundamental para reclamar la vulneración al tratado<sup>583</sup>. En *H&H v. Egypt*<sup>584</sup>, el tribunal adoptó un enfoque similar, sosteniendo la necesidad de determinar la base fundamental de las acciones ejercidas ante los foros locales para compararlas con la base fundamental de la acción ejercida en sede de inversiones<sup>585</sup>.

Revisado todo lo anterior, lo que resulta particularmente llamativo es que los tribunales arbitrales en materia de inversiones entienden el test de triple identidad de manera estricta en el contexto de la litispendencia, pero adoptan un entendimiento más amplio en otros contextos<sup>586</sup>. En efecto, los tribunales arbitrales han moldeado algunos principios cuándo han tenido que afirmar su competencia. Sin embargo, en lo referido a la litispendencia, adhieren estrictamente al test de la triple identidad, y en ciertos casos, sin consideración alguna de los resultados que pueda producir<sup>587</sup>. Por ejemplo, en casos en que es exigido agotar los remedios locales, los tribunales no han tenido problemas en examinar si los procedimientos nacionales comparten un mismo objetivo<sup>588</sup>. De hecho, en el análisis de la cláusula de agotamiento de remedios locales en *Phillip Morris v. Uruguay*<sup>589</sup>, el tribunal determinó directamente que no resultaba “*necesario que la disputa ante los tribunales domésticos bajo el artículo 10(2) tenga la misma base legal o causa de acción que la disputa llevada al arbitraje*”.

Dado este panorama, han surgido voces que abogan por derechamente desechar el requisito de la triple identidad para la litispendencia ante la situación de una misma base factual y un link económico entre procedimientos<sup>590</sup>. De esta forma, ha sido argumentado por algunos autores que los tribunales arbitrales debieran desarrollar teorías más amplias e inclusivas de la preclusión que vayan más allá del entendimiento formalista de la triple identidad<sup>591</sup>. Ello aportaría en avanzar hacia el entendimiento de la litispendencia como un principio acorde y consistente con la realidad económica de las transacciones transfronterizas, cambiando del “arcaico” test de la triple identidad por un enfoque más bien pragmático<sup>592</sup>.

582 Ibid., ¶162.

583 Ibid., ¶164.

584 *H&H Enterprises Investment, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/09/15, de 6 de mayo de 2014.

585 *H&H Enterprises Investment, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ¶1369 y ss.

586 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 400.

587 BRENNINKMEIJER, Mees. Ob. Cit., p. 395.

588 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 400.

589 *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, de 2 de julio de 2013, ¶113. Traducción libre de “*The dispute before domestic courts under Article 10(2) does not need to have the same legal basis or cause of action as the dispute brought in the subsequent arbitration*”.

590 NOVÝ, Zdeněk. Ob. Cit., p. 548.

591 BRENNINKMEIJER, Mees. Ob. Cit., p. 399.

592 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., pp. 403-404.

Nuevamente, es posible trazar un paralelo entre la situación chilena y el mundo de los arbitrajes de inversión. En ambos casos, existen incipientes posiciones doctrinales que, por observación de las restricciones que produce la triple identidad, son críticas de este requisito de procedencia y formulan nuevos estándares para evaluar la excepción de litispendencia. La pregunta relevante en este punto es si, tal como ha sucedido lentamente en la jurisprudencia chilena, los tribunales arbitrales en materia de inversiones desarrollarán un movimiento hacia la “litispendencia impropia”, acogiendo excepciones de litispendencia por encontrarse en paralelo un procedimiento cercanamente relacionado al mismo.

Dicho lo anterior, cabe tener presente que la jurisprudencia de inversiones posee mayores limitaciones que la jurisprudencia chilena para llevar a cabo este tránsito. Esto se debe a lo siguiente. Primero, resulta necesario responder certeramente a si la regla de la litispendencia se encuentra efectivamente en el Derecho Procesal Internacional y si es vinculante para los cuerpos jurisdiccionales de este ordenamiento jurídico. Segundo, es necesario evaluar cuáles son las limitaciones que impone el requisito del “mismo orden legal”, el cual, si bien modernamente no ha sido levantado como una limitación a la aplicación de la litispendencia, parece seguir existiendo como idea predominante en la doctrina internacional. Por último, resulta preciso considerar detenidamente cuál será el rol que tenga la triple identidad en el análisis de procedencia de la excepción de litispendencia y cuáles serán los criterios alternativos a ella.

En Chile, ha sido propuesto como requisito de reemplazo al test de la triple identidad el considerar que los procesos se encuentren en relación de conexidad. En el arbitraje de inversiones, se ha propuesto observar la base fáctica y la vinculación económica entre procesos. Cualquiera de los requisitos que se ocupe, es preciso delimitar su aplicabilidad y delinear los supuestos en que pueda operar. Sin embargo, ello requiere un mayor grado de desarrollo jurisprudencial y doctrinal, el cual deberá ser observado por los expertos para el desarrollo a futuro de nuevas propuestas que acomoden de mejor forma la litispendencia a la dinámica moderna de los arbitrajes de inversión.

### 3.5. Efectos de la excepción de litispendencia

No existen precedentes en el Derecho internacional en que un tribunal haya acogido la excepción de litispendencia en este ámbito. Por tanto, existe una multiplicidad de interrogantes sobre cuál debiera ser el efecto de su eventual acogimiento. En términos generales, James Fawcett identifica cuatro formas en que se podría lidiar con una situación de litispendencia<sup>593</sup>:

- Que el tribunal decline, suspenda o paralice su propio procedimiento;
- Que el tribunal busque restringir los procedimientos foráneos;
- Que los dos procedimientos prosigan y que la regla de la cosa juzgada prevenga dos juzgamientos; o
- Que solo existan mecanismos que incentiven a las partes a optar por uno de los foros.

593 DE LY, Filip; SHEPPARD, Audley. ILA Final Report on Lis Pendens.... Ob. Cit., p. 2.

En general, en distintas jurisdicciones, los efectos usualmente asociados a la excepción de litispendencia son la paralización del procedimiento o la denegación misma de la competencia del tribunal<sup>594</sup>. Como se podría deducir, estas respuestas guardan correlación con los efectos que han sido reconocidos en Chile como aquellos que podrían operar en el caso de acogerse la excepción dilatoria de litispendencia.

A juicio del investigador de esta tesis, un punto de partida en este tópico podría ser observar las exiguas reglas sobre procedimientos paralelos que existen en los estatutos de los tribunales internacionales<sup>595</sup>. Un primer ejemplo podría encontrarse en el artículo 5(2) del protocolo Opcional al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el que establece:

*“El Comité no considerará ninguna comunicación individual, a menos que se asegure que (a) la misma materia no está siendo examinada bajo otro procedimiento de investigación internacional o de arreglo.”*

A su vez, el artículo 14(3) del Acuerdo Norteamericano de Cooperación Medioambiental establece:

*“El Estado demandado informará a la Secretaría de la Comisión Norteamericana de Cooperación Medioambiental si la materia está siendo sujeta a otro procedimiento judicial o administrativo pendiente, caso en el cual la Secretaría no proseguirá adelante”.*

Por último, el artículo 17(a) del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional indica:

*“La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del Preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:*

*a. “El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él (...).”*

Como podrá notarse, y sin perjuicio de las diferencias que podrían existir entre la inadmisibilidad y la declinación de jurisdicción<sup>596</sup>, la regla general es que los efectos de la excepción de litispendencia a nivel internacional parecen estar asociados a la improcedencia del curso del procedimiento.

594 BORN, Gary. International.... Ob. Cit., p. 6587.

595 Las normas que se refieren en esta sección son tratadas con mayor detenimiento en BELLEI, Carlos . Ob. Cit., pp. 75 y ss.

596 Véase PAULSSON, Jan. Jurisdiction and admissibility. *ICC Publishing*, (2010-3), 2005.

Sumado a ello, una manera plausible de abordar los eventuales efectos que podría tener la excepción de litispendencia en el arbitraje de inversiones es mediante la observación de instituciones afines y su forma de aplicación. En este sentido, las cláusulas *fork in the road* operan de una manera similar a la litispendencia, pues también buscan limitar la proliferación de una misma disputa en distintos foros y su aplicación ha sido usualmente considerada a la luz de la triple identidad<sup>597</sup>. De esta forma, en los casos en que se ha dado aplicación a estas cláusulas, la respuesta del tribunal ha sido la inadmisibilidad; lo que va en línea con el objetivo de ellas, el cual es definir una opción irrevocable y evitar reclamaciones paralelas<sup>598</sup>. Por tanto, el efecto práctico de la aplicación de la cláusula *fork in the road* será la terminación del procedimiento arbitral.

Dicho lo anterior, no existen razones que lleven a pensar que los efectos prácticos de la litispendencia debieran ser diferentes. En definitiva, el efecto práctico debiera ser la terminación del proceso incoado, declinando el tribunal su competencia en razón del procedimiento en paralelo y dejando espacio para la prosecución de este último.

### 3.6. Supuestos de procedimientos paralelos y aplicación de la litispendencia

Establecidas las bases teóricas de la institución de la litispendencia en el marco de los arbitrajes de inversión, y para una comprensión más adecuada de ello, resulta de utilidad analizar su aplicación en distintos supuestos. Como establece Robin Hansen, en términos generales existe una gran variabilidad de supuestos de procedimientos paralelos que pueden darse, los cuales entremezclan el Derecho doméstico, el Derecho internacional, los tribunales arbitrales y la litigación ordinaria<sup>599</sup>:

Types of Parallel Proceedings Scenarios			
Primary Applicable Law and Scope of Proceedings	Type of Proceeding		
	Uniformly Litigation	Uniformly Arbitration	Simultaneous Litigation and Arbitration
National Law	1. Parallel litigation within one state	2. Parallel arbitrations seated within one state	3. Parallel arbitration and litigation within one state
Multiple National Laws	4. Parallel litigation in jurisdictions in different countries	5. Parallel arbitrations with seats in different countries	6. Parallel arbitration and litigation in different countries
Public International Law	7. Parallel litigation at multiple international tribunals	8. Parallel investment arbitrations (treaty or contract based)	9. Parallel investment arbitration and international litigation
Public International Law and National Law	10. Parallel litigation at domestic and international law levels (contrary to exhaustion of local remedies rule)	11. Parallel investment arbitrations (treaty or contract based) with diversity of applicable law (treaty based arbitrations will have public international law as <i>lex causae</i> )	12. Parallel investment treaty arbitration and domestic litigation; or, parallel international litigation and domestic arbitration

597 ROSERO, Nicolás. Ob. Cit., p. 71.  
 598 Loc. Cit.  
 599 HANSEN, Robin. Ob. Cit., p. 529.



Del análisis del esquema expuesto, es posible notar cuatro supuestos relevantes en los cuales se puede ver envuelto un procedimiento arbitral de inversiones (indicados en los números 8, 9, 11 y 12). Para los efectos de este trabajo, las hipótesis que resultan de interés y que serán analizadas son las siguientes<sup>600</sup>:

- Procedimientos paralelos ante dos tribunales arbitrales de inversión (con origen en tratado, contractual o legal).
- Procedimientos paralelos ante un tribunal arbitral de inversiones y un tribunal arbitral comercial internacional.
- Procedimientos paralelos ante un tribunal arbitral de inversiones y un tribunal estatal doméstico.

Cada uno de estos supuestos posee diferencias cualitativas que han de ser consideradas al momento de analizar la eventual aplicación de la excepción de litispendencia. Estas diferencias se pueden observar tanto desde el punto de vista teórico como práctico, en cuestiones como el Derecho aplicable al fondo de la controversia, la naturaleza de los procedimientos, la reglamentación procesal aplicable, la competencia *ratione materiae* de los tribunales, etc. Estas características implican una diferencia en la forma de abordar el problema y han de ser tomadas en cuenta al momento de dar solución al mismo.

### 3.6.1. Procedimientos ante dos tribunales arbitrales de inversiones

Como bien ha sido establecido a lo largo de este trabajo, el arbitraje de inversiones tuvo un cariz crecientemente diferente al que tiene hoy en día. En sus inicios, esta modalidad solía tener mayoritariamente origen contractual, existiendo cláusulas en un acuerdo que vinculaban tanto al inversionista como al Estado directamente. En cambio, el arbitraje de tratado es, actualmente, el más recurrente en las disputas inversor-Estado, siendo ésta la forma más común en que el consentimiento al arbitraje es otorgado<sup>601</sup>.

600 Por cuestiones metodológicas y por el objeto de este trabajo, la hipótesis de procedimientos paralelos entre un tribunal arbitral de inversiones y un tribunal de Derecho Internacional Público no será tratada. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que hay autores que han resaltado que una de las cuestiones que menos ha sido abordada y que mayor relevancia tiene es la relación entre la resolución de disputas Estado-Estado y el arbitraje inversor-Estado. Si bien ambos mecanismos de resolución de disputas tienen un objeto distinto (teniendo el primero como fin resolver controversias relativas a la interpretación y aplicación de tratados y el segundo abordar las medidas injustificadas de un Estado en el tratamiento de inversiones extranjeras), existe un amplio espacio para que ellos se superpongan. En este sentido, ver LO, Chang-fa. Relations and possible interactions between state-state dispute settlement and investor-state arbitration under BITs. *Contemp. Asia Arb. J.*, Vol. 6, 2013., pp. 4 y ss. Otro supuesto que ha sido recalcado como uno que se encuentra cobrando cada vez más relevancia práctica es el de procedimientos paralelos entre el mecanismo de resolución de disputas de la Organización Mundial del Comercio y el arbitraje de inversiones. Ver ALLEN, Brooks; SOAVE, Tommaso. Jurisdictional overlap in WTO dispute settlement and investment arbitration. *Arbitration International*, Vol. 30 (1), 2014, pp. 1-58.

601 HOBÉR, Kaj. Investment Treaty Arbitration and Its Future--If Any. *Arbitration Law Review*, Vol. 7 (1), 2015, p. 58.

Como ha sido ya indicado, esta modalidad específica de arbitraje se estructura de una forma que hace probable el surgimiento de procesos paralelos, dados los requerimientos específicos de la competencia *rationae materiae, personae, temporis y voluntatis*. En lo referido al arbitraje de tratado propiamente tal, se puede distinguir tres supuestos distintos en que se pueden desarrollar procedimientos paralelos<sup>602</sup>:

- Pretensiones entre las mismas partes bajo el mismo tratado: El supuesto por definición de procedimientos paralelos se puede dar en el caso en que las mismas partes participan en múltiples procedimientos bajo el mismo tratado de inversiones. En estos casos, dado que la ley aplicable a los casos será la misma (lo que designe el tratado y el Derecho internacional público en términos generales), el tribunal no debiera tener problema en aplicar la litispendencia por aplicación de la triple identidad<sup>603</sup>, en el caso que verifique que el beneficio jurídico reclamado es idéntico. En efecto, resulta sencillo en este caso reconocer si existe la identidad de las partes en el procedimiento, el objeto de la acción ejercida (que estará dado por el interés en que se declare la vulneración del tratado, los beneficios jurídicos reclamados y los derechos infringidos e invocados) y la causa de estas últimas (ya sea por la teoría de la substanciación como por la teoría de la individualización).

- Pretensiones entre diferentes partes bajo el mismo tratado: Resultados inconsistentes también se pueden dar cuando inversionistas diferentes accionan contra el mismo Estado por la misma medida y bajo las mismas normas del tratado de inversiones<sup>604</sup>. En este supuesto, una primera respuesta podría ser la consolidación de los procedimientos, siempre que ello lo permita el tratado de inversiones o el reglamento arbitral aplicable<sup>605</sup>. Sin embargo, la mayoría de los TBI no contienen este tipo de provisiones<sup>606</sup>. Además, la consolidación de arbitrajes requiere como regla general el consentimiento de las partes, por lo que, en caso de desacuerdo, el interés del tribunal por acumular los procedimientos resultará infructífero<sup>607</sup>.

En situaciones como la descrita, y en presencia de inversionistas genuinamente distintos, la litispendencia por aplicación tradicional no podrá ser fructífera debido a la ausencia de identidad de partes. En estos casos, dada la imposibilidad de aplicación de la excepción de litispendencia y de la consolidación, lo que se recomienda por algunos autores es la designación de los mismos árbitros en ambos procedimientos, de forma de hacer más improbable la presencia de resultados inconsistentes<sup>608</sup>.

602 Cabe destacar que el supuesto de reclamaciones ejercidas por partes genuinamente distintas bajo tratados de inversión diferentes no corresponde a un supuesto de procedimientos paralelos propiamente tal, sino que corresponde a procedimientos esencialmente distintos.

603 HANSEN, Robin. Ob. Cit., p. 538.

604 HANSEN, Robin. Ob. Cit., p. 538.

605 Loc. Cit.

606 CREMADES, Bernardo M.; MADALENA, Ignacio. Parallel proceedings in international arbitration. *Arbitration International*, Vol. 24 (4), 2008, p. 533. La Convención CIADI y el reglamento de arbitraje UNCITRAL tampoco contienen normas de este tipo. Sin embargo, las reglas de la ICC en su artículo 10 y el reglamento SCC del 2023 habilitan a la consolidación de arbitrajes.

607 HANSEN, Robin. Ob. Cit., p. 539.

608 HANSEN, Robin. Ob. Cit., p. 540.

Ahora bien, el panorama será distinto en la situación de que formalmente las partes sean diferentes, pero materialmente sean la misma entidad. Ello, por ejemplo, en el caso de reclamaciones formuladas por parte de una matriz y una filial en contra de un mismo Estado por la misma medida adoptada. En estos casos, en línea con lo expuesto en la sección 3.4.2, algunos autores han estimado que el tribunal debiera procurar observar la materialidad de ambos inversionistas reclamantes en los procesos distintos y, en caso de observarse un eventual intento por doble compensación o abuso del proceso, recurrir a las doctrinas del levantamiento del velo societario y a la aproximación económica de la identidad de partes dada por una “suficiente cercanía” para reconocer el elemento subjetivo de la triple identidad y aplicar la litispendencia.

- Pretensiones entre las mismas partes bajo tratados diferentes: En el caso de que las reclamaciones entabladas encuentren fundamento en tratados distintos, la consolidación difícilmente será una opción, puesto que resulta excepcional que los TBI contemplen provisiones que permitan consolidación entre tratados distintos<sup>609</sup>. Además, la acumulación de reclamaciones sobre la vulneración de un tratado distinto entroncaría con el requerimiento de competencia *ratione personae*, específicamente en lo referido a la pertenencia de nacionalidad de alguno de los Estados contratantes.

En estos casos, nuevamente la litispendencia y la cosa juzgada no serán aplicables bajo la comprensión tradicional de los tribunales de inversión, dado que tanto el elemento subjetivo como los elementos objetivos de ambas acciones ejercidas serán formalmente diferentes. En este sentido, debe recordarse los casos ya revisados de *Lauder* y *CME*. Por una parte, resulta imposible que exactamente el mismo inversionista ejerza una reclamación bajo dos tratados de inversión diferentes, dado que no podría cumplir con el requerimiento de nacionalidad de algunos de ambos TBI. Por otra parte, el objeto y la causa en ambos procesos resultarían esencialmente distintos, al ser diversas las normas ocupadas para constituir y fundar las vulneraciones de la actuación estatal.

En un supuesto como el descrito en los casos *Lauder* y *CME*, la doctrina estima imprescindible que los tribunales levanten el velo societario y controlen la multiplicidad de reclamaciones que una misma entidad podría realizar por lo que es en esencia una misma vulneración. O, en caso de no ser posible lo anterior, que adopten el enfoque económico de la identidad de partes para lograr una verdadera verificación de este elemento. Así, el tribunal podría limitar la posibilidad de “*treaty shopping*” por parte de inversionistas que se encuentran reestructurados en distintas jurisdicciones, lo cual les permite ejercer reclamaciones bajo tratados distintos de lo que es esencialmente la misma vulneración. Esto, además, permitiría a los tribunales cautelar por el respeto de la buena fe ante la posibilidad de abuso del proceso y prevendría la posibilidad de dictación de decisiones contradictorias. De esta forma, la aplicación de la excepción de litispendencia podría abordar situaciones en que entidades similares, pero no formalmente idénticas, ejercen acciones en contra de un Estado por la misma medida<sup>610</sup>.

