

El concepto de *lis pendens* en el arbitraje comercial internacional

RENÉ IRRA DE LA CRUZ¹

I. Introducción

La tramitación de procedimientos paralelos que derivan de los mismos hechos es una problemática que se presenta con relativa frecuencia en los litigios internacionales y que es cada vez más frecuente en el arbitraje internacional.

El incremento de este fenómeno en el arbitraje se debe a que las relaciones comerciales son cada vez más complejas e involucran cada vez a más partes. Las posibilidades son tan variadas que, desde las transacciones económicas singulares como puede ser un contrato de obra, hasta operaciones complejas de tracto sucesivo, como puede ser una inversión extranjera protegida al amparo de un acuerdo bilateral para la promoción y protección de la inversión extranjera (APPRI), pueden dar lugar a disputas que se sean objeto de arbitrajes y litigios separados². No hace falta decir que el tramitar procedimientos paralelos genera un gran riesgo de que se dicten laudos o sentencias judiciales contradictorias lo que, a su vez, dificultará su ejecución. Todo ello impide que se logre uno de los objetivos más preciados del arbitraje internacional: su ejecución internacional

1 Socio, Irra Ibarra, S.C. (México). Profesor de derecho internacional y arbitraje de la Universidad Nacional Autónoma de México y profesor invitado de la Universidad París II Panthéon-Assas. El autor desea agradecer la valiosa colaboración de Sofía Lorena Rodríguez García.

2 Rivkin, David W., The impact of Parallel and Successive Proceedings on the Enforcement of Arbitral Awards en Dossier of the ICC Institute of World Business: Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration, Julio 2005, p. 269.

de manera expedita a través de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)³.

En este contexto, los tribunales arbitrales se enfrentan cada vez más a cuestiones que involucran el concepto de *lis pendens* o litispendencia⁴. Los escenarios en los que se pueden presentar este tipo de cuestiones involucran procedimientos paralelos que confrontan (i) un tribunal arbitral y un tribunal nacional⁵; (ii) dos tribunales arbitrales⁶ y, (iii) un tribunal arbitral y una Corte supra-nacional. Tal como veremos más adelante, existe una diferencia fundamental entre procedimientos paralelos tramitados entre dos tribunales nacionales, por un lado, y entre un tribunal nacional y un tribunal arbitral, por el otro. Incluso, el tratamiento se vuelve más complejo cuando el tribunal arbitral tiene su sede en una jurisdicción distinta a la del tribunal nacional en donde se tramita el procedimiento paralelo.

II. Consideraciones preliminares

Antes de abordar la problemática que se presenta frente a la tramitación de dos procedimientos que involucran a un tribunal de arbitraje comercial internacional, es importante tener claro en qué consiste (1) el concepto de *lis pendens* y (2) sus características y requisitos, para dilucidar las soluciones que deben plantearse frente a la tramitación de procedimientos paralelos.

A) *Lis pendens*: concepto

La litispendencia o *lis pendens* es un estado procesal que surge del nacimiento del proceso, que constituye una excepción tendente a evitar la tramitación si-

³ *Idem*.

⁴ Los mecanismos que los tribunales analizan en presencia de procedimientos paralelos son, normalmente, los conceptos de *lis pendens*, conexidad de la causa y *res judicata*, todos con análisis y resultados distintos. En este estudio nos centraremos únicamente en el análisis del concepto de *lis pendens*. Para un análisis sobre la cuestión de conexidad de la causa, ver Rodríguez Jiménez, Sonia, *Conexidad y litispendencia internacional en el derecho internacional privado mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2009; Para un análisis sobre *res judicata* ver, Cremades, Bernardo y Madalena, Ignacio, *Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional*, Revista Peruana de Arbitraje, Perú, 6/2008; International Law Association Resolution No. 1/2006, Recommendations on *res judicata* and international arbitration.