609 Loc. cit.

610 HANSEN, Robin. Ob. Cit., p. 546.

En lo referido al elemento objetivo de la acción, se ha estimado que es preciso recurrir a una interpretación material y no meramente formal del objeto. En este sentido, lo que debiera observarse es si el bien pretendido en ambos procesos es esencialmente el mismo: esto es, la búsqueda de la condena del Estado por la responsabilidad internacional y la indemnización del inversionista por una misma medida constitutiva de infracción a sus derechos. A su vez, y en cuanto a la causa, lo que la doctrina postula es que resulta necesario que el tribunal observe la base fáctica de ambas acciones, prescindiendo de las normas calificadoras de las acciones en ambos procesos (que evidentemente serán distintas). Por la observación de estas cuestiones, el tribunal podría obtener un panorama más acabado de la situación que se presenta, y podrá tener mayores elementos para considerar la aplicación de la excepción de litispendencia.

Establecido todo lo anterior, y en cuanto a los arbitrajes de inversión que poseen origen contractual, cabe recordar que éstos se acercan mucho más a los arbitrajes comerciales. Ello conlleva a que el problema de procedimientos paralelos deba ser tratado de forma similar a cuando el problema se desarrolla en el marco de tribunales arbitrales del comercio internacional. En estos supuestos, y como fue tratado en el segundo capítulo, el problema será usualmente abordado desde la dimensión de la competencia exclusiva del tribunal por el efecto negativo del convenio arbitral y desde el principio *kompetenz-kompetenz*. Aquella debiera ser la fase en que el problema sea resuelto. Sin embargo, ello no debiera obstar a la posibilidad de aplicar la excepción de litispendencia cuando la parte demandada opte por esta herramienta procesal y cuando se verifique la triple identidad requerida. En definitiva, no existen razones de peso para limitar la aplicación de esta excepción como forma de hacer frente a la posibilidad de procesos paralelos.

Como conclusión de esta sección, es preciso destacar que resulta esencial que los tribunales arbitrales en materia de inversiones tengan consciencia de que se encuentran insertos en un sistema en el cual los principios generales del Derecho internacional de inversiones son aplicados y se encuentran en constante desarrollo<sup>611</sup>. Si bien no existe una regla de *stare decisis* ni un sistema de precedentes en el arbitraje de inversiones, de todas formas resulta necesario prevenir este tipo de situaciones, en orden a cautelar la certeza jurídica en el desarrollo de esta rama del derecho, y evitar la doble compensación a los inversionistas por una misma actuación estatal<sup>612</sup>.

En este marco, el uso de la litispendencia por parte de los tribunales podría jugar un rol relevante en orden a mantener la consistencia dentro de este marco jurídico, tal como lo ha sido la doctrina del abuso del proceso y la prevención de la corrupción en escenarios similares<sup>613</sup>. El entendimiento

611 MCLACHLAN, Campbell. Investment treaties and general international law. *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 57 (2), 2008, pp. 395 y ss.

612 HANSEN, Robin. Ob. Cit., p. 547.

613 En este sentido, ver *Phoenix Action, Ltd. V. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, de 15 de abril de 2009, ¶193. En aquella instancia, el tribunal declaró “No se considera que el sistema del Convenio/TBI del CIADI proteja las transacciones económicas emprendidas y realizadas con el único propósito de aprovecharse de los derechos contenidos en dichos instrumentos, sin ninguna actividad económica significativa, que es el requisito previo fundamental de la protección de cualquier inversor. Tales transacciones deben considerarse un abuso del sistema” (traducción libre).. Cabe destacar que el tribunal destacó la necesidad de levantar el velo corporativo en supuestos en que la iniciación del arbitraje



restrictivo de la litispendencia y la cosa juzgada impide la aplicación de estas herramientas dentro del marco de sistemas de adjudicación modernos como el arbitraje de inversiones, caracterizados por una jurisdicción especializada y cada vez más espacios de superposición. Por ello, se postula que resulta necesario el re-entendimiento de esta herramienta procesal y sus requisitos dentro del marco del Derecho internacional, de forma de que ella resulte de utilidad para supuestos cada vez más comunes de procedimientos paralelos dentro de un orden jurídico que inevitablemente promueve este tipo de situaciones. Todo ello, en orden a legitimar la consistencia interna del sistema internacional de inversiones.

### 3.6.2. Procedimientos ante un tribunal arbitral de inversiones y un tribunal arbitral comercial internacional

A diferencia del supuesto tratado anteriormente, existe una divergencia clara al momento de tratar el supuesto de procedimientos paralelos entre un tribunal arbitral de inversiones y un tribunal arbitral comercial internacional. Primeramente, es necesario recordar que el arbitraje de inversiones refiere siempre a la disputa mantenida entre un Estado y un inversionista por la responsabilidad internacional del primero, mientras que el arbitraje comercial concierne a puramente a la esfera privada, no estando diseñado para abordar controversias sobre ejercicio excesivo de poder público estatal<sup>614</sup>. Por ende, el Derecho aplicable en ambos casos es necesariamente diferente: en el arbitraje comercial internacional, las normas aplicables están conformadas por el Derecho doméstico que regula el contrato; en el arbitraje de inversiones, en cambio, el Derecho aplicable estará regulado por el Derecho Internacional Público y el Derecho elegido en el TBI correspondiente<sup>615-616</sup>. Al situarse en dos planos diferentes, y a la luz de los requisitos revisados en el capítulo 3.4, una de las primeras cuestiones que surge a la vista es que en la gran mayoría de los casos resultará imposible la aplicación de la litispendencia bajo un supuesto como el descrito, pues la tramitación de ambos procedimientos no se desarrollará dentro del “mismo orden legal”.

Sin embargo, la consideración de que ambos tribunales se encontrarían en una relación asimétrica por la diferencia entre los ordenamientos a los cuales pertenecen (teniendo el tribunal de inversiones autoridad por sobre el arbitraje comercial) ha sido considerada por Harshad Pathak como “genérica y errada”<sup>617</sup>. El argumento que ha dado es que el artículo 42.1 de la Convención CIADI permite expresamente al tribunal decidir conforme al Derecho del Estado contratante:

---

se diera de forma abusiva. ¶140: “Cuando existe - como la Demandada sostiene que es el caso aquí - un abuso de una estructura corporativa, el Tribunal debe mirar más allá de los hechos aparentes y levantar el velo corporativo.” (traducción libre).

614 BROWER, Charles N.; KUMAR, Shashank P. Investomercial Arbitration: Whence Cometh It? What Is It? Whither Goeth It? *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 30 (1), 2015, p. 36.

615 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 379.

616 Cabe recordar que en el supuesto en que el arbitraje de inversiones tenga origen contractual, la vinculación del tribunal arbitral al Derecho internacional se dará de una forma mucho más ambigua, siendo el principal Derecho aplicable aquel designado en el contrato de inversiones en que se encuentra la cláusula arbitral. Si bien resulta una problemática que debe ser resuelta caso a caso, existe mayor probabilidad de que el Derecho aplicable sea el mismo en supuestos de procedimientos paralelos entre un tribunal arbitral de inversiones con origen contractual y un tribunal arbitral comercial.

617 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 386.

*“El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.”*

De esta forma, en ambos casos los tribunales arbitrales decidirían conforme al Derecho doméstico de algún Estado, razón por la cual la afirmación de asimetría entre ambos procedimientos sería errada.

Frente a esta crítica, surge la pregunta plausible sobre cómo debiera ser interpretado el requisito de la equivalencia entre estos tipos tribunales. Así, a juicio de Pathak, la equivalencia de dos tribunales podría ser afirmada cuando ambos poseen “el mismo carácter”, existiendo en estos casos una superposición simétrica entre ambos foros<sup>618</sup>. Bajo esta posición, el arbitraje de inversiones y el arbitraje comercial internacional podrían ser considerados equivalentes por dos razones. Primero, porque en ambos casos la jurisdicción del tribunal encuentra su origen en el consentimiento y no en la ley, existiendo en ambos casos un acuerdo entre las partes de arbitrar sus controversias<sup>619</sup>. Esto distinguiría a este supuesto de la hipótesis de procedimientos paralelos entre tribunales estatales y arbitrales. Y segundo, porque el enfoque tradicional del “mismo orden legal” simplifica en exceso y pasa por alto la competencia cada vez más expansiva de los tribunales arbitrales de inversión, especialmente los arbitrajes de tratado<sup>620</sup>. De esta forma, se estaría omitiendo que “*en el corazón de una disputa de inversiones se encuentran intereses privados o intereses comerciales que deben su existencia al Derecho doméstico*”<sup>621</sup>. Desde esta perspectiva, no existiría objeción alguna respecto a que el desarrollo de los procedimientos paralelos se da dentro del mismo orden legal y, en cambio, debiera observarse directamente la posibilidad de existencia de triple identidad para la aplicación de la litispendencia.

Constatado lo anterior, es preciso recordar que existe una considerable cantidad de trabajos doctrinales y precedentes jurisprudenciales que se han abocado a establecer la diferenciación entre un tratado y un contrato<sup>622</sup>. Ante el usual supuesto de existencia de una cláusula de arbitraje comercial en un contrato entre un inversionista y un Estado a la vez de existir pretensiones ante un tribunal arbitral de inversiones<sup>623</sup>, los tribunales se han apoyado en una comprensión formal de la causa de la

618 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 387.

619 Ibid., pp. 387-388.

620 Ibid., p. 389.

621 ZACHARY, Douglas. The hybrid foundations of investment treaty arbitration. *The British Year Book of International Law*, Vol. 74 (1), 2004, p. 237. Traducción libre de “*At the heart of an investment dispute lies private or commercial interests that owe their existence to municipal law*”.

622 BRENNINKMEIJER, Mees. Ob. Cit., p. 381.

623 DONNELLY, Stephen. Conflicting forum-selection agreements in treaty and contract. *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 69 (4), 2020, pp. 759-787.

acción que elimina cualquier consideración de superposición entre procedimientos<sup>624</sup>. La premisa en este punto es que inexorablemente un tratado y un contrato poseen una base legal diferente, lo que acarrea que necesariamente la causa de las acciones entabladas sea distinta<sup>625</sup>. De esta forma, la imposibilidad de identidad de causas constituiría la segunda razón por la cual resultaría imposible aplicar la litispendencia en el supuesto de procedimientos paralelos entre tribunales arbitrales comerciales y de inversión.

Ahora bien, a juicio del autor de este trabajo, la diferenciación dualista entre el ordenamiento jurídico internacional y el doméstico es simplemente otra forma de presentación de lo que es, en realidad, una diferenciación entre causas de pedir distintas<sup>626</sup>. En otros términos, al hacerse referencia al dualismo intrínseco entre el ordenamiento jurídico nacional e internacional como razón definitiva para la improcedencia de la litispendencia entre estos tribunales, en realidad simplemente se está reformulando la disimilitud entre causas de acciones entabladas bajo ordenamientos jurídicos distintos.

Por tanto, el requisito referido a que los procedimientos paralelos debiesen desarrollarse dentro de un mismo orden legal sería simplemente una reformulación del requerimiento de identidad de causa de pedir. Esta consideración parece haber sido la que se encontró detrás de la decisión del tribunal en *Camuzzi v. Argentina*<sup>627</sup>, el cual determinó que *“tal como una disputa que es puramente contractual tendrá que ser llevada adelante ante el foro previsto en el contrato, así también una disputa relacionada con la interpretación de un tratado ha de ser sometida al mecanismo del tratado. De lo contrario, el contrato anularía la provisión del tratado”*<sup>628</sup>.

Identificado aquello, y despejada la objeción referida al desarrollo de los procedimientos en dos ordenamientos distintos como impedimento para la aplicación de la litispendencia, es preciso sostener que, al menos desde la comprensión de la causa bajo la teoría de la individualización, la causa de la acción siempre resultará efectivamente distinta<sup>629</sup>. Es claro que la responsabilidad buscada ante un tribunal arbitral comercial no tendrá el mismo carácter que aquella perseguida ante un tribunal arbitral de inversiones: en el primero, la perseguida será la responsabilidad civil contractual o extracontractual del deudor o generador del ilícito; en el segundo, será la responsabilidad internacional del Estado. Por tanto, difícilmente podría cumplirse con el requerimiento de la identidad de causas, en tanto las normas invocadas serían esencialmente diferentes. Como se vio en los capítulos precedentes, ésta resulta ser la comprensión mayoritaria de los tribunales arbitrales en materia de inversiones en lo que a la litispendencia se refiere, y no existe evidencia que indique una modifica-

624 PRISLAN, Vid. Domestic courts in investor-state arbitration: partners, suspects, competitors. Doctoral Thesis. Leiden: Leiden University, 2019, p. 345.

625 Ibid., p. 349.

626 En este sentido ver la explicación en Ibid., p. 349 y ss.

627 *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/2, de 11 de mayo de 2005.

628 Ibid., ¶112. Traducción libre de *“Just as a dispute that is purely contract-related will have to be brought before the forum envisaged in the contract, so too a dispute relating to the interpretation of a treaty can be submitted to the mechanisms of that treaty. If the contrary were true, the contract would nullify the provisions of the treaty”*.

629 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 392.

ción de esta comprensión.

Ahora bien, la situación podría cambiar si es que la comprensión de la causa de pedir se diera a la luz de la teoría de la sustanciación. Esto requeriría que los tribunales migrarán hacia la identificación de la identidad de la *causa petendi* como el involucramiento de sustancialmente los mismos hechos relacionados con la inversión, lo cual implicaría un amplio nuevo espacio para la aplicación de la litispendencia. Ello, en definitiva, haría posible la identificación de la identidad de la causa de pedir como requisito para la aplicación de esta institución.

En este sentido, han existido tribunales internacionales que han sido conscientes de los riesgos que puede conllevar una comprensión muy restrictiva del objeto y la causa de pedir<sup>630</sup>. La comprensión estricta del elemento objetivo de la acción habilitaría a los litigantes para incurrir en lo que se ha denominado “*claim splitting*”<sup>631</sup> (que podría ser traducido como “fraccionamiento de pretensiones”). Este fenómeno implica la posibilidad de una parte de evitar el efecto de la cosa juzgada de una decisión previa por medio de la búsqueda de un tipo diferente de responsabilidad o el levantamiento de nuevos fundamentos jurídicos para perseguir la misma pretensión previa<sup>632</sup>.

Ante esta problemática, cierta doctrina ha estimado que ella puede ser abordada de una manera efectiva si se interpreta este requerimiento a la luz de lo que es conocido en el Derecho estadounidense como *collateral estoppel*<sup>633</sup>. Bajo esta institución, cada cuestión relacionada directamente con los elementos fundantes de un asunto ya debatido y resuelto se encuentra imposibilitada de ser perseguida en un nuevo juicio por efecto del juzgamiento previo<sup>634</sup>. En otros términos, esta doctrina denota el efecto preclusivo que se produce cuando una demanda involucra una pretensión diferente (*different claim*) pero la misma cuestión jurídica (*same issue*)<sup>635</sup>.

Ya sea a la luz de esta institución o por la modificación de la comprensión de la causa a través de la teoría de la sustanciación, podría flexibilizarse el requerimiento de la identidad de causa en procesos paralelos seguidos ante tribunales arbitrales comerciales y de inversiones, lo cual ampliaría la posibilidad de identificación de este requerimiento para la aplicación de la litispendencia, además de limitar la posibilidad de doble compensación al inversionista.

Dicho lo anterior, no debe perderse de vista que aun cuando la comprensión de la causa fuese distinta, siguen existiendo limitaciones relevantes para sostener la identidad de partes.

630 REINISCH, August. Ob. Cit., p. 62.

631 DODGE, William. National courts and international arbitration: exhaustion of remedies and res judicata under chapter eleven of NAFTA. *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, Vol. 23, 1999, p. 366.

632 Loc. Cit.

633 Loc. Cit.

634 Ibid., p. 367.

635 TRAUTMAN, Philip. Claim and Issue Preclusion in Civil Litigation in Washington. *Wash. L. Rev.*, Vol. 60, 1984, p. 805.



En principio, podría darse la posibilidad de que en el procedimiento de arbitraje comercial internacional las partes involucradas fueran idénticas a las del arbitraje de inversiones. Sin embargo, como ha sido expresado anteriormente, el esquema jurisdiccional en que se desarrollan los arbitrajes de inversión implica un amplio espacio para que los inversionistas busquen la doble compensación (*double recovery*) a través de la reestructuración empresarial.

En este tipo de situaciones, resulta fundamental que el tribunal recurra a la doctrinal del levantamiento del velo corporativo para observar si existe ánimo fraudulento en la producción de los procedimientos paralelos, o que adopte el “enfoque económico” presentado en las secciones anteriores para efectos de establecer la identidad de partes. Además, nuevamente podrían ocuparse conceptos propios del Derecho anglosajón, relacionados con la institución de la *res judicata* o *claim preclusion*. En Estados Unidos de América se ha considerado que cuando una persona está en relación directa con una de las partes de un juicio iniciado anteriormente (*person in privity with a party to a prior proceeding*) se encuentra impedida de iniciar el nuevo juicio<sup>636</sup>. De esta forma, se podrían ocupar estos conceptos para limitar a un inversionista que busca perseguir por distintas vías la compensación por parte del Estado, cuando ha controlado la litigación paralela que ha mantenido su empresa filial en el arbitraje comercial internacional, buscando el mismo tipo de remedios bajo los mismos fundamentos.

Para finalizar esta sección, es necesario destacar que el análisis presentado muestra que la comprensión tradicional y estricta de la triple identidad y la litispendencia es absolutamente incompatible con el supuesto de procedimientos paralelos entre arbitrajes comerciales y de inversión. Ello, en primer lugar, dado que la causa de la acción (en su comprensión mayoritaria por la jurisprudencia de inversiones) será necesariamente distinta, dado que las normas calificantes de los hechos y los conceptos jurídicos ocupados serán diferentes. Y, en segundo lugar, si bien no existe incompatibilidad intrínseca del requerimiento de identidad de partes, existe un amplio espacio para que inversionistas frustren este elemento, razón por la cual la regla general será que no exista identidad legal de partes.

Sin embargo, parte de la doctrina ha planteado que las dificultades en la aplicación de la litispendencia podrían desaparecer si es que se abordaran sus requerimientos desde otra perspectiva. Bajo esta idea, la percepción de incompatibilidad entre el principio de la litispendencia y el arbitraje de inversiones resultaría de la comprensión excesivamente formal de aquella<sup>637</sup>. Sin embargo, los autores que siguen esta línea destacan que los tribunales arbitrales de inversiones parecen contentar-

636 TRAUTMAN, Phillip. Ob. Cit., p. 819. Ahora bien, existe la pregunta sobre qué implica aquella relación directa mantenida entre la parte en juicio y el “privity”. El autor citado expresa que respecto de esto se han desarrollado tres categorías: una que simplemente considera a futuros compradores o cesionarios de derechos contractuales; otra más general que considera a cualquier persona cuyo interés esté representado por la parte en juicio; y, por último, la categoría más general que considera como tal a quien haya tenido “el verdadero control de la litigación”. Respecto de esto, ver jurisprudencia citada en TRAUTMAN, Phillip. Ob. Cit., pp. 820 y ss.

637 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 392.

se con esta situación, realizando finalmente el dualismo y la autonomía del Derecho internacional como justificación teórica para denegar la litispendencia en este tipo de casos<sup>638</sup>. Lo desconcertante de este panorama es que pareciera profundizar la deslegitimación de este mecanismo de resolución de controversias, al permitir a inversionistas iniciar múltiples procedimientos y ser indemnizado múltiples veces por una misma medida estatal. Los enfoques presentados por este sector de la doctrina, expuestos en esta sección, pretenden ser una alternativa para remediar tal problema.

### 3.6.3. Procedimientos ante un tribunal arbitral de inversiones y un tribunal nacional doméstico

El problema de superposición de procedimientos entre tribunales domésticos e internacionales no está circunscrito a solo el arbitraje de inversiones<sup>639</sup>; sin embargo, la relación entre tribunales nacionales y tribunales arbitrales de inversión da lugar a problemáticas específicas<sup>640</sup>. En términos generales, es posible observar dos puntos de contacto en los cuales podrían superponerse un procedimiento arbitral de inversiones y un procedimiento doméstico<sup>641</sup>: *i)* el primero dice relación con el tradicional supuesto de reclamaciones simultáneas sobre un contrato y un tratado; y *ii)* el segundo dice relación con la iniciación de procedimientos administrativos a la par del arbitraje de inversiones como forma de impugnar la misma actuación estatal<sup>642</sup>. En estos casos, aun cuando las pretensiones ante ambos tribunales son formalmente distintas, la esencia de la disputa involucra los mismos hechos e involucra el mismo perjuicio económico<sup>643</sup>.

En lo referido al primer punto de contacto, este levanta problemáticas similares a los revisados en la sección anterior, respecto al arbitraje comercial internacional. En términos generales, la comprensión mayoritaria de los tribunales arbitrales es que las pretensiones de tratado y de contrato habitan mundos distintos, lo cual ha conllevado a que los mismos realcen la supremacía del Derecho internacional y que desarrollen un sistema autónomo y autorreferencial<sup>644</sup>. Nuevamente, al igual que en el caso anterior, el requisito del mismo orden legal parece ser la primera barrera ante la posibilidad de aplicación de la litispendencia.

638 BRENNINKMEIJER, Mees. Ob. Cit., p. 381; PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 392. Los autores expresan que lo que se encuentra detrás de esta comprensión formalista de la triple identidad y la litispendencia, en realidad, es el interés de los tribunales arbitrales de inversión por afirmar su competencia.

639 Véase NOLLAEMPER, André. Conversations among courts: domestic and international adjudicators. *Handbook of International Adjudication*, (2013-08), 2013.

640 BRENNINKMEIJER, Mees. Ob. Cit., p. 380.

641 Los supuestos expuestos en esta sección son entregados como categorías generales, y no obstan a la existencia de otros supuestos en que la competencia de los tribunales estatales nacionales y tribunales arbitrales de inversión se puedan superponer.

642 BRENNINKMEIJER, Mees. Ob. Cit., p. 380.

643 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; POTESTÀ, Michele. Ob. Cit., p. 34.

644 BRENNINKMEIJER, Mees. Ob. Cit., p. 381. El autor citado hace referencia a una mayoría de decisiones en las cuales los tribunales decidieron rechazar excepciones de incompetencia aún en presencia de cláusulas de elección de foro (ya sea nacionales como arbitrajes comerciales).

Respecto a esto, es posible reconducirse al mismo análisis anteriormente expuesto: esta comprensión formalista de lo que pareciera ser en realidad la causa de la acción ha llevado a que estos tribunales fallen en identificar que los tribunales domésticos pueden resultar igualmente competentes para resolver disputas sobre inversiones<sup>645</sup>. Si bien la distinción tratado-contrato puede resultar analíticamente correcta, ella no dialoga con la realidad de que un tribunal doméstico y un tribunal arbitral de inversiones podrían abocarse a resolver lo que es, en esencia, la misma disputa contractual<sup>646</sup>. La afirmación de que estos tribunales pertenecen a órdenes legales diferentes pasa por alto y simplifica en exceso el hecho de que ninguno de ellos está confinado a decidir una disputa solamente doméstica o internacional<sup>647</sup>. Por último, y sumado a ello, en estos casos se produce nuevamente la tensión revisada en la sección anterior, en lo referido a la identidad de objeto, causa y partes, cuestión que podría reinterpretarse desde una nueva comprensión de estos requisitos.

En lo referido al segundo supuesto, este constituye una situación menos estudiada<sup>648</sup> que la anterior y dice relación con la reclamación que puede llevarse a cabo en sede administrativa (o contencioso-administrativa) en paralelo al arbitraje de inversiones. En efecto, la posibilidad de recurrir por medidas arbitrarias estatales ante los tribunales nacionales no es incompatible con la posibilidad de recurrir al arbitraje de inversiones<sup>649</sup>; por ejemplo, en el supuesto en que se requiera la ilegalidad de un acto administrativo ante el tribunal doméstico chileno y la vulneración del tratado a nivel internacional.

Una buena demostración del caso anterior es cuando existen actos administrativos que implican una limitación tal al ejercicio de propiedad, que el inversionista persigue ante los tribunales nacionales la ilegalidad del acto por la expropiación indirecta de la inversión y la indemnización por vulneración al tratado ante los tribunales arbitrales de inversión<sup>650</sup>. En un caso como este, la posibilidad de existencia de procedimientos paralelos no solo acarrea problemas prácticos (como mayores costos o la existencia de decisiones contradictorias) sino que también referidos a la legitimidad del sistema del arbitraje de inversiones<sup>651</sup>. En estos casos, el hecho de que la misma medida administrativa sea revisada por dos foros distintos, bajo estándares probatorios y reglas distintas, conlleva la necesidad de coordinación en términos de *timing* y vinculación de las decisiones emanadas<sup>652</sup>.

Ahora bien, la pregunta relevante en este punto es si la litispendencia puede constituir una herra-

645 Ibid., p. 382.

646 Ibid., p. 389.

647 JARDIM OLIVEIRA, Thiago Braz. The authority of domestic courts in adjudicating international investment disputes: Beyond the distinction between treaty and contract claims. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 4 (1), 2013, pp. 175-176.

648 WEHLAND, Hanno. Domestic Courts and Investment Treaty Tribunals: The Effect of Local Recourse Against Administrative Measures on the Breach of Investment Protection Standards. *Journal of International Arbitration*, Vol. 36 (2), 2019, p. 208.

649 WEHLAND, Hanno. Ob. Cit., p. 207.

650 Como caso en que este tema es discutido, *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, de 16 de septiembre de 2003.

651 BJORKLUND, Andrea K. Private rights and public international law: why competition among international economic law tribunals is not working. *Hastings LJ*, Vol. 59, 2007, pp. 243 y ss; FRANCK, Susan. Ob. Cit., p. 1557.

652 WEHLAND, Hanno. Ob. Cit., p. 207.

mienta relevante para hacer frente a este tipo de situaciones. Si se entra en el análisis de la triple identidad como requerimiento para aplicar la litispendencia, difícilmente se podrá llegar a la conclusión de que estos elementos se cumplen. Ello, tanto desde la comprensión formalista predominante en los tribunales arbitrales de inversiones, como desde la comprensión flexible de estos elementos propuesta por algunos autores.

Lo anterior se ve corroborado por el hecho de que el “bien de la vida” (en términos de Ignacio Ried) perseguido en ambos juicios es derechamente diferente: en un caso, se buscará la anulación por la inconstitucionalidad o ilegalidad del acto administrativo que impide al inversionista de ejercer su negocio dentro del territorio de un país; en el otro, se perseguirá la responsabilidad internacional del Estado receptor y la indemnización de perjuicios correspondiente. Si bien las partes podrían ser eventualmente las mismas, el elemento objetivo de las acciones será necesariamente distintos; tanto los objetos como las causas de pedir serán distintas.

A juicio del autor, situaciones como las descritas escapan del ámbito de aplicación de la excepción de litispendencia, toda vez que la disputa mantenida en estos casos no es esencialmente la misma. Sin embargo, en estos casos existe una vinculación lógico-jurídica entre objetos procesales, de forma tal que la decisión de un tribunal constituye un presupuesto lógico de la decisión posterior. La declaración de ilegalidad del acto administrativo estará necesariamente vinculada a la decisión de un tribunal arbitral de inversiones, al momento de analizar si ha existido una expropiación indirecta o vulneración al trato justo y equitativo. Ello, en tanto la observancia del Derecho doméstico será uno de los puntos trascendentales para evaluar si es que el Estado efectivamente ha incumplido sus obligaciones internacionales<sup>653</sup>.

Desde esta perspectiva, casos como estos pueden ser calificados como verdaderos supuestos de prejudicialidad heterogénea. Es decir, casos en que existen dos tribunales de distinta competencia que resuelven “*cuestiones de carácter sustantivo y no procesal susceptibles, por sí mismas, de ser discutidas como objeto autónomo en un proceso principal*”<sup>654</sup>. Como bien se indicó en el segundo capítulo de este trabajo, los supuestos de prejudicialidad han sido abordados desde la institución de la litispendencia impropia en Chile, dada la ausencia de regulación sistemática de esta institución. Sin embargo, en varios países del *civil law* como España, Alemania o Italia, la prejudicialidad tiene un tratamiento regulatorio propio diferenciado de la litispendencia, gozando de un amplio espacio y un importante rol en lo que refiere a coordinación de procedimientos<sup>655</sup>.

653 En este sentido, véase el caso *Emmis v. Hungary* tratado en la sección 3.7.1 “Vinculación lógico-jurídica entre objetos procesales”. A su vez, resulta ilustrativo tener en consideración el razonamiento del tribunal arbitral en *Mr. Tza Yap Schum v. The Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6, de 7 de julio de 2011, ¶¶165, ¶¶107, ¶¶175, ¶¶194. Adjudicando una disputa sobre expropiación indirecta por medidas cautelares adoptadas por la administración tributaria, el tribunal arbitral determinó que la entidad administrativa había vulnerado la diligencia debida exigible al no comprobar la existencia de todas las situaciones fácticas y los requisitos previstos en el Derecho peruano para hacer procedente este tipo de medidas. Para mayor profundidad véase PRIETO, María José. Expropiación indirecta por medidas cautelares en procedimiento tributario. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39 (3), 2012, pp. 809-817.

654 RIVERO, Renée. Ob. Cit., p. 414.

655 En este sentido, ver artículos 36 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, el § 148 del Código Procesal Civil alemán y el artículo 34 del Codice di Procedura Civile italiano. Para un examen detallado de la prejudiciali-



De esta forma, y a modo de conclusión, resulta claro que la litispendencia no es la herramienta idónea para hacer frente a situaciones como la descrita. La excepción de litispendencia ha requerido tradicionalmente la triple identidad para su procedencia, por lo que para su aplicación es necesaria la identificación de estos elementos.

La comprensión formalista de estos elementos no dialoga con la situación en que dos objetos procesales se encuentran en relación de conexidad, ya sea porque se encuentran en relación de accesoria (como los casos de reclamaciones contractuales y de vulneración a un tratado en presencia de una cláusula paraguas) o de prejudicialidad (como cuando se reclama judicialmente por los actos de la administración y ante los tribunales de inversión por vulneración de trato justo y equitativo o expropiación indirecta). De ahí que en la gran mayoría de supuestos de procedimientos paralelos que han sido tratados en esta sección, la litispendencia no resulte aplicable. A juicio del autor de esta tesis, la razón detrás de esto radica en la incompatibilidad de la triple identidad con la gran mayoría de situaciones de procedimientos paralelos que se pueden desarrollar.

Sin perjuicio de lo anterior, como ha sido expuesto, cabe destacar que ha sido planteada por diversos autores de la doctrina internacional la necesidad de una reformulación de estos elementos, a la luz de un entendimiento más flexible de la triple identidad en orden a hacer procedente la litispendencia en casos como estos. Sin embargo, estas posiciones inevitablemente pierden de vista la existencia de supuestos en los que, a pesar de existir una relación de conexión entre objetos procesales, será imposible reconocer las identidades requeridas para hacer procedente adecuadamente la excepción de litispendencia. En este punto, y dada la dificultad de aplicar la institución en casos como estos, un autor comprensiblemente se pregunta *“¿no sería una mejor solución reconceptualizar la litispendencia bajo el derecho nacional?”*<sup>656</sup>.

Esto, nuevamente, parece ser un símil de la tensión existente en la doctrina chilena, referida a la necesidad de triple identidad para la excepción de litispendencia y la posibilidad de aplicar la litispendencia impropia por relación de conexidad o prejudicialidad. Ahora bien, revisada la regulación que tienen estas instituciones en el Derecho comunitario y en distintos ordenamientos del Derecho continental, la pregunta plausible a juicio de este autor es si, en vez de utilizar la institución de la excepción de litispendencia ¿no debieran los tribunales arbitrales de inversiones tomar en consideración las instituciones de la prejudicialidad y la conexidad, de modo de suspender los procedimientos llevados ante ellos cuando existe un procedimiento cercanamente relacionado? ¿no sería esta una solución más adecuada ante la situación de procedimientos paralelos en ausencia de triple identidad?

---

dad en el derecho europeo, véase POUGET, Miguel Ángel. La cuestión prejudicial en Derecho Europeo: una perspectiva de parte. Tesis de Doctorado. Murcia: Universidad Católica de Murcia, 2017.

656 NOVÝ, Zdeněk. Ob. Cit., p. 548. Traducción libre de *“However, would not it be a better solution for states to reconceptualize lis pendens under national law?”*.

### 3.7. Constatación de problemas y posibles soluciones

El Derecho Internacional, en sus orígenes, estuvo fundado en analogías del derecho nacional<sup>657</sup>. Por ello, ha sido tradicionalmente pobre en reglas procedimentales, cuestión que llevó a ocupar conceptos procesales propios de los Derechos nacionales<sup>658</sup>. Esta situación rudimentaria del Derecho Procesal Internacional hace necesario recurrir constantemente a los principios procesales de los Derechos domésticos para informar y llenar los vacíos que se puedan producir<sup>659</sup>. Sin embargo, esta situación conlleva a que en una multiplicidad de casos no existan herramientas adecuadas para tratar con la eventualidad de casos que se pueden producir.

Como se pudo observar del análisis presentado, la excepción de litispendencia es un ejemplo de esta situación. El hecho de que esta institución resulte inaplicable en una gran mayoría de supuestos de procedimientos paralelos solo muestra su incompatibilidad con el arbitraje de inversiones y en específico, con el arbitraje de tratado. En definitiva, el requerimiento de triple identidad como estándar de procedencia no dialoga con la creciente posibilidad de existencia de procedimientos en relación de conexidad con el procedimiento de protección de inversiones. Esta disconformidad de la litispendencia con este contexto procesal ha llevado a que la doctrina plantee nuevas formas de entender este estándar. Sin embargo, la pregunta plausible que podría formularse en este punto es si en cambio, no debiera observarse instituciones distintas a la litispendencia como forma de solución ante la existencia de procedimientos conexos.

En las próximas páginas, se entregarán posibles soluciones al problema de procedimientos conexos y prejudiciales, haciendo uso de conceptos procesales domésticos. A conocimiento del autor, no existen investigaciones que hayan aventurado en las soluciones que se entregarán. Por ello, el autor de esta tesis hace la prevención de que las ideas expuestas en este trabajo son a modo de propuesta y, por tanto, requieren una investigación más profunda y detallada.

#### 3.7.1. Vinculación lógico-jurídica entre objetos procesales

Una de las razones de por qué la litispendencia no es aplicable en casos de procedimientos paralelos ante tribunales arbitrales de inversión y tribunales arbitrales comerciales o domésticos es debido a que, en la gran mayoría de los casos, los objetos procesales de ambos juicios no se encontrarán en relación de identidad, sino que de vinculación lógico-jurídica. Es decir, se requerirá la acreditación de una premisa “A” para poder entrar en el juzgamiento de la conclusión “B”<sup>660</sup>. Puesto, en otros tér-

657 Ibid., p. 539.

658 Loc. Cit.

659 BIEHLER, Gernot. *Procedures in International Law*. Dublin: Springer, 2008, p. 57.

660 Este problema ha sido tratado en la literatura bajo el tópico de investigación de “jurisdicción incidental” de los tribunales arbitrales de inversión. En este sentido, CHERNYKH, Yuliya. Ob. Cit., pp. 293 y ss. En este punto, véase la discusión

minos, para lograr acreditar la responsabilidad internacional de un Estado, un tribunal arbitral puede requerir, como paso lógico para llegar a su decisión, la acreditación de una determinada relación jurídica propia del Derecho nacional<sup>661</sup>. Claros supuestos de esta situación es la necesidad de decidir cuestiones referidas a la existencia o alcance de derechos de propiedad sobre bienes objeto de una inversión en el caso de expropiaciones ilegales<sup>662</sup>, o la hipótesis referida anteriormente en relación a procedimientos contencioso-administrativos ante los tribunales nacionales por la actuación ilegal de la administración, cuando se alega vulneración al trato justo y equitativo.

Como podrá observarse de estas situaciones, ellas pueden ser asimiladas al supuesto de una situación de prejudicialidad en los términos descritos en el Capítulo 2.5, en la cual dos cuestiones se encuentran vinculadas lógico causalmente, pero poseen una autonomía tal que pueden ser objeto de juicios distintos. Por ejemplo, la acreditación de existencia de propiedad sobre un bien es antecedente lógico para la calificación de una actuación estatal como expropiatoria, pero no es, en principio, objeto de competencia del tribunal arbitral porque la acreditación de existencia de un derecho de propiedad debe ser constatada por los tribunales del Estado receptor, conforme al Derecho doméstico. Por tanto, aquella decisión previa usualmente será de competencia de los tribunales civiles nacionales, o eventualmente de un tribunal arbitral comercial. En esta situación, a juicio del autor de este trabajo, existe un supuesto de prejudicialidad heterogénea; es decir, una situación en la que existen dos cuestiones susceptibles de ser discutidas en juicios independientes ante tribunales con competencia distinta, pero que se encuentran en relación de conexión por estar vinculadas lógico-jurídicamente. De ahí que no resulte adecuado tratar esta situación mediante la excepción de litispendencia.

Ante la ausencia de regulación de una situación compleja, la pregunta obvia es como debiera tratar un tribunal arbitral de inversiones una situación como la referida. A juicio del autor de esta tesis, existen dos perspectivas desde la cual abordar el referido problema. La primera, vinculada a la tesis dualista expresada en las secciones anteriores, considera que los tribunales arbitrales de inversiones pueden abordar los procedimientos seguidos ante tribunales nacionales pendientes como un “mero hecho más”, no siendo comparables ambos procesos<sup>663</sup>. Bajo esta tesis, no existiría mayor problema en que un tribunal arbitral de inversiones decidiera en contradicción de la decisión de un tribunal nacional, aun cuando este último haya decidido una disputa que está vinculada jurídicamente con la controversia de inversiones. De ahí que la existencia de una cuestión prejudicial pendiente de ser resuelta fuera irrelevante desde el punto de vista internacional. Por otro lado, la segunda perspectiva cuestiona si esta aproximación es realmente compatible con la realidad contemporánea del ingreso cada vez más patente del Derecho Internacional en el Derecho doméstico<sup>664</sup>, y se pregunta si es que acaso la decisión del tribunal nacional debería vincular en cierto grado a la decisión internacional, como forma de coordinación entre las autoridades judiciales de estos

---

referida a incidentes y prejudicialidad homogénea indicada en el capítulo 2.5.

661 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 380.

662 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 380.

663 NOVÝ, Zdeněk. Ob. Cit., p. 542.

664 Loc. Cit.

En este sentido, es posible observar en la jurisprudencia dos enfoques radicalmente distintos sobre este tópico, lo que a juicio del autor de esta tesis encuentra su origen en las dos posturas expuestas en el párrafo anterior. Un ejemplo de la primera postura presentada es el caso *CIADI Wena Hotels v. Egypt*<sup>665</sup>. En él, Wena Hotels (Wena), una empresa británica, suscribió dos contratos de arrendamiento en 1989 de dos hoteles ubicados en Egipto con Egyptian Hotels Company (EHC), una empresa pública afiliada a la autoridad en el sector de turismo de Egipto. Poco después de haber entrado en los contratos, disputas surgieron entre ambas empresas en relación con sus respectivas obligaciones bajo uno de ellos. A juicio de Wena, uno de los hoteles había sido entregado en condiciones considerablemente inferiores a las estipuladas, razón por la cual retuvo parte de la renta como lo permitía el contrato. Por su parte, EHC hizo efectiva parte de la garantía que había sido otorgada por parte de la arrendataria. En mayo de 1990, Wena comenzó un procedimiento arbitral *ad-hoc* de carácter comercial, en virtud de una cláusula compromisoria contenida en el contrato, relativa a la disputa que había sido mantenida. En aquel procedimiento, el tribunal determinó negativamente la existencia de derechos de propiedad de Wena respecto del contrato pactado bajo el Derecho nacional del Estado receptor y determinó que debía pagar el monto restante de las rentas<sup>666</sup>.

Posteriormente, la misma empresa inició un procedimiento CIADI en contra del gobierno de Egipto, en virtud de que EHC había operado en línea con los lineamientos políticos del Gobierno egipcio, imputándosele a este último una expropiación ilegal y la vulneración al trato justo y equitativo que debía proporcionarle en virtud del Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones suscrito entre el Reino Unido y Egipto. Como resultado de estas medidas, Wena solicitó la declaración de incumplimiento de obligaciones de la parte demandada por la expropiación sin una compensación pronta, adecuada y efectiva, y que se le concediera una indemnización por 62 millones de dólares.

Sin embargo, al momento de decidir el caso, el panel decidió no considerar como relevante aquello decidido por el tribunal *ad-hoc* en 1990 y encontró al Estado responsable de la expropiación, condenándolo a compensar al inversionista<sup>667</sup>. El laudo fue sometido a un procedimiento de anulación<sup>668</sup>, en el cual Egipto objetó precisamente la inobservancia de aquello establecido por el tribunal comercial diez años antes. Ante ello, el comité de anulación sostuvo “*que la disputa del tribunal involucraba a partes diferentes (...), y concernía a una materia totalmente distinta al aspecto comercial de los contratos de arrendamiento*”<sup>669</sup>. Más aún, el tribunal argumentó “*El comité no puede ignorar que obviamente existe una conexión entre los arrendamientos y el APPI dado que el primero fue diseñado para operar bajo la protección de este último como una materialización de la inversión.*”

665 *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, de 8 de diciembre de 2000.