⁵ Ver caso *Fomento de Construcciones y Contratas SA v Colon Container Terminal SA*, 14 May 2001, ATF 127 III

⁶ Para una ilustración, ver caso *Arthur Andersen v Andersen Consulting*, en Elliot Geisinger & Laurent Levy, *Lis alibi pendens in international commercial arbitration*, Complex Arbitrations: Perspectives of their procedural implications (ICC Special Supplement), Paris, 2003, p. 62.

multánea de un segundo proceso entre las mismas partes y en relación con el mismo objeto y causa de pedir, anticipándose, de este modo, a la cosa juzgada⁷.

Literalmente, *lis pendens* ha sido traducido como *litis pendiente*⁸, es decir, la existencia de una disputa planteada ante un foro competente que se encuentra pendiente de resolverse en el momento en que la misma disputa se plantea en un segundo foro que pudiera también resultar competente. En el mismo sentido, el grupo de trabajo de la International Law Association (ILA), en su reporte final *Lis pendens and arbitration*, retomó el concepto de *lis pendens* explicado por James Fawcett en el Reporte del XIV Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, quien lo describe como “una situación en la que procedimientos paralelos que involucran las mismas partes y la misma causa de acción, se tramitan en dos diferentes estados al mismo tiempo”⁹.

En palabras de Calvo Caravaca y Carrascosa González, “puede suceder que un mismo asunto, con identidad de objeto, partes y causa, se halle pendiente ante tribunales de Estados miembros distintos: ¿qué tribunal debe conocer del caso y cuál debe dejar de conocer?”¹⁰. Esta es justamente la interrogante que se plantea cuando estamos en presencia de procedimientos paralelos tramitados ante dos foros distintos. La aplicación del más elemental principio de seguridad jurídica y economía procesal lleva a la conclusión de que un mismo asunto no puede ser decidido en dos instancias paralelas. El resultado: necesariamente una de las instancias involucradas deberá dejar de conocer la disputa. El problema que surge entonces es, por un lado, la determinación de quien debe conocer y quién debe dejar de conocer y, por el otro, quien debe decidir cuál de las instancias involucradas debe continuar conociendo del asunto.

En este contexto, el concepto de *lis pendens* se erige como un principio cuyo objetivo es ser un mecanismo de coordinación entre dos jurisdicciones competentes para evitar así el dictado de resoluciones contradictorias que puedan ser igualmente ejecutables. Este principio procura el más elemental orden procesal y eficiencia al evitar la duplicación que surge al tramitar procedimientos paralelos

7 Serra Domínguez, Manuel, “Litispendencia”, en: Conferencia pronunciada en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de La Laguna, en el transcurso de las V Jornadas de Profesores de Derecho Procesal, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1969, pp. 653-656, en Cremades, Bernardo y Madalena, Ignacio, *Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional*, Revista Peruana de Arbitraje, Perú, 6/2008, pág. 8.

8 Born, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Kluwer Law International 2014), p. 3792.

9 Fawcett, James (ed.), “Declining Jurisdiction in Private International Law”, Report to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law, Atenas, 1994 (Oxford University Press, Oxford, 1995), p. 27 en International Law Association, *Final Report on Lis Pendens and Arbitration*, Toronto conference, 2006.

10 Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*, 6ª. Ed. España, Comares, vol. I, 2006, p.282 en Rodríguez Jiménez Sonia, *op. cit.* p. 58.

que versan sobre la misma causa, partes y objeto.¹¹ Pero sobre todo, constituye un principio de equidad y justicia procesal, que en la mayoría de las jurisdicciones se considera parte integrante del orden público¹², pues tiene vocación de proteger a una parte en contra de la táctica de su adversario de presentar la misma reclamación en múltiples jurisdicciones con la esperanza de que alguna de esas jurisdicciones acoja su pretensión.

Más allá de apreciarse como una mera excepción procesal en los derechos nacionales, el principio de *lis pendens* intenta materializar un principio de economía procesal en aras de proteger una tutela efectiva en el plano internacional¹³. Es por ello que existen autoridades que afirman, incluso, que el principio de *lis pendens* es una regla de derecho internacional consuetudinario o un principio general de derecho, el cual debe ser reconocido en los procedimientos de naturaleza internacional¹⁴, en especial, en el arbitraje internacional.