666 *Ibid.*, ¶120.

667 *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ¶177.

668 *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision of the Annulment Committee, de 28 de junio de 2002.

669 *Ibid.*, ¶129. Traducción libre de “*The dispute before the Tribunal involved different parties, namely the investor and the Egyptian State, and concerned a subject matter entirely different from the commercial aspects under the leases*”.



*Pero esta es simplemente una condición precedente para la operatividad del APPI. No significa la amalgamación de instrumentos legales diferentes y mecanismos de resolución de disputas (...). La función privada y pública de estos instrumentos ha de mantenerse separada y distinguida*"<sup>670</sup>. Así, el tribunal terminó por confirmar la decisión que había sido dictada en contradicción a lo que había sostenido el tribunal comercial.

Un segundo caso de características muy parecidas y en que se siguió un razonamiento similar a los tribunales del caso *Wena* fue en *Helnan v. Egypt*<sup>671</sup>. En este caso, el demandante era una empresa danesa que suscribió un contrato para la gestión y explotación de un hotel cinco estrellas en el Cairo con la Organización Egipcia de Turismo y Hoteles (EGOTH). A raíz de una rebaja de la categoría del hotel por parte del Ministerio de Turismo, Helnan (el inversionista) inició un arbitraje contractual doméstico bajo las reglas del Centro Regional del Cairo de Arbitraje Internacional. Este procedimiento terminó con un laudo que declaró terminado el contrato de gestión y requirió al inversionista devolver el hotel a EGOTH. Los intentos del inversionista por anular el laudo dictado fueron infructíferos, toda vez que los recursos interpuestos fueron rechazados por los tribunales superiores de Egipto. Luego de que el laudo fuera ejecutado y el hotel fuese devuelto a EGOTH, el inversionista inició un procedimiento CIADI en contra de Egipto, alegando que su inversión había sido expropiada ilegalmente, vulnerando el Tratado Bilateral de Inversiones entre Egipto y Dinamarca<sup>672</sup>.

El tribunal en este caso, considerando el efecto del laudo dictado por el arbitraje doméstico y que el mismo había sido confirmado por las cortes egipcias, constató que debía *"aceptar las conclusiones de los tribunales locales siempre que no se demuestren deficiencias, de procedimiento o de fondo, en los procedimientos domésticos, que sean de tal naturaleza que las hagan inaceptables desde el punto de vista del Derecho internacional, como en el caso de una denegación de justicia"*<sup>673</sup>. Si bien esta declaración parece ir en contra del razonamiento del caso *Wena* y mostrar una inclinación a la coordinación de procedimientos, en realidad implicó una conclusión similar a la del caso anteriormente analizado.

En particular, el tribunal se limitó a referir a la denegación de justicia como solo una de varias posibilidades para contrariar lo decidido en el arbitraje doméstico, reconociendo que las deficiencias sustantivas también podrían hacer problemático el resultado de los procedimientos locales desde

<sup>670</sup> Ibid., ¶35. Traducción libre de *"The Committee cannot ignore of course that there is a connection between the leases and the IPPA since the former were designed to operate under the protection of the IPPA as the materialization of the investment. But this is simply a condition precedent to the operation of the IPPA. It does not involve an amalgamation of different legal instruments and dispute settlement arrangements. Just as EHC does not represent the State nor can its acts be attributed to it because of its commercial and private function, the acts or failures to act of the State cannot be considered as a question connected to the performance of the parties under the leases. The private and public functions of these various instruments are thus kept separate and distinct"*.

<sup>671</sup> *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, de 3 de julio de 2008.

<sup>672</sup> *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ¶3-8.

<sup>673</sup> Ibid., ¶106. Traducción libre de *"the Tribunal will accept the findings of local courts as long as no deficiencies, in procedure or substance, are shown in regard to the local proceedings which are of a nature of rendering these deficiencies unacceptable from the viewpoint of international law, such as in the case of a denial of justice"*.

la perspectiva del Derecho internacional<sup>674</sup>. Curiosamente, el tribunal además hizo referencia al requisito del “mismo orden legal” para la aplicación de la cosa juzgada, sosteniendo que el efecto de cosa juzgada de una decisión de un tribunal nacional resultaba aplicable “solo dentro del orden legal al cual pertenece”, el cual en este caso era el ordenamiento jurídico egipcio y no el Derecho internacional<sup>675</sup>. Por tanto, el tribunal concluyó que las determinaciones arribadas en el arbitraje local solo eran vinculantes “meramente como cuestiones de Derecho doméstico”<sup>676</sup>.

Como se podrá notar de los casos anteriormente analizados, en ambos parece existir la aproximación a las decisiones nacionales existentes simplemente como un asunto de Derecho doméstico que no tiene efecto alguno sobre la disputa de inversiones, ni sobre la decisión del tribunal arbitral internacional. Lo que resulta curioso es que, si bien esta postura parece ser mayoritaria en la jurisprudencia<sup>677</sup>, ella ha encontrado duras críticas por parte de los autores.

En cuanto a *Wena*, por ejemplo, tanto el fallo emitido por el tribunal arbitral de inversiones en la primera presentación, como la decisión del comité de anulación, fueron duramente criticados por la doctrina, por su falta de fundamentación lógica y omisión de motivación adecuada<sup>678</sup>. Como bien es notado por Zachary Douglas en su crítica a las referidas decisiones, *“Una simple dicotomía entre cuestiones ‘comerciales’ y ‘TBI’ es insostenible. Lejos de tener un objeto ‘completamente diferente’, el arbitraje contractual y el arbitraje del tratado de inversión se referían a la inversión de Wena en Egipto. Dicha inversión consistía en el arrendamiento de dos hoteles. Si Wena hubiera incumplido sus obligaciones en virtud de los contratos de arrendamiento de tal forma que EHC tuviera derecho a rescindir los contratos de arrendamiento de conformidad con la legislación aplicable, no habría habido inversión que expropiar”*<sup>679</sup>. Lo que la crítica de Douglas muestra es, a juicio de este tesista, la necesidad de coordinar la actuación de tribunales que aplican el Derecho doméstico y los tribunales arbitrales internacionales de inversión en el especial supuesto de que existan puntos de contacto entre ambos ordenamientos. El razonamiento de los tribunales de los casos anteriormente analizados es, en realidad, una sobre simplificación de la aparente distinción entre los dominios del arbitraje doméstico comercial y los tribunales nacionales, por un lado, y el arbitraje de inversiones, por el otro<sup>680</sup>.

Desde una vereda contraria, han existido tribunales que, en línea con la segunda postura ante-

674 Ibid., ¶108.

675 Ibid., ¶123-125.

676 WEHLAND, Hanno. Ob. Cit., p. 216.

677 Véase jurisprudencia citada en nota 39 en WEHLAND, Hanno. Ob. Cit., p. 216.

678 MAUPIN, Julie. The Awards in *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*. En: ÁLVAREZ, Guillermo; REISMAN, Michael. *The Reasons Requirement in International Investment Arbitration*. Leiden: Martinus Brill Nijhoff, 2008, pp. 231-260.

679 DOUGLAS, Zachary. The international law....Ob. Cit., p. 58. Traducción libre de *“A simple dichotomy between ‘commercial’ and ‘BIT’ questions is untenable. Far from having an ‘entirely different’ subject matter, the contractual arbitrations and the investment treaty arbitration all concerned Wena’s investment in Egypt. That investment was in the form of leaseholds over two hotels. If Wena had breached its obligations under the lease agreements such that EHC was entitled to terminate the leases in accordance with their governing law, then there would have been no investment to expropriate”*.

680 En un sentido similar ver PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 381.

riormente expuesta, han limitado el alcance de su decisión en función de lo ya decidido por los tribunales locales<sup>681</sup>. Un primer ejemplo de esto fue el caso *Azinian v. Mexico*<sup>682</sup>. En este caso, los demandantes eran accionistas estadounidenses de una empresa mexicana, la cual suscribió un contrato de concesión para la recolección de basura con la administración del suburbio de Ciudad de México. En el caso, la Administración decidió anular el contrato, fundado en una serie de presuntas irregularidades relacionadas con que los demandantes habrían falseado su experiencia y capacidades al momento de la contratación. En el caso, la compañía mexicana apeló de la decisión de la administración ante los tribunales administrativos mexicanos y perdió en tres instancias. Luego, los accionistas estadounidenses iniciaron un procedimiento de inversiones en contra de México, por la presunta expropiación ilegal en vulneración al NAFTA (Tratado de Libre Comercio de América del Norte).

El tribunal arbitral de inversiones consideró que la pretensión resultaba admisible, pero estimó que no podía examinar si las medidas administrativas de las autoridades mexicanas constituían una expropiación, dado que los tribunales mexicanos ya habían decidido que la terminación del contrato de concesión había sido ajustada a derecho<sup>683</sup>. El tribunal constató que *“una autoridad gubernamental no puede ser reprochada por actuar de una manera validada por los tribunales nacionales, a menos que los mismos tribunales hayan desobedecido en el plano internacional”*<sup>684</sup> (énfasis agregado). Apuntando a que los reclamantes no habían invocado la denegación de justicia o la persecución de algún fin ajeno al establecimiento de la justicia por parte de los tribunales mexicanos, el tribunal decidió rechazar las pretensiones entabladas. De esta forma, el razonamiento del tribunal sugiere que una vez que una medida administrativa ha sido confirmada en su legalidad por los tribunales nacionales, esta confirmación excluiría la revisión por parte de los tribunales de inversión<sup>685</sup>. Es decir, en este caso la decisión doméstica vinculó (sólo en cierto grado) a la decisión del tribunal de inversiones.

Un segundo caso en que se siguió un razonamiento similar, aunque con características distintas, fue *Emmis v. Hungary*<sup>686</sup>. Los inversionistas en el caso alegaron la expropiación ilegal de la propiedad que tenían sobre licencias otorgadas en virtud de un acuerdo de radiodifusión suscrito con el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión de Hungría. Los inversionistas, en el caso, tenían el derecho de renovar su licencia después del 18 de noviembre de 2009 bajo la condición de que, durante sus licencias, ofrecieran un servicio idóneo, se ajustarán a las disposiciones contractuales y ofrecieran una tarifa adecuada. El Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, sin embargo, decidió no renovar la licencia y realizó un nuevo llamado a concurso público.

De esta forma, los inversionistas iniciaron un procedimiento arbitral ante el CIADI en octubre del 2011, alegando la presunta expropiación ilegal de la inversión sobre la licencia de una de las radios

681 Ver WEHLAND, Hanno. Ob. Cit., pp. 212 y ss.

682 *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, de 1 de noviembre de 1999.

683 *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States*, ¶196-97.

684 *Ibid.*, ¶197. Traducción libre de “A governmental authority surely cannot be faulted for acting in a manner validated by its courts unless the courts themselves are disavowed at the international level”.

685 WEHLAND, Hanno. Ob. Cit., p. 214.

686 *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V. and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi ÉS Szolgáltató KFT v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/2, de 16 de abril de 2014.

nacionales<sup>687</sup>. Ante ello, la parte demandada se opuso a la competencia del tribunal arbitral bajo los argumentos de que este carecía de competencia *ratione materiae* y *ratione voluntatis* para conocer de la disputa. En lo referido a la primera objeción, el tribunal determinó que, a menos que la parte demandante tuviese derechos de propiedad bajo el Derecho húngaro en el período posterior al 18 de noviembre de 2009, no era posible que tuviese una pretensión referida a una inversión y, por ende, carecía de competencia *ratione materiae*<sup>688</sup>.

En este orden de ideas, el tribunal arbitral primeramente sostuvo que, para determinar la existencia de derechos de propiedad del inversionista, era necesario hacer referencia al Derecho nacional del Estado receptor, pues el *“Derecho Internacional Público no crea derechos de propiedad”*<sup>689</sup>. En seguida, el tribunal razonó que cuando se presentaba una pregunta propia del Derecho interno, el mismo debía intentar determinar el contenido del Derecho aplicable en concordancia con cómo sería entendido y aplicado por los tribunales nacionales. A su juicio *“tanto las determinaciones de los tribunales nacionales como el contenido de la ley interna que son llamados a aplicar pueden ser de gran ayuda para un tribunal internacional”*<sup>690</sup>. De esta forma, el tribunal arbitral de inversiones procedió a determinar si es que la parte demandante tenía derechos de propiedad al momento de realizarse la presunta expropiación, observando la dinámica propia del Derecho húngaro y de los tribunales nacionales húngaros<sup>691</sup>. Finalmente, el tribunal arbitral declinó su competencia por falta del elemento *raatione materiae* al considerar que no existía derecho de propiedad.

Si bien en este caso no existía una decisión previa emanada de un tribunal doméstico, el razonamiento del tribunal arbitral pareciera indicar que quienes se encuentran en mejor posición para zanjar las cuestiones dentro de la órbita del Derecho nacional son los tribunales domésticos, siendo vinculante esta decisión a nivel internacional. En caso de no existir una decisión nacional previa que tenga autoridad de cosa juzgada, el tribunal arbitral de inversiones podría reclamar la competencia para zanjar aquella cuestión relacionada con el Derecho nacional<sup>692</sup>.

Por último, un caso prístino en que se limitó el alcance de revisión por parte del tribunal arbitral internacional fue *Alghanim v. Jordan*<sup>693</sup>. En este caso, los inversionistas kuwaitíes tenían el 66% de la

687 *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V. and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi ÉS Szolgáltató KFT v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/2, de 16 de abril de 2014, ¶15.

688 *Ibid.*, ¶156.

689 *Ibid.*, ¶162. Traducción libre de *“Public international law does not create property rights”*.

690 *Ibid.*, ¶176. Traducción libre de *“(…) determinations of municipal courts as to the content of the municipal laws that they are mandated to apply are likely to be of great help to an international tribunal”*.

691 *Ibid.*, ¶178 y ss.

692 Nótese que el tribunal en el caso *Emmis* aceptó la distinción entre el Derecho nacional e internacional, y razonó que cada orden legal mantenía su propia independencia en el juzgamiento del caso. Sin embargo, sostuvo que para determinar la existencia de derechos de propiedad susceptibles de ser expropiados, debía referirse al Derecho doméstico del Estado anfitrión. A juicio del autor de este trabajo de tesis, el tribunal en este caso actuó como en un supuesto de prejudicialidad no devolutiva; esto es, el supuesto en que se le reconoce a un tribunal la competencia para decidir aquella cuestión prejudicial (que naturalmente no sería de su competencia) como un elemento más para el pronunciamiento de fondo sobre la cuestión principal que sí es de su competencia. En este último sentido, ver ROMERO SEQUEL, Alejandro. La prejudicialidad... Ob. Cit., p. 468.

693 *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting & others v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/13/38, de 14 de diciembre de 2017.



empresa jordana “UMC”, a través de una segunda empresa jordana llamada “UTT”. En 2004, le fue concedida a UMC una licencia para explotar una red de telecomunicaciones móviles en Jordania. Dos años más tarde, los demandantes, a través de UTT, vendieron su participación en UMC a un inversor bahreiní. En 2008, el “Departamento Jordano de Impuestos sobre la Renta y las Ventas (*Jordanian Income and Sales Tax Department*)” decidió que UTT debía pagar el impuesto sobre la renta por la venta de su participación en UMC. UTT impugnó esta decisión ante el tribunal tributario de apelación y posteriormente ante la Corte de Casación de Jordania. Estos recursos no prosperaron, siendo el último desestimado en el año 2012.

En 2013, los demandantes iniciaron un procedimiento CIADI en contra de Jordania por vulneración al TBI entre Jordania y Kuwait. Los demandantes sostenían que la imposición del impuesto no tenía fundamento legal en el Derecho jordano y que esta medida, en realidad, fue impuesta por presiones políticas<sup>694</sup>. En particular, se alegó que la responsabilidad del Estado no lo era por las decisiones de los tribunales nacionales, sino que por “infracciones no corregidas por los tribunales”<sup>695</sup>.

Al momento de resolver la controversia, el tribunal arbitral se remitió a las conclusiones del tribunal del caso *Azinian v. Mexico* analizado anteriormente y, en particular, a la afirmación de que “una autoridad gubernamental no puede ser reprochada por actuar de una manera validada por sus tribunales, a menos que la conducta misma de los tribunales constituya una violación del tratado”<sup>696</sup>. De esta forma, el tribunal arbitral consideró que la decisión de la Corte de Casación jordana no era arbitraria, sino que resultaba “razonablemente abierta a la Corte”<sup>697</sup>. Después de analizar si el impuesto aplicado había sido políticamente motivado, el tribunal arbitral terminó por rechazar la pretensión entablada.

Como es posible apreciar, la aproximación de ambas corrientes jurisprudenciales al Derecho doméstico y a las decisiones de los tribunales nacionales es radicalmente diferente. Mientras que en el primer caso los tribunales arbitrales se fundaron en la separación conceptual entre la controversia internacional y la disputa doméstica para contrariar lo resuelto a nivel interno, en el segundo caso se observó atentamente la dinámica del contexto doméstico y las decisiones existentes de los tribunales nacionales, entendiendo los tribunales de inversiones que se encontraban vinculados por el Derecho nacional y lo decidido a nivel doméstico. Como se indicó, lo que se encuentra detrás de esta radical diferenciación, a juicio del autor, es la discusión expuesta al comienzo de esta sección. Es decir, la posibilidad de un tribunal internacional de observar la sentencia de un tribunal nacional como un elemento que puede ser desatendido (dada la separación conceptual del Derecho internacional y el doméstico), incluso cuando el laudo final contraría lógico-jurídicamente lo determina-

694 Ibid., ¶1271.

695 Ibid., ¶1206.

696 Ibid., ¶1293. Traducción libre de “A governmental authority surely cannot be faulted for acting in a manner validated by its courts unless the courts themselves are disavowed at the international level”.

697 Ibid., ¶1469. Traducción libre de “the Tribunal finds the interpretation of the 1985 Tax Law upheld by the Court of Cassation in this matter to have been reasonably open to it. The Tribunal does not consider that the judgment is inexcusable”.

do en el juzgamiento nacional, en contraposición a la vinculación de las decisiones nacionales en el juzgamiento de un paso lógico para la determinación de responsabilidad internacional en el juicio de inversiones, como forma de coordinar la actividad judicial. La tensión que se produce en estos casos es descrita por algunas autoras en los siguientes términos: si los tribunales domésticos son demasiado intervencionistas, ello socavara la autonomía de estos tribunales para decidir disputas internacionales sobre inversiones; si son muy deferentes, no existe un nivel mínimo de supervisión<sup>698</sup>.

Sumado a lo anterior, debe destacarse que, si bien la discusión es presentada desde la óptica de la cosa juzgada (es decir, la posibilidad de que un juicio anterior tenga efecto de cosa juzgada en un juicio de inversiones), éste es esencialmente el mismo debate que ha sido revisado a lo largo este trabajo en lo que a la pendencia de un proceso se refiere. En otros términos, la idea de que las decisiones nacionales no vinculen al juzgamiento internacional en el procedimiento de inversiones va aparejada con la idea de que no pueda existir litispendencia cuando ambos procedimientos están pendientes. Sin embargo, como se espera haber dejado claro, la razón última de la imposibilidad de aplicar la litispendencia en supuestos de procedimientos paralelos ante tribunales domésticos es por la divergencia en la identidad de causa de pedir, no por la pertenencia a ordenamientos jurídicos distintos.

De esta forma, surgen dos preguntas ante la problemática descrita. Primero, ¿es necesario que la decisión de un tribunal doméstico (dígase, un tribunal ordinario o un tribunal arbitral comercial) vincule, en cierto grado, al tribunal arbitral de inversiones que conoce de una disputa posterior cuando aquella decisión es un presupuesto lógico para el juzgamiento? O planteado de otra forma ¿Es necesaria la coordinación entre procedimientos domésticos y procedimientos de inversiones? Segundo, y en caso de ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, ¿Cómo debiera reaccionar un tribunal arbitral de inversiones cuando aquel juicio doméstico se encuentra pendiente? Ante la imposibilidad de aplicar la litispendencia por falta de triple identidad, existe la pregunta plausible sobre cómo debiera tratar un tribunal una situación como la descrita.

Ante la primera pregunta, el autor de este trabajo se inclina hacia la respuesta afirmativa por la consideración de dos argumentos: un argumento práctico y un argumento instrumental. El primero encuentra su raíz en la lectura del profesor Antonios Tzanakopoulos, quien en su artículo *Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts* expone la cotidianeidad de situaciones en que particulares interponen demandas contra un Estado ante los tribunales nacionales cuando perciben que se han violado sus derechos<sup>699</sup>. Dado que una gran cantidad de obligaciones internacionales hoy en día son de tipo interno y, además, que estas obligaciones abarcan casi todos los aspectos de la vida contemporánea, muchas de ellas son examinada por

698 ROBERTS, Anthea; TRAHANAS, Christina. Judicial review of investment treaty awards: BG Group v. Argentina. *American Journal of International Law*, Vol. 108 (4), 2014, p. 751.

699 TZANAKOPOULOS, Antonios. Ob. Cit., p. 141.

los tribunales nacionales<sup>700</sup>. De esta forma, los tribunales nacionales llegan naturalmente a tratar muchos litigios relacionados con el Derecho internacional, dada la naturaleza interna de muchas normas internacionales contemporáneas; pero no necesariamente reconocerán explícitamente que lo están haciendo, ya que en muchos casos (y en muchos ordenamientos jurídicos nacionales) la norma internacional permanecerá simplemente en el telón de fondo para la resolución de aquel litigio<sup>701</sup>. Esta situación, a juicio del tesista, es precisamente la que debiese ser considerada a la luz de casos como los expuestos. En estas ocasiones, la decisión de un tribunal doméstico que aplica el Derecho nacional puede implicar un paso lógico en la decisión de un caso de Derecho Internacional. En estos casos, es indudable que estos tribunales asumen y ejercen una función judicial internacional<sup>702</sup>. Por ello, resulta necesario poner especial atención a la coordinación entre tribunales nacionales e internacionales, pues puede suceder que ambos ejerzan un mismo orden de función judicial y que su labor esté vinculada<sup>703</sup>.

Lo anterior debe ser vinculado con el segundo argumento, el cual tiene que ver con la legitimidad del arbitraje de inversiones como mecanismo de resolución de conflictos. Como ya fue referido antes en este trabajo, las partes, el objeto y la causa de pedir de un juicio nacional y un juicio de inversiones pueden ser distintos y, sin embargo, ambos procesos encontrarse vinculados lógico-jurídicamente. La consecuencia directa de ello es que existe la patente posibilidad de contradicción lógica entre la determinación de los tribunales. Esta situación resulta criticable desde la perspectiva del resguardo de principios legales fundamentales que se ven amenazados por estas decisiones inconsistentes, como son la certeza jurídica o el debido proceso<sup>704</sup>. La existencia de juicios contradictorios en cuanto a su razonamiento lógico y acreditación de los hechos no sólo pone de manifiesto la descoordinación existente entre los tribunales que aplican el Derecho nacional y los tribunales arbitrales de inversiones, sino que, en caso de ejecutarse un laudo contrario a una sentencia nacional, puede además crear la sensación de subyugación de la soberanía nacional ante estos últimos, lo que finalmente alimenta el “sesgo pro-inversionista” del cual ha estado teñido este tipo de arbitrajes. Ello, finalmente, horada la legitimidad de este mecanismo de resolución de controversias. Precisamente por ello, encontrar un espacio de diálogo entre tribunales domésticos y tribunales arbitrales de inversiones debiera ser visto como un elemento fundamental para la legitimación de esta forma de adjudicación<sup>705</sup>.

De esta forma, y por consideración a las razones expuestas, el investigador estima adecuado tomar medidas tendientes a coordinar la actividad jurisdiccional cuando un tribunal que aplica el Derecho nacional se encuentra resolviendo una cuestión sustantiva que implica un paso lógico en la decisión de responsabilidad internacional de un Estado por parte de un tribunal arbitral de inversiones.

700 Loc. cit.

701 Ibid., p. 142.

702 Ibid., p. 167.

703 En cuanto a la necesidad general de coordinación entre procedimientos nacionales e internacionales, véase SHANY, Yuval. National courts as international actors: jurisdictional implications. *Hebrew University International Law Research Paper*, 2008, N°22-08.

704 HANSEN, Robin. Ob. Cit., p. 529.

705 SWARABOWICZ, Michal. Identity of Claims in Investment Arbitration: A Plea for Unity of the Legal System. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 8 (2), 2017, p. 293.

Considerando la enorme cantidad de conflictos jurisdiccionales que pueden surgir ante tribunales judiciales o tribunales arbitrales comerciales y tribunales de inversión, es ampliamente claro que debe encontrarse una forma eficiente de armonizar sus respectivos dominios. Una solución debe ser identificada, de forma de mantener la predictibilidad del arbitraje internacional y preservar el Estado de Derecho<sup>706</sup>.

Constatado ello, corresponde responder a la segunda pregunta, referida a cuál debiera ser el tratamiento que un tribunal arbitral de inversiones debiera dar a un procedimiento vinculado lógico-jurídicamente que se encuentra sustanciándose. A juicio del autor de esta investigación, la solución a un problema como el referido puede ser conceptualmente encontrada en dos instituciones: la prejudicialidad y los poderes inherentes de los tribunales arbitrales de inversión.

Como fue indicado, los referidos casos constituyen esencialmente supuestos de prejudicialidad en los cuales dos cuestiones sustantivas son objetos procesales de juicios distintos por parte de tribunales con competencia diversa, pero la decisión de una vincula al otro lógicamente. Si bien en nuestro país estas situaciones han sido abordadas mediante la excepción de litispendencia impropia, la solución adecuada a un caso de prejudicialidad heterogénea como el descrito debería ser la suspensión del proceso en estado de fallo (tal como, de hecho, debiera serlo en el Derecho chileno<sup>707</sup>).

Como ha sido expuesto, la institución de la litispendencia resulta inadecuada para dar tratamiento a un supuesto de prejudicialidad. Ello, debido a que la materialización de la triple identidad resultará frustrada, toda vez que en un supuesto de vinculación lógico-jurídica entre objetos procesales, éstos no se encontrarán en situación de identidad. A ello cabe añadir que los efectos usualmente asociados a la litispendencia en Chile, materializados en la paralización del procedimiento, no son los adecuados en cuanto a la prejudicialidad se refiere. En casos de prejudicialidad, lo que usualmente se estima como el efecto adecuado es la suspensión de la decisión final, y no del procedimiento mismo (como ocurriría en el caso de la litispendencia), de forma de no retrasar injustificadamente la decisión del asunto principal<sup>708</sup>.

En esta línea, en presencia de un tribunal nacional que se encuentra conociendo de una disputa que es un presupuesto lógico para la atribución de responsabilidad internacional, el tribunal arbitral de inversiones debería continuar el proceso con observancia al juicio doméstico. Y sólo una vez llegado a la situación previa de dictación del laudo, debiera suspender su decisión hasta que

706 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 383.

707 Cabe recordar que la institución de la litispendencia impropia por prejudicialidad es una creación jurisprudencial que nació a partir de la ausencia de una regulación sistemática de la institución de la prejudicialidad y la suspensión en el ordenamiento jurídico chileno. El Derecho chileno contempla sólo algunas reglas específicas en que se encuentra regulada la suspensión, situaciones en las cuales no debe recurrirse a la litispendencia para hacerles frente. El ejemplo más claro es el art. 1331 del Código Civil, en el cual, tratándose de procesos arbitrales seguidos en materia de partición de bienes, hay materias que deben ser conocidas previamente por la justicia ordinaria, y solo una vez emanada la decisión, podrá procederse con la partición de los bienes. Sin embargo, el procedimiento civil previo no retarda el juicio de partición. RIVERO, Renée. Ob. Cit., p. 491.

708 Ibid., p. 333.



el tribunal nacional dicte su sentencia. De esta forma podría coordinarse la labor jurisdiccional de ambos tribunales sin retrasar el procedimiento arbitral y sin arriesgar la contradicción lógica entre las decisiones.

Esta forma de abordar el problema tiene como base la consideración de que una decisión judicial que aplica el Derecho nacional no puede ser observada como un “mero hecho” por parte de un tribunal arbitral de inversiones. Ello, a juicio del investigador, desconoce la realidad de la creciente cantidad de puntos de contacto entre el Derecho nacional e internacional, lo cual culmina en la ejecución de una decisión internacional en el territorio de un país. Si bien es efectivo que existe una separación conceptual entre el ordenamiento jurídico nacional e internacional (y buenos argumentos para mantener aquello), esta separación exige cierta tolerancia que les permita coexistir manteniendo intactos sus límites conceptuales<sup>709</sup>.

Precisamente por ello, la decisión de un tribunal doméstico que aplica el Derecho nacional, en casos en que existe conexidad por vinculación lógico-jurídica entre procedimientos, debe ser observada por un tribunal internacional como vinculante. En definitiva, no se observan razones por las que una sentencia firme adoptada por una instancia de revisión no debiera generar un efecto prejudicial de cosa juzgada, o al menos, generar una presunción derrotable de aquello establecido en el juzgamiento doméstico<sup>710</sup>. Por el contrario, pareciera ser que la vinculación a la decisión de los tribunales domésticos en el razonamiento de los tribunales de inversión resulta clave para la legitimación del arbitraje de inversiones<sup>711</sup>.

Cabe destacar que la solución propuesta por el autor, referida a la suspensión del procedimiento, no debe ser considerada como de *lege ferenda*, pues ésta constituye una posibilidad real de los tribunales arbitrales de inversión en ejercicio de sus poderes inherentes. Tal como fue revisado detenidamente en el Capítulo 1 de esta investigación, una de las fuentes de Derecho procedimental en la conducción de un procedimiento de inversiones es el ejercicio de los poderes inherentes de un tribunal arbitral para la conducción eficiente del proceso. De esta forma, y en ausencia de una disposición expresa, un tribunal de inversiones podría discrecionalmente suspender el procedimiento cuando se encuentre en estado de fallo, en espera de una decisión final por parte del tribunal na-

709 Elina Mereminskaya sostiene esta conclusión a partir de sus investigaciones sobre la cláusula paraguas. A su juicio, “desde el punto de vista teórico la cláusula paraguas no provoca una colisión de sistemas jurídicos. De ello deriva el problema de la ineficacia de juicios paralelos”. MEREMINSKAYA, Elina. La cláusula paraguas.... Ob. Cit., p. 55. El tesista está de acuerdo con esta afirmación. Sin embargo, considera que la imposibilidad de aplicación de la litispendencia dice más bien relación con la ausencia de existencia de identidad de causa, más que la distinción conceptual entre el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

710 El modelo de solución expuesto en estas páginas toma como referencia las propuestas del “Libro Blanco” de la Comisión de las Comunidades Europeas en lo referido a Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. Sin perjuicio de las ideas expresada en este capítulo, existen múltiples debates que se abren en este punto, en cuanto al grado de vinculación que debiese generar la sentencia doméstica, qué fracción de la sentencia debiera ser vinculante, cuál es la relación de los estándares probatorios con el efecto prejudicial de la cosa juzgada en el arbitraje de inversiones, etc. Estos tópicos han sido resaltados por el profesor guía de este trabajo como susceptibles de ser estudiados en futuras investigaciones. Comunicación personal con Javier Maturana, de 9 de noviembre de 2023.

711 BRENNINKMEIJER, Mees. Ob. Cit., p. 387.

cional o del tribunal arbitral comercial, y proceder a la dictación de la sentencia sólo cuando el procedimiento en paralelo terminara con sentencia firme, asegurando así la coherencia y coordinación entre los juzgamientos.

Como ejemplo prístino de este razonamiento, los paneles arbitrales debieran seguir la orientación que intuitivamente tomó el tribunal arbitral en el caso *SPP v. Egypt (the Pyramids case)*<sup>712</sup>. En este caso, un tribunal CIADI observó el procedimiento arbitral comercial que había sido iniciado por el mismo inversionista en contra del Estado egipcio en la Corte de Arbitraje de la ICC e interpretó que los remedios disponibles al inversionista ante ambos tribunales eran equivalentes. Curiosamente el tribunal arbitral mismo determinó que *“cuando la competencia de dos tribunales no relacionados e independientes se extiende a la misma disputa, no hay regla de Derecho internacional que prevenga a cada tribunal de ejercer su jurisdicción”*,<sup>713</sup> denegando que se encontrara vinculado por la regla de la litispendencia<sup>714</sup>. De esta forma, a juicio del tesista, afirmó la distinción existente entre el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Sin embargo, el tribunal observó que la existencia de ambos procedimientos en paralelo era problemática y cuando identificó que el objeto del proceso era esencialmente similar, optó por no hacer la distinción entre el estatus de cada foro<sup>715</sup>. De esta forma, el tribunal decidió discrecionalmente suspender el procedimiento CIADI hasta que el laudo que concernía la misma disputa fue anulado<sup>716</sup>. Si bien este no es en esencia un caso de prejudicialidad, el razonamiento deductivo debería ser el mismo para los casos que han sido descritos en este capítulo.

A juicio del autor, la solución aquí propuesta para los supuestos de prejudicialidad logra equilibrar dos valores que es necesario cuidar: por un lado, la separación conceptual entre el Derecho doméstico y el Derecho Internacional y la preservación del arbitraje de inversiones como un mecanismo de resolución de disputas atractivo para los inversionistas extranjeros y, por otro lado, la coordinación necesaria que debe tener este tipo de mecanismo de resolución de conflictos con los tribunales nacionales para mantener su legitimidad y eficacia. Mantener la armonía entre ambos intereses resulta tremendamente complejo, por lo que la solución que se dé debe necesariamente transar con ambos extremos del problema. El mecanismo de la prejudicialidad y la herramienta de los poderes inherentes parecen constituir elementos claves para mantener la armonía entre dichos valores.

### 3.7.2. Reclamaciones contractuales y de tratado

El tópico de la relación entre tratados y contratos ha sido ampliamente investigado en la doctrina

712 *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, de 27 de noviembre de 1985.

713 *Ibid.*, ¶184. Traducción libre de *“When the jurisdictions of two unrelated and independent tribunals extend to the same dispute, there is no rule of international law which prevents either tribunal from exercising its jurisdiction”*.

714 NOVÝ, Zdeněk. Ob. Cit., p. 544.

715 PATHAK, Harshad. Ob. Cit., p. 389.

716 HANSEN, Robin. Ob. Cit., p. 538.

del arbitraje de inversiones. Lo usual es que las inversiones sean materializadas a partir de contratos directamente suscritos entre el inversionista y una agencia o empresa pública del Estado receptor, lo cual conlleva que una inversión pueda dar lugar a acciones de naturaleza diferente, ya sea una contractual o una fundada en el tratado<sup>717</sup>. Como consecuencia, en el caso de existencia de procedimientos paralelos resulta casi imposible que pueda cumplirse con el test de la triple identidad para hacer procedente la litispendencia, dado que el elemento objetivo de las acciones será necesariamente distinto y el elemento subjetivo será usualmente diferente. A pesar de ello, es probable que en el supuesto de procedimientos paralelos de reclamaciones contractuales y de tratado en el marco de una misma inversión, se estime que ambos procesos están íntimamente ligados.

Al igual que en el caso anterior, las diferentes aproximaciones a este problema producen confusiones sobre aspectos procesales fundamentales en el arbitraje inversor-Estado, lo que incide finalmente en la estabilidad del Derecho internacional de inversiones a largo plazo<sup>718</sup>. Si bien la existencia de cláusulas paraguas ha sido observada como un mecanismo de solución frente a la existencia de procedimientos paralelos, lo cierto es que estas disposiciones responden a un fin sustantivo y no procesal; esto es, transformar el incumplimiento contractual en una vulneración de tratado. Un tribunal arbitral de inversiones con fundamento en un tratado, en realidad, no es competente para resolver las disputas contractuales, sino que en el marco de una cláusula paraguas. Así, el incumplimiento contractual es tan solo uno de los requisitos de la responsabilidad bajo las normas del tratado<sup>719</sup>. De ahí que el Estado podría ser exonerado de responsabilidad por causales propias del Derecho internacional<sup>720</sup>. De esta forma, ante la naturaleza distinta de las demandas contractuales y aquellas basadas en la cláusula paraguas, no resultaría posible que una cláusula de solución de controversias pactadas entre el Estado y el inversionista prive de invocar la vulneración a la cláusula paraguas ante el tribunal internacional de inversiones<sup>721-722</sup>.

717 KONSTANTIN, Christie. Treaty Claims v. Contractual Claims in ISDS. En *JusMundi* [en línea]. Disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-treaty-claims-vs-contractual-claims-in-isds#:~:text=Contractual%20claims%20are%20usually%20governed,the%20host%20State's%20contractual%20responsibility> [consulta: 11 de noviembre de 2023].

718 SHANY, Yuval. Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims. *American Journal of International Law*, Vol. 99 (4), 2005, p. 835.

719 MEREMINSKAYA, Elina. La cláusula paraguas.... Ob. Cit., p. 48.

720 Ibid., p. 49.

721 Ibid., p. 50.

722 Sin perjuicio de la afirmación hecha, es necesario destacar que han existido diferentes aproximaciones al problema, siendo la opinión mayoritaria aquella que sigue la opinión del tribunal de anulación del caso *Videndi* que distingue entre reclamaciones contractuales y de tratado a partir de la "base fundamental" de la reclamación. Bajo esta idea, habría que observar si la reclamación de vulneración al tratado subsiste por sí sola sin consideración de la reclamación contractual; aquel sería el criterio para delimitar la competencia entre tribunal doméstico escogido por una cláusula de elección de foro y entre un tribunal arbitral de inversiones. Yuval Shany, en su obra citada en nota 718, concluye que la diferencia de aproximaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el efecto de las cláusulas de solución de controversias en las disputas de inversiones responde a lo que él llama una "diferencia ideológica", y no sólo a una diferencia de interpretación de textos. A su juicio, esta discusión enfrenta, por un lado, a "integracionistas", quienes tomarían una visión pragmática y flexible abierta a resolver los problemas de superposición de procedimientos, abogando por la jurisdicción expansiva de los tribunales de inversión (y, por tanto, reconociendo a los tribunales de inversión la posibilidad de conocer de reclamaciones de responsabilidad contractual); y, por otro lado, a "desintegracionistas", que buscan resolver las tensiones de la superposición de procedimientos mediante reglas de exclusión que demarquen claramente las líneas de separación entre procedimientos y ordenamientos jurídicos (en este sentido se han pronunciado tribunales como el de *SGS v. Pakistán*, el cual tomó un enfoque restrictivo de la cláusula paraguas, negando su competencia para conocer de reclamaciones contractuales).

Como expone el autor citado, la visión desintegracionista dialogaría con la visión de la separación conceptual del ordenamiento doméstico y el internacional, lo cual se traduciría en la distinción tajante entre pretensiones de tratado y de



Dicho lo anterior, pareciera ser evidente la conexión entre un procedimiento doméstico que se encuentra adjudicando la responsabilidad contractual y el tribunal de inversiones que conoce de una reclamación de vulneración a una cláusula paraguas. A juicio del autor de esta tesis, en este caso ambos procedimientos se encuentran en relación de conexidad, pero no por vinculación lógico-jurídica (como en el caso anterior), sino que por relación de “simple conexidad objetiva”. En este sentido, lo primero que se podría constatar es que “el bien de la vida” perseguido en ambos procesos será el mismo: la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de una obligación estatal<sup>723</sup>. Si bien la calificación formal de las acciones, las normas invocadas, el tipo de responsabilidad y probablemente los estándares probatorios serán distintos, el fin último perseguido en ambos procesos será similar.

Sumado a esto, existe un segundo elemento al cual poner atención: en ambos casos, el incumplimiento contractual será un elemento compartido de ambos regímenes de responsabilidad. En otros términos, en ambos casos el incumplimiento contractual será un requisito para acreditar la responsabilidad. Por una parte, el incumplimiento de un compromiso interno será sólo un requisito para corroborar la existencia de un ilícito internacional<sup>724</sup>, pues además deberá comprobarse la asunción y el incumplimiento del compromiso atribuible al Estado<sup>725</sup>. Por otra parte, el incumplimiento contractual deberá ir aparejado de los demás requisitos de la responsabilidad contractual: causalidad, imputación subjetiva y daño. De ahí que esta situación no sea asimilable a una situación de prejudicialidad (pues la responsabilidad contractual no es un paso lógico para la acreditación de responsabilidad internacional), sino que en realidad se trata de una relación de “simple conexión objetiva” en la cual ambos regímenes de responsabilidad comparten un requisito: el incumplimiento del contrato, lo cual podría dar lugar a la existencia de sentencias incompatibles o mutuamente excluyentes<sup>726</sup>. La “simple conexión objetiva” está determinada por el hecho de que ambos regímenes de responsabilidad comparten el incumplimiento contractual como requisito de procedencia.<sup>727</sup>

---

contrato. SHANY, Yuval. *Contract Claims*.... Ob. Cit., pp. 844 y ss. A juicio del autor de esta tesis, la discusión presentada entre integracionistas y desintegracionistas es la misma que fue expuesta en la sección anterior sobre la prejudicialidad (aunque, en este caso, la discusión se da desde una dimensión distinta; esto es, la situación específica de reclamaciones contractuales y de tratado). En este marco, las soluciones propuestas en esta investigación son un híbrido de las posturas anteriormente expuestas. Por un lado, se reconoce la distinción entre pretensiones de tratado y de contrato, y la distinción conceptual del ordenamiento jurídico nacional e internacional; y, por otro lado, se reconoce la tensión existente entre procedimientos conexos en estos dos ordenamientos y el eventual perjuicio que podría generar para la legitimación del Derecho internacional de inversiones. De ahí que resulte necesario adoptar medidas para coordinar estos procedimientos.

723 Como podrá observarse, esta situación es, *mutatis mutandis*, similar a aquella en la cual es accionada la responsabilidad contractual y extracontractual en búsqueda de la indemnización de perjuicios por un mismo hecho.

724 MEREMINSKAYA, Elina. La cláusula paraguas.... Ob. Cit., p. 22.

725 En este sentido, MEREMINSKAYA, Elina. La cláusula paraguas.... Ob. Cit., p. 44 parafraseando al tribunal de *Duke Energy v. República de Ecuador*.

726 Como referencia a la situación de “simple conexión objetiva”, véase RIVERO, Renée. Ob. Cit., pp. 453-454.

727 El objeto del juicio doméstico sería acreditar la responsabilidad contractual del Estado. Esto en sí mismo (la responsabilidad o irresponsabilidad contractual del Estado) no está vinculado lógico-jurídicamente con la constatación de responsabilidad internacional del Estado por vulneración a una cláusula paraguas. Lo que sucede es que ambos regímenes de responsabilidad (la responsabilidad contractual y la internacional por vulneración a una cláusula paraguas) comparten un elemento objetivo que es más bien fáctico: el cumplimiento o no del contrato por parte del Estado. Este es el elemento que comparten ambos regímenes de responsabilidad. Ambos estatutos de responsabilidad divergen en el resto de sus elementos: la responsabilidad contractual observará si hay causalidad, si hay culpa, si hay daño, si hay exenciones de responsabilidad bajo el Derecho doméstico, etc.; mientras que la responsabilidad internacional observará si el compromiso asumido en el contrato incumplido es atribuible al Estado demandado (como sujeto de Derecho internacional) y si existen causales de exención en el Derecho internacional. Por eso no hay prejudicialidad, ni vinculación lógica



Ahora bien, como fue adelantado, esta situación tiene características diferentes a la de la sección anterior. En este caso no existe el riesgo de contradicción jurídica entre las decisiones de distintos tribunales, puesto que la constatación de responsabilidad contractual no constituye un antecedente jurídico para atribuir responsabilidad internacional. Lo que sucede realmente es que ambos estatutos de responsabilidad comparten un elemento. Siendo esto así, la pregunta que podría surgir es ¿Por qué podría resultar problemático que se desarrollen dos juicios en paralelo, uno por vulneración a la cláusula paraguas y otro por responsabilidad contractual?

Ante ello, cabe destacar que, si bien las características de las situaciones de prejudicialidad y simple conexidad son diferentes, los problemas que hacen surgir son parecidos: ineficiencia, pérdida de predictibilidad y deslegitimación<sup>728</sup>. En primer lugar, se encuentra el problema común de la pérdida de eficiencia dada por llevar adelante dos juicios paralelos sobre el mismo asunto, lo cual no significa solo un aumento de cargas económicas para las partes, sino que también de extensión temporal del arbitraje<sup>729</sup>. En segundo lugar, el riesgo de decisiones lógicamente contradictorias es elevado en caso de que se lleven adelante asuntos con una misma base fáctica ante dos tribunales distintos<sup>730</sup>. Por último, nuevamente se produce el problema de legitimidad del arbitraje de inversiones, afectándose los principios de protección frente al abuso del proceso y la certeza legal, además de incentivarse la doble compensación por parte de los inversionistas<sup>731</sup>. Ante ello, y dada la imposibilidad de aplicación de la litispendencia, surge la pregunta plausible sobre el tratamiento que debiera tener una situación como esta. A juicio del autor de esta tesis, una institución adecuada para poder dar tratamiento a esta situación, y en la cual los tribunales de inversiones podrían inspirarse para dar solución al problema, es la de la declinación por conexidad (*related actions*), regulada en el marco del Derecho comunitario europeo.

Como fue tratado en el capítulo 2, la existencia de acciones en relación de conexión en Chile ha sido abordada, por parte de la doctrina, desde la institución de la litispendencia impropia por conexidad. Sin embargo, en la regulación comunitaria la conexidad tiene una regulación autónoma diferenciada de la litispendencia en el artículo 30 del Reglamento de Bruselas. Esta norma dispone:

#### *Artículo 30*

*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 jurisdic-*

jurídica entre objetos procesales, sino que una conexión objetiva por un elemento común de hecho.

728 En este sentido, refiriéndose a los procedimientos paralelos entre reclamaciones contractuales y de tratado, SHANNY, Yuval. *Contract Claims...* Ob. Cit., p. 835 haciendo referencia a NICOLAIDIS, Kalypso; TONG, Joyce L. *Diversity or Cacophony-The continuing debate over new sources of international law.* *Mich. J. Int'l L.*, Vol. 25, 2003.

729 BUNG, Saloni. Ob. Cit., pp. 2299-2300.

730 Ibid., p. 2300.

731 Loc. Cit.

*cional 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.*

*3. Se considerarán conexas, a los efectos del presente artículo, las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si los asuntos fueran juzgados separadamente.*

Como es posible apreciar, esta norma otorga una facultad discrecional a los tribunales para suspender (e incluso denegar el ejercicio de su jurisdicción), cuando en paralelo existan acciones en íntima relación de conexión. En estos casos, no es necesario recurrir a la triple identidad, característica de la litispendencia, para causar la declinación de competencia. En cambio, un tribunal ante el cual sea presentada una acción con íntima relación de conexión con respecto a un proceso en paralelo anterior, podría discrecionalmente suspender la tramitación del procedimiento y posteriormente declinar su jurisdicción cuando considere que ambos tribunales podrían llegar a soluciones contradictorias<sup>732</sup>.

Ahora bien, para la aplicación de un razonamiento como éste en el marco de procedimientos paralelos entre un tribunal arbitral de inversiones y un tribunal doméstico (dígase, el tribunal designado en la cláusula de elección de foro en el contrato), es preciso realizar dos prevenciones.

Primero, una preocupación legítima que podría generar la aplicación de la declinación por conexidad es la incentivación de acciones conexas por parte del Estado ante los tribunales nacionales o arbitrales domésticos como forma de bloquear el acceso de los inversionistas a los tribunales internacionales. Es decir, que el Estado receptor, a sabiendas de la posibilidad de ser demandado en el arbitraje internacional de inversiones, ejerza acciones de incumplimiento contractual en contra del inversionista ante el tribunal designado en la cláusula de elección de foro y, de forma posterior, alegue la suspensión del procedimiento internacional por la existencia del procedimiento conexo en el foro doméstico. De esta forma, se reproduciría el problema de “acciones torpedo” revisado en el capítulo 2.

Ante ello, la solución, a juicio de este autor, es observar quién ha iniciado el juicio doméstico. Si ha sido el Estado o una agencia estatal quien ha iniciado el procedimiento doméstico y posteriormente el mismo alega la conexión entre el procedimiento doméstico y el internacional, entonces la declinación por conexidad no debiera ser acogida por el tribunal arbitral de inversiones. En este caso,

<sup>732</sup> Debe notarse nuevamente que, a diferencia del supuesto tratado en la sección anterior, la posibilidad de soluciones contradictorias en este caso no dice relación con la afirmación de situaciones jurídicas contradictorias, es decir, no se trata de un problema de cosa juzgada. Más bien, se trata del riesgo de afirmación de hechos contradictorios por parte de dos tribunales (si el Estado incumplió el contrato o no).

en cambio, debiera ser el tribunal doméstico quien decline su competencia. La solución propuesta es similar a aquella que provee el artículo 464 del CPC chileno en lo referido a litispendencia en el juicio ejecutivo, el cual dispone:

*Art. 464. La oposición del ejecutado sólo será admisible cuando se funde en alguna de las excepciones siguientes: (...)*

*3a. La litis pendencia ante tribunal competente, siempre que el juicio que le da origen haya sido promovido por el acreedor, sea por vía de demanda o de reconvencción*

De forma similar a esta norma, la suspensión por conexidad no debiera ser procedente cuando ha sido el Estado (“el ejecutado”) quien ha iniciado el procedimiento ante el tribunal doméstico, pues en una situación como esa podría razonablemente deducirse que han existido intentos de construir una situación de procedimientos paralelos de forma artificial.

Establecido lo anterior, cabe hacer una segunda prevención. Tal como la legitimidad del arbitraje de inversiones pasa por el hecho de que los tribunales de inversión reconozcan la función judicial internacional de los tribunales domésticos y sean deferentes a éstos cuando se encuentran resolviendo un asunto de derecho doméstico relevante para la disputa de inversiones, el mantenimiento de este sistema también pasa por que los tribunales domésticos reconozcan y realcen el rol de los tribunales internacionales en mantener la paz entre Estados<sup>733</sup>. En este sentido, los tribunales domésticos deberían reconocer que, en el marco de una inversión extranjera, la prioridad debiera estar en resolver la eventual responsabilidad internacional del Estado, por sobre la responsabilidad patrimonial privada que podría derivar de la relación comercial entre el inversionista y el Estado. La conservación de la relación pacífica entre Estados y el aseguramiento de los derechos de los inversionistas extranjeros debiera ser uno de los elementos que orienten a los tribunales en el orden doméstico, cuando en paralelo a su conocimiento se encuentra sustanciándose un procedimiento de inversiones.

En consonancia con el razonamiento anterior, la regla cronológica (*first in time rule*) no resulta plenamente adecuada para aplicar la conexidad. Por razones de legitimidad y jerarquía de la decisión internacional, no resulta adecuado que el tribunal arbitral internacional deba declinar la tramitación del procedimiento por la pendencia de acciones conexas ante el tribunal nacional. Además, como ha sido ya indicado, la situación aquí descrita es distinta a la de prejudicialidad, en tanto el

<sup>733</sup> En este sentido, SCHREUER, Christoph. Do We Need Investment Arbitration? En: KALICKI, Jean; JOUBIN-BRET, Anna. Reshaping the investor-state dispute settlement system. Leiden: Brill Martinus Nijhoff, 2015, p. 881.

grado de conexión entre las acciones entabladas es menor. No existe un paso lógico que deba ser acreditado en el marco del Derecho doméstico para el juzgamiento internacional, por lo que tampoco existen razones de peso por las cuales el tribunal arbitral de inversiones debiera suspender el procedimiento en espera de la decisión doméstica.

En cambio, a juicio del autor de este trabajo, una situación como esta puede ser satisfactoriamente resuelta, *mutatis mutandis*, a la luz de una norma como la consagrada en el artículo 31.2 del Reglamento de Bruselas. Esta norma dispone que, en situación de conexidad, el tribunal que debiera continuar con la tramitación del procedimiento no es aquel ante el cual se presentó la primera demanda, sino que ante el tribunal competente designado por un acuerdo de elección de foro:

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26, si se presenta una demanda ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que tenga competencia exclusiva en virtud de un acuerdo contemplado en el artículo 25, cualquier órgano jurisdiccional de otro Estado miembro suspenderá el procedimiento hasta que el órgano jurisdiccional ante el que se presentó la demanda en virtud del acuerdo de que se trate se declare incompetente con arreglo al acuerdo.*

Por aplicación *mutatis mutandis*, en caso de existir reclamaciones contractuales y de tratado, el tribunal que debiera tener preeminencia (es decir, considerarse como el “foro escogido”) para continuar con la tramitación del procedimiento es el tribunal arbitral de inversiones, debiendo ser los tribunales domésticos deferentes al mismo (dígase tribunales judiciales o arbitrales comerciales)<sup>734</sup>. Por las razones otorgadas anteriormente, y que han sido tratadas anteriormente en esta investigación, resulta idóneo que sean los tribunales de inversiones aquellos que tengan preferencia para resolver la disputa (y, por tanto, la determinación de incumplimiento contractual). Estas razones son la necesidad de resolver la disputa sobre responsabilidad internacional de un Estado, el aseguramiento de los derechos de los inversionistas extranjeros y la mantención de la relación pacífica entre Estados.

Para finalizar, cabe tener en consideración que las soluciones propuestas en esta sección para ser aplicada por los tribunales chilenos reclaman modificaciones dentro del contexto jurídico doméstico nacional. Por regla general, los tribunales judiciales nacionales de los países del *civil law* suelen tener un margen de discrecionalidad mucho menor que la de los tribunales arbitrales internacionales. Esto les impide tener un tratamiento adecuado de la situación de procedimientos conexos que no reúnen la triple identidad. Por ende, los tribunales nacionales chilenos no se encuentran ha-

<sup>734</sup> Cabe destacar que, dentro del ordenamiento jurídico chileno, la solución propuesta en esta sección pasa por realizar una reforma legal que incluya la conexidad como forma de suspensión y declinación de competencia de los tribunales domésticos (ya sea judiciales o arbitrales). Sin perjuicio de ello, en el específico caso de tribunales arbitrales comerciales internacionales con sede en Chile, éstos gozan de un amplio grado de discrecionalidad (en virtud del artículo 19 de la ley N° 19.971) que les permitiría adoptar las medidas aquí propuestas sin necesidad de reforma legal.



bilitados legalmente para declinar su competencia cuando en paralelo existen acciones en relación de conexidad. De ahí que, en Chile, la litispendencia impropia haya sido la herramienta creada, por cierto sector de la doctrina, para hacer frente a estos supuestos.

Mientras no se realicen reformas legales que otorguen un grado de discrecionalidad mayor a los tribunales para dar tratamiento a la situación de procedimientos conexos, las propuestas realizadas en esta sección resultan impracticables. La pregunta que queda abierta en este punto es si una reforma como aquella permitiría coordinar y dar mayor coherencia a las decisiones jurídicas nacionales e internacionales en materia de inversiones. Ello, ciertamente, con miras a cautelar el arbitraje inversor-Estado como un espacio atractivo de resolución de disputas, sin perder de vista la necesidad de coherencia, la cautela ante el abuso del proceso y la preservación de la legitimidad de este sistema. Si bien la propuesta realizada en esta sección requiere un estudio más profundo (lo cual escapa del alcance de este trabajo), se espera que ella sirva como aporte en el debate sobre la necesidad cada vez más imperiosa de legitimidad del arbitraje de inversiones.

## Conclusión

Dado el aumento de litigiosidad en los últimos años, el fenómeno de los procedimientos paralelos se ha convertido en un problema cada vez más común en la actualidad. Frente a este problema, la institución de la excepción de litispendencia ha sido el remedio por antonomasia encontrado en los ordenamientos jurídicos de la tradición continental para lidiar con estas situaciones. En el Derecho anglosajón, aunque han existido otras instituciones asociadas a estos supuestos, el concepto de litispendencia se encuentra presente como un elemento a ser considerado por los tribunales en presencia de procesos paralelos. Sin embargo, la litispendencia ha estado vinculada tradicionalmente a un requisito: el de la triple identidad. Este requisito, presente en Chile, ha convocado debates doctrinales y jurisprudenciales dentro de los contextos jurídicos domésticos debido a su rigidez e incompatibilidad con la realidad, dada la baja probabilidad de que dos procedimientos posean efectivamente idénticas partes, objeto y causa. Esta tensión es prístina frente la presencia de procesos en relación de conexidad.

Aunque con diferentes conceptualizaciones y terminologías, esta situación se ha replicado en el Derecho internacional. El llamado proceso de fragmentación del Derecho internacional ha hecho cada vez más común la existencia de juicios simultáneos relacionados con una misma disputa, pero que abordan distintas dimensiones de la misma, creándose riesgos inminentes de contradicción. En el marco de los procesos internacionales de inversiones, este problema se ha reproducido, creándose riesgos propios de doble compensación a inversionistas, resultados contradictorios, costos monetarios y temporales, problemas de legitimidad de esta forma de adjudicación y de certeza jurídica dentro del sistema internacional de inversiones. Estos riesgos se ven incrementados por la fisonomía contemporánea del arbitraje de inversiones, la cual se encuentra asociada a los Tratados Bilaterales de Inversiones, por oposición a los contratos (como hasta antes de 1987).

Por la observación de estos problemas han existido distintas herramientas incorporadas en los tratados con miras a evitar estas situaciones, como las cláusulas *fork in the road*, las cláusulas paraguas y las cláusulas de renuncia de jurisdicción. Todas estas provisiones han sido incluidas para evitar los riesgos anteriormente mencionados y regular el supuesto de procesos paralelos más común: el de tribunales arbitrales internacionales y tribunales estatales. Sin embargo, estas provisiones han resultado ineficaces para limitar el problema por distintas razones: por su ausencia dentro del tratado relevante, por la dificultad en la materialización de sus requisitos, o porque su función real no es abordar el supuesto de procesos paralelos.

Ante esta situación, la herramienta procesal de la litispendencia parece ser una última opción a la que las partes podrían recurrir en caso de existir varios juicios en desarrollo. Sin embargo, si ya en el plano nacional existen dificultades sobre el cumplimiento de sus requisitos y la certeza de los efectos de esta excepción, en el plano del arbitraje internacional de inversiones el problema es considerablemente mayor. Ello se debe no sólo a la incertidumbre normativa propia de cualquier

procedimiento internacional, sino que también a la variedad de supuestos de procesos paralelos que se pueden materializar en la realidad.

En este contexto, esta investigación muestra que, en la práctica, la doctrina y los tribunales arbitrales en la materia han tendido a considerar que los requisitos de la litispendencia son dos: que los procesos pertenezcan a un mismo orden legal y que se encuentren en relación de triple identidad. Sin embargo, estos requerimientos han implicado una reducción sustancial de la utilidad que tiene esta herramienta procesal. En primer lugar, el requisito del mismo orden legal ha implicado un límite teórico a cualquier consideración de litispendencia entre un proceso internacional y uno doméstico, cuestión que reduce drásticamente la utilidad de esta excepción. Sumado a ello, la verdadera y última limitación se ha encontrado en la triple identidad. Los tribunales han tendido hacia una interpretación estricta y formalista de las identidades requeridas (en especial de las partes y de la *causa petendi*), lo cual ha implicado que estos elementos sean difícilmente materializados y muy fácilmente frustrados. Desde una perspectiva teórica, este paradigma conlleva a que la litispendencia no pueda prosperar, salvo supuestos muy específicos, como es el de juicios plenamente idénticos entre dos tribunales arbitrales internacionales de inversión, bajo el mismo tratado y entre las mismas partes. Ahora bien, tal como observaban los autores procesalistas dentro del contexto doméstico, este es un supuesto absolutamente improbable.

Dadas estas limitaciones, la doctrina internacionalista ha planteado distintas opciones para ampliar el rango de utilidad de esta institución, siendo la postura mayoritaria la que aboga por la flexibilización de las identidades exigidas. A través de teorías fundadas en el *common law*, el levantamiento del velo corporativo y una concepción pragmática y económica, se ha sostenido que los tribunales no deberían quedarse en una visión meramente formal de la identidad de partes, causa y objeto, sino que debiesen ir más allá, con miras a prevenir los abusos procesales que podrían darse y propender hacia la eficiencia de la litigación internacional. Lo que se ha dicho es que la preservación de estos valores resulta esencial para la consistencia, la coherencia interna del Derecho de inversiones, y la legitimidad del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en este ámbito.

Sin embargo, a juicio del autor de esta tesis, la dificultad en la aplicación de la litispendencia en el marco de los arbitrajes inversor-Estado no deriva de una concepción formalista de las identidades requeridas, sino que derechamente de que, en la gran mayoría de los casos, los procesos en paralelo no se encontrarían en relación de identidad, sino que de conexidad. A pesar de que se ha postulado la flexibilización de la triple identidad, esta postura, por un lado, implica la difuminación de lo que en realidad significa la identidad de partes, objeto y causa y, por otro lado, conlleva limitaciones propias ante supuestos en que será imposible la identificación de aquellas identidades. Por ello, lo que se ha propuesto en este trabajo es considerar la utilización de otras instituciones, cercanas a la litispendencia pero diferentes, como son la conexidad y la prejudicialidad.

Bajo la interpretación que se ha expuesto, la verdadera razón de la imposibilidad de aplicar la litis-

pendencia es que en varios supuestos de juicios paralelos al proceso de inversiones, estos se encuentran en una relación de vinculación lógico-jurídica, siendo la determinación en uno un paso lógico para entrar en el juzgamiento del otro. Para abordar este tipo de supuestos, la institución que se ha ocupado en muchos de los ordenamientos jurídicos continentales ha sido la prejudicialidad, reconociéndose la posibilidad de que exista un efecto de cosa juzgada entre tribunales de competencia distinta, en lo que a aquella cuestión prejudicial refiere. Y, cuando los juicios se encuentran en tramitación, lo que se ha estimado adecuado es que el juicio en que se discute la cuestión principal sea suspendido en estado de fallo hasta la dictación de la sentencia definitiva sobre el elemento prejudicial, vinculando esta última decisión al juicio posterior. Como fue mostrado, existe una línea jurisprudencial minoritaria en el arbitraje de inversiones que ha seguido este esquema y que sólo ha reclamado competencia para decidir el asunto doméstico cuando no ha existido decisión previa que resulte vinculante.

En cuanto al supuesto crecientemente estudiado de reclamaciones paralelas de tratado y de contrato, lo que se ha propuesto en esta investigación es que aquella situación implica que los juicios simultáneos en este caso se encuentren en relación de “simple conexidad objetiva”. Esto dado que en ambos casos la determinación de incumplimiento de contrato será uno de los requisitos para entrar en el análisis de la responsabilidad, por lo que aquel elemento será común y compartido entre tribunales domésticos (o tribunales arbitrales comerciales eventualmente) y tribunales de inversión. Ante una situación como esta, dado que la conexión es fáctica y no jurídica y, por lo tanto, el grado de vinculación es menor, lo que se ha propuesto aquí es que los tribunales domésticos declinen su jurisdicción con deferencia al procedimiento de inversiones. Esta consideración se debe a la prioridad que debiera tener el juzgamiento de responsabilidad internacional de los Estados y a la preferencia que debiera tenerse por los tribunales de inversiones para juzgar los elementos asociados a esta responsabilidad, por sobre la existencia de controversias comerciales. Sin embargo, para la materialización de esta propuesta en el contexto chileno, resulta necesaria la incorporación de la regulación de la conexidad, que otorgue la discrecionalidad a los tribunales para declinar de su jurisdicción en estos casos (tal como sucede en el Derecho comunitario).

Se espera que esta investigación signifique un aporte en el estudio del arbitraje internacional de inversiones, un mecanismo cuya utilización se encuentra en ascenso, pero cuya legitimidad se ha visto amenazada. Lo que se ha identificado en este trabajo es, presumiblemente, uno de los problemas que ha implicado aquel problema de legitimidad. Si bien la herramienta procesal de la litispendencia ha sido observada como el remedio adecuado para la situación de juicios simultáneos, sus elementos tradicionales revelan incompatibilidad con el moderno arbitraje inversor-Estado. Dado esta circunstancia, existe la necesidad imperiosa de observar otras instituciones que puedan utilizarse para dar respuesta al problema. Las propuestas aquí planteadas, si bien requieren una investigación más profunda, pretenden ser una alternativa que dé solución al problema de las reclamaciones paralelas y que propenda hacia la legitimidad y a la preservación del arbitraje internacional de inversiones como mecanismo alternativo de resolución de conflictos legítimo y eficiente.





### 1. Libros y capítulos de libros

- ALAYZA Y PAZ SOLDÁN, Toribio. El procedimiento civil en el Perú. Lima: Universidad Mayor de San Marcos de Lima, 1935.
- ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. 2ª ed, Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1942, Tomo II.
- ÁLVAREZ, José Manuel; ZENKIEWICZ, Maciej. El derecho internacional de las inversiones. Desarrollo actual de normas y principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.
- ANABALÓN, Carlos. El juicio ordinario de mayor cuantía. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1954.
- AYLWIN, Patricio. El Juicio Arbitral. 6ªed, Santiago de Chile: Legal Publishing, 2014.
- BANIFATEMI, Yas. The law applicable in investment treaty arbitration. En: YANNACA-SMALL, Katia. Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues. 1ªed, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- BANTEKAS, Ilias. An introduction to international arbitration. 1ªed, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- BENAVENTE, Darío. Derecho Procesal. Juicio ordinario y recursos procesales. Apuntes redactados por Rubén Celis Rodríguez. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, S.A., 1953.
- BERNAL-GÓMEZ, Daniel. Tendencias académicas sobre Derecho Internacional Público. 1ªed, Tunja: Ediciones Usta, 2018.
- BIEHLER, Gernot. Procedures in International Law. Dublin: Springer, 2008.
- BORN, Gary. International Commercial Arbitration: Volume III. 3ªed, Zuid-Holland: Kluwer Law International B.V., 2021.
- BRAND, Ronald A.; JABLONSKI, Scott R. Forum non conveniens: history, global practice, and future under the Hague convention on choice of court agreements. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- BROWN, Chester. Procedure in investment treaty arbitration and the relevance of comparative public law. En: SCHILL, Stephan. International Investment Law and Comparative Public Law. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- CALAMANDREI, Piero. Estudios sobre el proceso civil. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
- CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1973.

- CALVO, Alfonso-Luis; CARRASCOSA, Javier. Tratado de Derecho Internacional Privado. 2ª ed, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022. Tomo II.
- CALVO, Carlos. Le droit international théorique et pratique: précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens. A. *Rousseau*, 1896.
- CAMIRUAGA, José Ramón. Del juicio ordinario de mayor cuantía en primera instancia. Santiago de Chile: Ediciones Gómez, 1948.
- CAMPBELL BLACK, Henry. Black's Law Dictionary. 4ª ed, Minnesota: West Publishing 1968.
- CARLI, Carlo. Derecho procesal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.
- CAROCCA, Alex. Manual de Derecho Procesal: Los procesos declarativos. Santiago de Chile: Editorial LexisNexis, 2003. Tomo II.
- CASARINO, Mario. Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Orgánico. 6ªed, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. Tomo I.
- CHERNYKH, Yuliya. Contract Interpretation in Investment Treaty Arbitration. Leiden: Martinus Brill Nijhoff, 2022.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Ensayos de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de derecho procesal civil. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.
- Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. Controversias entre inversores y Estados: prevención y alternativas al arbitraje. Ginebra: Naciones Unidas, 2010.
- CORRAL, Hernán. Cómo hacer una tesis en derecho. Curso de metodología de la investigación Jurídica. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3ºed, Buenos Aires: Depalma, 1958.
- DE BRAVENDERE, Eric. Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural Aspects and Implications. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- DÍEZ DE VELAZCO, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. 18ºed, Madrid: Tecnos, 2013.
- DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. Principles of international investment law. 1ºed, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- DOUGLAS, Zachary. The international law of investment claims. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- DUPUY, Pierre-Marie; FRANCIONI, Francesco; PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Human rights in international investment law and arbitration. 1ºed, Oxford: Oxford University Press, 2009.

- ECHEVERRÍA, Isabel. La litispendencia impropia o por conexidad en materia procesal civil y el derecho a la tutela judicial. En: MACHADO, Priscila; LARROUCAU, Jorge. Estudios de Derecho Procesal. Santiago: DER Ediciones, 2019.
- FAWCETT, James. Declining jurisdiction in private international law. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- FONTOURA, José. Las instituciones y reglas del arbitraje de inversiones. En: ÁLVAREZ, José Manuel; ZENKIEWICZ, Maciej. El derecho internacional de las inversiones. Desarrollo actual de normas y principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.
- GAILLARD, Emmanuel. Legal theory of international arbitration. Leiden: Martinus Brill Nijhoff, 2010.
- GIL MINGUILLÓN, Susana. La litispendencia arbitral internacional. La Rioja: Universidad de la Rioja, 1997.
- GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. 4ºed, Madrid: Editorial Civitas.
- HANDLEY, Ken. Spencer Bower and Handley: Res Judicata. 5th Edition, UK: LexisNexis, 2019.
- HEUMAN, Lars. Arbitration law of Sweden: practice and procedure. New York: JurisPublishing, 2003.
- JORQUERA, René. Síntesis de Derecho Procesal Civil. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas La Ley, 1992.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; POTESÀ, Michele. Investor-state dispute settlement and national courts: current framework and reform options. Geneva: Springer Nature, 2020.
- KOLB, Robert. Theory of international law. 1ºed, Portland: Bloomsbury Academic, 2016.
- LEGUM, Bart; CREVON, Anna. An outline of procedure in an Investment Treaty Arbitration-Strategy and Choices. En: GIORGETTI, Chiara. Litigating international investment disputes: a practitioner's guide. Leiden: Martinus Brill Nijhoff, 2014.
- LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. Comparative international commercial arbitration. The Hague: Kluwer Law International BV, 2003.
- LYS JAIME, Margie. La jurisdicción de los tribunales arbitrales en el arbitraje de inversión. En: ÁLVAREZ, José Manuel; ZENKIEWICZ, Maciej. El derecho internacional de las inversiones. Desarrollo actual de normas y principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.
- MÁLAGA, Francisco. La litispendencia. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999.
- MAUPIN, Julie. The Awards in Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt. En: ÁLVAREZ, Guillermo; REISMAN, Michael. The Reasons Requirement in International Investment Arbitration. Leiden: Martinus Brill Nijhoff, 2008.
- MCLACHLAN, Campbell. Lis Pendens in International Litigation. Leiden: Martinus Brill Nijhoff, 2009.



- MILLS, Alex. The public-private dualities of international investment law and arbitration. En: BROWN, Chester; MILES, Kate. *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. 1ºed, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- MONTT, Santiago. *State liability in investment treaty arbitration: global constitutional and administrative law in the BIT generation*. Portland: Hart Publishing, 2009.
- MORALES, María Cristina. Efectos del pacto arbitral frente al proceso jurisdiccional. En: SILVA, Eduardo; MANTILLA, Fabricio. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2005.
- MORÁN, Rubén. *Derecho Procesal Civil Práctico*. Guayaquil: Librería Cervantes, 2003. Tomo III.
- NEWCOMBE, Andrew. Investor misconduct: Jurisdiction, admissibility or merits? En: BROWN, Chester; MILES, Kate. *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. 1ºed, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- NIEVA, Jordi. *La cosa juzgada: el fin de un mito*. Santiago de Chile: LegalPublishing, 2010.
- NIGEL, Blackaby; PARTASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Student Version. 6ºed, Oxford: Oxford University Press, 2015.
- PARDO, Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Medellín: *Ediciones de la Universidad de Antioquia*, 1950. Tomo I.
- PÉREZ PACHECO, Yaritza. Arbitraje inversor-Estado desde la perspectiva latinoamericana. En ODRIÓZOLA, Carlos. *Retos actuales del derecho internacional privado, Memorias de XXXVIII Seminario de Derecho Internacional Privado*. Ciudad de México: Instituto de la Judicatura Federal, 2015.
- PINO, Remigio. *Nociones de Derecho Procesal y Comento del Código de Procedimientos Civiles* Lima: Tipografía Peruana, 1964. . Tomo II.
- POLANCO, Rodrigo. The return of the home state to investor-state disputes: bringing back diplomatic protection? 1ºed, Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- PUIG, Sergio. The role of procedure in the development of investment law: The case of Section B of Chapter 11 of NAFTA. En: BROWN, Chester; MILES, Kate. *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. 1ºed, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- REED, Lucy; PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*. 2ºed, Zuid-Holland: Kluwer Law International B. V., 2011.
- REIMUNDÍN, Ricardo. *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial Viracocha, 1957. Tomo II.
- RODRÍGUEZ PAPIC, Ignacio. *Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- ROMERO SEQUEL, Alejandro. *Curso de Derecho Procesal Civil. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*. Santiago de Chile: Thompson Reuters, 2015. Tomo III.
- ROMERO SEQUEL, Alejandro. *La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno. Doctrina y Jurisprudencia*. 1ºed, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

- ROMERO, Alejandro; DÍAZ, José Ignacio. El arbitraje interno y comercial (parte general). 2ºed, Santiago de Chile: Ediciones UC, 2016.
- ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955. Tomo II.
- SANDS, Philippe. Conflict and conflicts in investment treaty arbitration: ethical standards for counsel. En: BROWN, Chester; MILES, Kate. Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration. 1ºed, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- SAUSER-HALL, Georges. L'arbitrage en droit international privé: rapport et projet de résolutions. 1952.
- SAVAGE, John; GAILLARD, Emmanuel. Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- SAYROL, Jaume Alonso-Cuevillas. La competencia jurisdiccional internacional de los tribunales españoles del orden civil. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2006.
- SCHREUER, Christoph. Do We Need Investment Arbitration? En: KALICKI, Jean; JOUBIN-BRET, Anna. Reshaping the investor-state dispute settlement system. Leiden: Brill Martinus Nijhoff, 2015.
- SCHULTZ, Thomas; GRANT, Thomas D. Arbitration: A Very Short Introduction. 1ºed, Oxford: Oxford University Press, 2021.
- SHANY, Yuval. Competing jurisdictions of international courts and tribunals. 1ºed, Oxford: Oxford University Press, 2004.
- TANZI, Attila; ASTERITI, Alessandra; POLANCO, Rodrigo; TURRINI, Paolo. International Investment Law in Latin América: Problems and Prospects. Leiden: Martinus Brill Nijhoff, 2016.
- TEMPONE, Rubén. Protección de inversiones extranjeras. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.
- UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. Fair and Equitable Treatment. Geneva: United Nations Publications, 2012.
- UNCTAD Series on issues in international investment agreements. Dispute Settlement: Investor-state. Geneva: United Nations Publications, 2003.
- VÁZQUEZ, María Fernanda. Tratado de arbitraje en Chile. Arbitraje interno e internacional. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018.
- WEERAMANTRY, Romesh. Treaty interpretation in investment arbitration. 1ºed, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- YANNACA-SMALL, Katia. Arbitration under international investment agreements: A guide to the key issues. 2ºed, Oxford: Oxford University Press, 2018.
- YEO, Alvin; SEAN YU, Chou; SWEE YEN, Koh. Accessing Investment Treaty Protection: The Investor's Perspective. En: MANGAN, Mark; RUBINS, Noah. The Guide to Investment Treaty

Protection and Enforcement. London: Law Business Research, 2022.

- ZARRA, Giovanni. Parallel Proceedings in Investment Arbitration. The Hague: Eleven International Publishing, 2016.

## **2. Artículos y publicaciones**

- AGUIRREZÁBAL, Maite. La reserva de acciones en el juicio ejecutivo y los requisitos necesarios para la correcta configuración de la excepción de litispendencia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (28), 2017.
- ALEXANDROV, Stanimir A. Breaches of Contract and Breaches of Treaty: The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*. *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5 (4), 2004.
- ALLEN, Brooks; SOAVE, Tommaso. Jurisdictional overlap in WTO dispute settlement and investment arbitration. *Arbitration International*, Vol. 30 (1), 2014.
- ANSARI MAHYARI, Alireza; RAISI, Leila. International Standards of Foreign Investment Protection. *Journal Encyclopedia of Economic Law*, Vol. 25 (14), 2018.
- BALDWIN, Simeon. The Relation of International Law to the Law of England and of the United States of America. By Cyril M. Picciotto, with an Introduction by L. Oppenheim LL. D., New York: McBride, Nast & Co. 1915. pp. 128. *American Journal of International Law*, Vol. 10 (1), 1916.
- BAZÁN, Víctor. ¿De qué hablamos cuando hablamos de amicus curiae? *Revista de Derecho Público*, (71), 2009.
- BJORKLUND, Andrea K. Private rights and public international law: why competition among international economic law tribunals is not working. *Hastings LJ*, Vol. 59, 2007.
- BJORKLUND, Andrea. The emerging civilization of investment arbitration. *Penn St. L. Rev.*, Vol. 113, 2008.
- BLANCHARD, Sadie. State consent, temporal jurisdiction, and the importation of continuing circumstances analysis into international investment arbitration. *Global Studies rev.*, Vol. 10, 2011.
- BLYTHE, Stephen E. The advantages of investor-state arbitration as a dispute resolution mechanism in bilateral investment treaties. *Int'l Law.*, Vol. 47, 2013.
- BORN, Gary. The principle of judicial non-interference in international arbitral proceedings. *U. Pa. J. Int'l L.*, Vol. 30, 2008.
- BRENNINKMEIJER, Mees. Jurisdictional overlap between domestic courts and investment arbitration: an occasion for judicial dialogue. *Arbitration International*, Vol. 39 (3), 2023.
- BROCHES, Aron. Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction. *Colum. J. Transnat'l L.*, Vol. 5, 1966

- BROWER, Charles N.; KUMAR, Shashank P. Investomercial Arbitration: Whence Cometh It? What Is It? Whither Goeth It? *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 30 (1), 2015.
- BUNG, Saloni. Problem with Parallel Proceedings and Need for Embodying the Principles of Lis Pendens and Res Judicata in International Investment Arbitration. *Issue 1 Int'l JL Mgmt. & Human.*, Vol. 5, 2022.
- CASTILLO, Luis Fernando. La Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, la solución de controversias espaciales y su impacto en la sociedad internacional. *Mural Internacional*, Vol. 4 (1), 2013.
- CHOZAS, José. Los presupuestos procesales en el proceso penal y su tratamiento procesal. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, (1), 1997.
- CORDERO, Clara. El arbitraje comercial internacional y la litispendencia jurisdiccional. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, (40), 2007.
- CORDÓN MORENO, Faustino. La eficacia procesal de la cláusula arbitral internacional. *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 6, 1982.
- CORREDOR, Jorge. Una aproximación a los principios procesales aplicables en los sistemas de solución de controversias del derecho internacional económico. *Opinión jurídica*, Vol. 14 (27), 2015.
- CORTÉZ, Gonzalo. Concepto, fundamento y tiempo de la litispendencia en el proceso civil chileno. *Revista chilena de derecho*, Vol. 49 (2), 2022.
- CRAWFORD, James. Treaty and contract in investment arbitration. *Arbitration International*, Vol. 24 (3), 2008.
- CREMADES, Bernardo M.; MADALENA, Ignacio. Parallel proceedings in international arbitration. *Arbitration International*, Vol. 24 (4), 2008.
- CUNIBERTI, Gilles. Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement. *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Vol. 21, 2006.
- DE HOYOS, Javier. El arbitraje Institucional. *Revista Jurídica Castilla & León*, Vol. 29, 2013.
- DE LY, Filip; SHEPPARD, Audley. ILA Final Report on Lis Pendens and Arbitration. *Arbitration International*, Vol. 25 (1), 2009.
- DE LY, Filip; SHEPPARD, Audley. ILA Interim Report on Res Judicata and Arbitration. *Arbitration International*, Vol. 25 (1), 2009.
- DE MIGUEL, Pedro. El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones. *La Ley*, (8013), 2013.
- DERAINS, Yves. New Trends in the practical Application of the ICC Rules of Arbitration. *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, Vol. 3, 1981.
- DODGE, William. National courts and international arbitration: exhaustion of remedies and res judicata under chapter eleven of NAFTA. *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, Vol. 23, 1999.



- DONNELLY, Stephen. Conflicting forum-selection agreements in treaty and contract. *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 69 (4), 2020.
- DOUGLAS, Zachary. The hybrid foundations of investment treaty arbitration. *The British Year Book of International Law*, Vol. 74 (1), 2004.
- ESIS, Ivette. El rol de las instituciones arbitrales en el desarrollo del arbitraje internacional. *Revista de Direito Internacional*, Vol. 16 (1), 2019.
- FEBLES, Nayiber. Confidencialidad, privacidad y transparencia en el arbitraje internacional. *Revista de Derecho Privado*, (40), 2021.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. America Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia? *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. XXIV, 2009.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. El arbitraje internacional y sus dualidades. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2007.
- FONTANELLI, Filippo. Jurisdiction and admissibility in investment arbitration: the practice and the theory. *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration*, Vol. 1 (3), 2017.
- FRANCK, Susan. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions. *Fordham L. Rev.*, Vol. 73, 2004.
- GAILLARD, Emmanuel. Abuse of Process in International Arbitration. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol 32 (1), 2017.
- GARCÍA, José Francisco; LETURIA, Francisco Javier. Justicia civil: Diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma. *Revista chilena de derecho*, Vol. 33 (2), 2006.
- GATTINI, Andrea. Jurisdiction *ratione temporis* in International Investment Arbitration. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 16 (1), 2017.
- GIORGETTI, Chiara. Selecting and Removing Arbitrators in International Investment Arbitration. *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration*, Vol. 2 (4), 2018.
- GIORGETTI, Chiara. Who decides who decides in international investment arbitration. *U. Pa. J. Int'l L.*, Vol. 35, 2013.
- HANSEN, Robin. Parallel Proceedings in Investor-State Treaty Arbitration: Responses for Treaty-Drafters, Arbitrators and Parties. *The Modern Law Review*, Vol.73 (4), 2010.
- HENDERSON, Alastair. 'Lex arbitri', procedural law and the seat of arbitration: Unravelling the laws of the arbitration process. *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 26, 2014.
- HOBÉR, Kaj. Investment Treaty Arbitration and Its Future--If Any. *Arbitration Law Review*, Vol. 7 (1), 2015.
- HUNTER AMPUERO, Iván. La aplicación judicial del derecho en el Proyecto de Código Proce-

sal Civil. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 25 (1), 2012.

- IVERSEN, Torsten; ANDERSEN, Mads Bryde. The Scope of Arbitration Agreements: Is it Time for a New Approach to the Interpretation of Arbitration Clauses? *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 63, 2017.
- JANEČKOVÁ, Pavlína. Lis Pendens before national and arbitration courts. *International Journal of Multidisciplinary Thought*, Vol. 2016, 2017.
- JARDIM OLIVEIRA, Thiago Braz. The authority of domestic courts in adjudicating international investment disputes: Beyond the distinction between treaty and contract claims. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 4 (1), 2013.
- KALANTZI, Anastasia. Parallel Arbitral Proceedings: An Analysis of the Issue of Parallel Arbitrations in International Commercial Arbitration within the European Legal Space. *The Italian Review of International and Comparative Law*, Vol. 1 (3), 2023.
- KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Fair, equitable and ambiguous: what is fair and equitable treatment in international investment law? *ICSID Review*, Vol. 22 (1), 2007.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. How to Handle Parallel Proceedings: A Practical Approach to Issues such as Competence-Competence and Anti-Suit Injunctions. *Disp. Resol. Int'l*, Vol. 2, 2008.
- KENNY, David; HENNIGAN, Rosemary. Choice-of-court agreements, the Italian torpedo, and the recast of the Brussels I regulation. *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 64 (1), 2015.
- LANTAN, Harold. Introducción al arbitraje de inversión. *Ley, derecho, jurisprudencia*, Vol. 7 (11), 2015.
- LEÓN, Édgar; BOTELLO, Valentina; REINA, Andrés. Jurisdicción racione personae: las empresas estatales ante el arbitraje de inversión. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 24 (1), 2022
- LEVENTHAL, Alexander. Threading the Sovereign's Needle. A philosophical Deconstruction of an Investor-State Tribunal's Authority to Award Interim Relief in Relation to Criminal proceedings. *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration*, Vol. 3, (4), 2021
- LO, Chang-fa. Relations and possible interactions between state-state dispute settlement and investor-state arbitration under BITs. *Contemp. Asia Arb. J.*, Vol. 6, 2013.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián. La falta de jurisdicción racione temporis en el caso lucchetti: comentario a laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 7 de febrero de 2005. *Revista chilena de derecho*, Vol. 33 (1), 2006.
- LÓPEZ-ALARCÓN, Mariano. Prejudicialidad excluyente y concurso instrumental de acciones en el proceso canónico. *Ius canonicum*, Vol. 9 (18), 1969.
- MAGNAYE, Jose; REINISCH, August. Revisiting Res Judicata and Lis Pendens in Investor-State Arbitration. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 15 (2), 2016.

- MARCEDDU, María Laura; ORTOLANI, Pietro. What is wrong with Investment Arbitration? Evidence from a Set of Behavioral Experiments. *The European Journal of International Law*, Vol. 31 (2), 2020.
- MARCHECO, Benjamín. La dimensión constitucional y convencional del derecho a la tutela judicial efectiva (no penal) desde la perspectiva europea y americana. *Estudios Constitucionales*, Vol. 18 (1), 2020.
- MARTÍNEZ-FRAGA, Pedro; JACK, Harout. The Rol of Precedent in Defining Res Judicata in Investor-State Arbitration. *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 32 (3), 2012.
- MCLACHLAN, Campbell. Investment treaties and general international law. *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 57 (2), 2008.
- MEREMINSKAYA, Elina. Apuntes de arbitraje comercial internacional. *Journal on Dispute Resolution*, Vol. 19, 2003.
- MEREMINSKAYA, Elina. Fraccionamiento jurisdiccional en el arbitraje y la posibilidad de su prevención por vía de cláusula específicas. *Revista Peruana de Arbitraje*, (10), 2010.
- MEREMINSKAYA, Elina. La cláusula paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos. *Revista Internacional de Arbitraje*, (11), 2009.
- MORA, Jorge. Jurisdicción y competencia ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, (43), 2015.
- MORALES GODÓ, Juan. ¿Es requisito indispensable la triple identidad para poder hacer uso de la excepción de litispendencia? *Docentia et Investigatio*, Vol. 10 (2), 2008.
- MORTIMORE, Michael. Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe. *Naciones Unidas*, (188), 2009.
- MUÑOZ, Arturo. El abuso del proceso en el arbitraje de inversiones: "New skin for the old ceremony". *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 3 (2), 2021.
- NICOLAIDIS, Kalypso; TONG, Joyce L. Diversity or Cacophony-The continuing debate over new sources of international law. *Mich. J. Int'l L.*, Vol. 25, 2003.
- NOLLKAEMPER, André. Conversations among courts: domestic and international adjudicators. *Handbook of International Adjudication*, (2013-08), 2013.
- NOVÝ, Zdeněk. Lis Pendens between International Investment Tribunals and National Courts. *Česká ročenka mezinárodního práva veřejného a soukromého*, Vol. 8, 2017.
- ORENCH Y DEL MORAL, María. ¿Es el consentimiento de los Estados fundamento de la norma y de la obligación internacional? Breve consideración de las líneas de desarrollo que superan esta concepción básica. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, (17), 2001.

- ORREGO VICUÑA, Francisco. Lis pendens arbitralis. Parallel state and arbitral procedures in international arbitration. *ICC Publishing*, 2005.
- OVIEDO, Jorge. La ley aplicable a los contratos internacionales. *International Law*, (21), 2012.
- PATHAK, Harshad. Jurisdictional Conflicts between Investment Treaty and Commercial Arbitration—The Role of Lis Pendens. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 12 (3), 2021.
- PAULSSON, Jan. Arbitration without privity. *ICSID Review*, Vol. 10 (2), 1995.
- PAULSSON, Jan. Jurisdiction and admissibility. *ICC Publishing*, (2010-3), 2005.
- PÉREZ PACHECO, Yaritza. Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI. *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 4 (1), 2012.
- PÉREZ, Víctor. Los inconvenientes del “forum non conveniens”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (100), 2003.
- PRIETO, María José. Expropiación indirecta por medidas cautelares en procedimiento tributario. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39 (3), 2012.
- RADOVIĆ, Relja. Incidental Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration and the Question of Party Consent. *American Journal of International Law*, Vol. 116, 2022
- REINISCH, August. The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural tools to avoid conflicting dispute settlement outcomes. *The Law and Practice of International Court and Tribunals*, Vol. 3, 2004.
- REISMAN, Michael. The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration. *Duke Law Journal*, Vol. 1989 (4), 1990.
- RIED, Ignacio. Tres cuestiones sobre la excepción de litispendencia en el proceso civil chileno. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (45), 2015.
- ROBERTS, Anthea. Triangular treaties: the extent and limits of investment treaty rights. *Harvard International Law Journal*, Vol. 56, 2015.
- ROBERTS, Anthea; TRAHANAS, Christina. Judicial review of investment treaty awards: BG Group v. Argentina. *American Journal of International Law*, Vol. 108 (4), 2014.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro. La prejudicialidad en el proceso civil. *Revista chilena de Derecho*, Vol. 42 (2), 2015.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro. Nociones generales sobre la justicia arbitral. *Revista chilena de Derecho*, Vol. 26, 1999.
- ROMERO, Sophía. Concurso de normas y concurso de acciones en el derecho procesal civil chileno. *Ius et Praxis*, Vol. 19 (2), 2013.
- ROSERO, Nicolás. Cláusulas de Fork in the Road en acuerdos internacionales de inversión: insumos para la construcción de un test unificado. *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, Vol. 4 (2), 2016.



- RUSKA MAGUIÑA, Carlos. Arbitraje Ad Hoc o Arbitraje Administrado: el Rol de las Instituciones Arbitrales en el Perú. *Iuris Dictio*, Vol. 7 (11), 2007.
- SCHÄFER, Joaquín. Una revisión del arbitraje internacional de inversiones a la luz de la organización de la jurisdicción chilena. *Latin American Legal Studies*, Vol. 9, 2021.
- SCHREUER, Christoph. Jurisdiction and applicable law in investment treaty arbitration. *McGill J. Disp. Resol.*, Vol. 1, 2014.
- SCHREUER, Christoph. Travelling the BIT route: of waiting periods, umbrella clauses and forks in the road. *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5 (2), 2004.
- SHANY, Yuval. Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims. *American Journal of International Law*, Vol. 99 (4), 2005.
- SHANY, Yuval. National courts as international actors: jurisdictional implications. *Hebrew University International Law Research Paper*, (22-08), 2008.
- SILVA ROMERO, Eduardo. Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional. *Lima Arbitration*, (5), 2012.
- STEIN, Eric. Transnational Law by Phillip C. Jessup. *Michigan Law Review*, Vol. 56 (6), 1958.
- SUDEROW, Julia. Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿flexibilidad versus previsibilidad? *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 5 (1), 2013.
- SWARABOWICZ, Michal. Identity of Claims in Investment Arbitration: A Plea for Unity of the Legal System. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 8 (2), 2017.
- THIRLWAY, Hugh. Dilemma or Chimera? Admissibility of Illegally Obtained Evidence in International Adjudication. *American Journal of International Law*, Vol. 78 (3), 1984.
- TRAUTMAN, Philip. Claim and Issue Preclusion in Civil Litigation in Washington. *Wash. L. Rev.*, Vol. 60, 1984.
- TZANAKOPOULOS, Antonios. Domestic Courts in International Law: the international judicial function of national courts. *Loy. LA Int'l & Comp. L. Rev.*, Vol. 34 (1), 2011.
- UNITED NATIONS. Reports of International Arbitral Awards. Selwyn Case (interlocutory). Vol. IX, 2006.
- VAN DEN HOUT, Tjaco. Resolution of International Disputes: The Role of the Permanent Court of Arbitration—Reflections on the Centenary of the 1907 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes. *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21 (3), 2008.
- VAN HARTEN, Gus; LOUGHLIN, Martin. Investment treaty arbitration as a species of global administrative law. *European Journal of International Law*, Vol. 17 (1), 2006.
- VAN HARTEN, Gus; VASTARDIS, Anil Yilmaz. Critiques of Investment Arbitration Reform: An Introduction. *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 24 (3), 2023.

- VANDEVELDE, Kenneth J. The political economy of a bilateral investment treaty. *American Journal of International Law*, Vol. 92 (4), 1998.
- VEGAS, Jaime. La eficacia excluyente de la litispendencia. *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, (0), 2002.
- VIAL, María Ignacia. La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado. *Revista chilena de derecho*, Vol. 40 (3), 2013.
- WANG, Guiguo. Consent in Investor-State Arbitration: A Critical Analysis. *Chinese Journal of International Law*, Vol. 13 (2), 2014.
- WEHLAND, Hanno. Domestic Courts and Investment Treaty Tribunals: The Effect of Local Recourse Against Administrative Measures on the Breach of Investment Protection Standards. *Journal of International Arbitration*, Vol. 36 (2), 2019.
- WISNER, Robert; GALLUS, Nick. Nationality requirements in investor-state arbitration. *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5 (6), 2004.
- YOUNBI FASSEU, Frédérique. Current Debates on Investor-State Arbitration in Latin America. *Tla-melaua*, Vol. 12 (45), 2018.

## 1. Publicaciones On-line

- ARENAS, Sergio. Problemas jurídicos del arbitraje ante el CIADI [en línea]. Disponible en: [https://issuu.com/sergioluisarenasbenavides/docs/problemas\\_juridicos\\_del\\_arbitraje\\_ante\\_el\\_ciadi](https://issuu.com/sergioluisarenasbenavides/docs/problemas_juridicos_del_arbitraje_ante_el_ciadi)
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. Consent in Investment Arbitration: A Few Remarks. 2023. En Kluwer Arbitration Blog [en línea]. Disponible en: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/01/13/consent-in-investment-arbitration-a-few-remarks/>
- CHAEVA, Natalia. Consent to Arbitration. En JusMundi [en línea]. Disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-consent-to-arbitration>
- FERNÁNDEZ, Antolín. Foreign control, Ownership and Investment Arbitration. En JusMundi [en línea]. Disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-foreign-control-ownership-and-investment-arbitration>
- GLADWIN, Isaac. Dispute existence. En JusMundi [en línea]. Disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-dispute-existence>
- KONSTANTIN, Christie. Treaty Claims v. Contractual Claims in ISDS. En JusMundi [en línea]. Disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-treaty-claims-vs-contractual-claims-in-isds#:~:text=Contractual%20claims%20are%20usually%20governed,the%20host%20State's%20contractual%20responsibility>
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Diagnóstico sobre el acceso a la justicia en Chile [en línea]. 2020. Disponible en: <https://www.minjusticia.gob.cl/diagnostico-so>

[bre-el-acceso-a-la-justicia-en-chile/](#)

- TERRIEN, Armand. Jurisdiction Ratione Temporis. En JusMundi [en línea]. Disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-jurisdiction-ratione-temporis>
- UNCTAD. *Investment Dispute Settlement Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub* [en línea]. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement?status=100>

## **1. Separatas**

- MATURANA, Cristián. Derecho procesal orgánico. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2003.
- MATURANA, Cristián. Nociones acerca de la Cosa Juzgada. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011.

## **2. Memorias y trabajos de tesis**

- BELLEI TAGLE, Carlos Rodolfo. Cuestiones jurisdiccionales asociadas a la proliferación de tribunales y cortes internacionales. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2008.
- BRENGESJÖ, Emil. Lis Alibi Pendens in International Arbitration. Reflections on the Swedish Position in the context of International Trends and Approaches. Thesis in Procedural Law. Stockholm: Stockholm University, 2013.
- CAMPOS SÁNCHEZ, Nathaly. La determinación de la competencia ratione materiae de los tribunales arbitrales constituidos en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones: consideraciones en torno a la aplicación del test Salini. Tesis para optar a grado de Magíster. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.
- CORREDOYRA, Pablo. Arbitraje de Inversión: ventajas e inconvenientes de un tribunal permanente. Trabajo de fin de Máster. Madrid: Colegio Universitario de Estudios Financieros, 2020.
- FORSTEN, Denice. Parallel Proceedings and the Doctrine of Lis Pendens in International Commercial Arbitration: A comparative study between the common law and civil law traditions. Master's Thesis in Procedural Law, Uppsala: Uppsala University, 2015.
- JARA BUROTTO, Álvaro. Participación del Estado como parte en el arbitraje, con especial énfasis en el arbitraje internacional de inversión y en el arbitraje comercial internacional. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2016.
- JUDKIEWICZ, Malgorata. Waiver of Right to Other Proceedings as a Condition to State's Consent in Investor-State Arbitration. Master's Thesis. Geneva: University of Geneva, 2015.
- MAHU, Pablo; ROJAS, Maximiliano. Chile y la inversión extranjera: análisis de casos CIADI.

Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2014.

- MATURANA, Cristián. Relación entre la litispendencia, la acumulación de autos y la cosa juzgada. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1982.
- MOLINA, Evaristo. La Doctrina Drago. Memoria de Prueba para optar al Grado de Bachiller en Leyes i Ciencias Políticas. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1917.
- MORAGA, Marco. Aproximación a la validez de la cláusula arbitrales unilaterales en el ordenamiento jurídico chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2021.
- PAROT, Jaime. De la acumulación de autos. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1941.
- POUGET, Miguel Ángel. La cuestión prejudicial en Derecho Europeo: una perspectiva de parte. Tesis de Doctorado. Murcia: Universidad Católica de Murcia, 2017.
- PRISLAN, Vid. Domestic courts in investor-state arbitration: partners, suspects, competitors. Doctoral Thesis. Leiden: Leiden University, 2019.
- RIVERO, Renée. La prejudicialidad en el proceso civil. Medios procesales para la coherencia de sentencias dictadas en procesos con objetos conexos. Estudio comparado del Derecho español y chileno. Tesis doctoral. Valencia: Universidad de Valencia, 2015.
- RODRÍGUEZ, Leire. Arbitraje Internacional de Inversiones: Las perspectivas de presente y futuro. Trabajo de Fin de Máster. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2022.
- SALEHI, Meysam. Investment Treaty Arbitration as a Public and Unilateral Dispute Settlement: A redefinition of the autonomy of disputing parties and arbitral tribunals in the process of investment treaty arbitration. Master's Thesis. Uppsala: Uppsala University, 2020.
- SCHAFFSTEIN, Silja. The Doctrine of Res Judicata before International Arbitral Tribunals. PHD Thesis. Geneva: University of Geneva, 2012.

#### **4. Jurisprudencia de inversiones**

- *Airbus Industrie Gie v. Patel and others*, House of Lords, 1 AC 119, de 2 abril de 1998.
- *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, de 25 de junio de 2001.
- *AMCO Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, de 25 de septiembre de 1983.
- *AMCO Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1,



de 20 de noviembre de 1984. *Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, de 27 de junio de 1990.

- *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, de 8 de diciembre de 2003.
- *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/2, de 11 de mayo de 2005.
- *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, PCIJ Series A N°6, Objeciones preliminares, de 15 de mayo de 1925.
- *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, de 21 de octubre de 2003.
- *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2009-23, de 27 de febrero de 2012.
- *CME v. The Czech Republic*, Judgement of Svea Court of Appeal, de 15 de mayo de 2003
- *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, de 3 de julio de 2002.
- *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisión de Anulación, de 3 de julio de 2002.
- *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V. and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi ÉS Szolgáltató KFT v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/2, de 16 de abril de 2014.
- *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, de 14 de enero de 2004.
- *Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, de 26 de julio de 2001.
- *Factory at Chorzow (Germany v. Poland)*, PCIJ Series A No. 17, de 13 de septiembre de 1928.
- *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting & others v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/13/38, de 14 de diciembre de 2017.
- *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, de 16 de septiembre de 2003.
- *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, de 3 de julio de 2008.

- *H&H Enterprises Investment, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/09/15, de 6 de mayo de 2014.
- *Industria Nacional de Alimentos S.A. and Indalsa Perú S.A. v. República de Perú*, ICSID Case No. ARB/03/4 Procedimiento de Anulación, de 5 de septiembre de 2007.
- *Islamic Republic of Iran vs. United States of America*, IUSCT Case No. A/18, de 6 de abril de 1984.
- *Itisaluna Iraq LLC and others v. Republic of Iraq*, ICSID Case No. ARB/17/10, de 3 de abril de 2020.
- *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, de 21 de octubre de 1983.
- *Klöckner Industrien-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, de 3 de mayo de 1985.
- *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability, de 12 de abril de 2015.
- *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, de 16 de diciembre de 2002.
- *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. UK)*, PCIJ Judgement No. 2, de 30 de agosto de 1924.
- *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, de 4 de octubre de 2013.
- *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, de 15 de marzo de 2002.
- *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, de 11 de octubre de 2002.
- *Mr. Tza Yap Schum v. The Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6, de 7 de julio de 2011.
- *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case ARB/01/11, de 15 de octubre de 2005.
- *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, de 1 de julio de 2004.
- *Pantechniki S.A. Contractors and Engineers v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21, de 30 de julio de 2009.
- *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, de 2 de julio de 2013.

- *Phoenix Action, Ltd. V. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, de 15 de abril de 2009.
- *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, de 1 de noviembre de 1999.
- *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL Arbitration, de 3 de septiembre de 2001.
- *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, de 8 de agosto de 1980.
- *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I]*, ICSID Case No. ARB/00/4, de 31 de julio de 2001.
- *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, de 9 de noviembre de 2004.
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, de 6 de agosto de 2003.
- *Siemens A.G. v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, de 3 de agosto de 2004.
- *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, de 27 de noviembre de 1985.
- *Supervision Y Control S.A. v. The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/12/4, de 18 de enero de 2017.
- *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/94/2, de 24 de diciembre de 1996.
- *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, de 20 de abril de 2004.
- *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, de 8 de diciembre de 2000.
- *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decisión del Comité de Anulación, de 28 de junio de 2002.

**CAM**  
SANTIAGO • CHILE  
CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN  
CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO

Oficina de Estudios y Relaciones Internacionales del Centro de Arbitraje y Mediación  
(CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS).  
Av. El Bosque Norte 500, piso 4, Las Condes.  
[www.ccs.cl/camsantiago/](http://www.ccs.cl/camsantiago/)