La existencia de dos resoluciones ejecutables entraña una evidente problemática pues esta duplicidad tendría como consecuencia, por un lado, la imposibilidad de ejecutar la resolución que concede al demandante el pago de la pretensión reclamada. Por otro lado, si las resoluciones fueron condenatorias, es posible que se abra la posibilidad de una doble ejecución y, en consecuencia, un doble pago.

B) Requisitos y características de la excepción de *lis pendens*

En cuanto a la determinación de los requisitos y características, haremos un breve comentario sobre las que, a nuestro parecer, son los requisitos esenciales que definen las soluciones que deben plantearse frente a la tramitación de procedimientos paralelos.

En primer lugar, es necesario que existan dos procedimientos en trámite y que no se haya dictado resolución en cuanto al fondo del asunto. Aun cuando pareciera un requisito evidente, es importante constatar el matiz respecto a que, si en uno de los procedimientos ya existe una resolución, será el principio de *res*

11 Hobér, Parallel Arbitration Proceedings – Duties of the Arbitrators, in B. Cremades & J. Lew (eds.), Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration 243, 253 (2005).

12 *Idem*.

13 Rodríguez, Sonia, fn. 4, p. 109.

14 Reinisch, *The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes*, 3 L. & Prac. Int'l Cts. & Tribs. 37, 48 (2004) (citing *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, PCIJ Series A, No. 6, 20 (P.C.I.J. 1926) (referring to “principles generally accepted in regard to litispendance”)), en Born, fn. 8.

judicata el que determinará el impacto que tendrá en el procedimiento pendiente, la resolución dictada en el primer procedimiento.

En segundo lugar, se requiere la existencia del llamado “triple test”, en el cual es necesario que exista identidad entre las partes, el objeto y la causa¹⁵.

El hecho de que tenga que existir esta triple identidad, ha generado que algunos autores califiquen a la litispendencia como “patología jurídica”, sosteniendo que “la pendencia simultánea de varios procesos con idéntico objeto es un fenómeno perteneciente a la patología jurídica y, por tanto, si no puede ser evitado, debe ser eliminado cuando llegue a producirse, estableciéndose al efecto los correspondientes remedios¹⁶.”

Una ilustración interesante relativa al análisis de identidad de objeto y causa, es el caso *Gubisch*¹⁷ que resolvió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). El TJUE interpretó el contenido del artículo 21° del Convenio de Bruselas (El Convenio) y, en particular, el contenido de la expresión “mismo objeto y la misma causa”. La cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre *Gubisch Maschinenfabrik KG*, con domicilio en Flensburg (República Federal de Alemania), y el señor Palumbo, con domicilio en Roma, cuyo objeto era la validez de un contrato de compraventa. El señor Palumbo había emplazado a la sociedad Gubisch ante el Tribunal de Roma para obtener la declaración de nulidad de dicho contrato, debido a que su propuesta al respecto, había sido revocada antes de que llegara a la sociedad Gubisch para su aceptación. El señor Palumbo solicitaba, a título subsidiario, la anulación del contrato por vicio del consentimiento, y, de no proceder lo anterior, la resolución del contrato, al no haber respetado la sociedad Gubisch el plazo de entrega. La sociedad Gubisch opuso la excepción de incompetencia del Tribunal de Roma en los términos del artículo 21° del Convenio, alegando que, con anterioridad, ella había instado ante el Tribunal comercial de Flensburg el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el señor Palumbo por efecto del mencionado contrato, es decir, el pago de la máquina comprada.

Al respecto, el TJUE determinó que el concepto de litispendencia contemplado por el artículo 21° del Convenio comprende el caso en el que una parte interpone ante un Juez de un Estado contratante una demanda pretendiendo la nulidad o la resolución de un contrato de compraventa internacional, cuando está pendiente ante un Juez de otro Estado contratante una demanda de la parte

15 Rodríguez, Sonia, pág. 19.

16 Vegas Torres, Jaime., *La eficacia excluyente de la litispendencia*, Universidad de La Rioja, REDUR n°0/Junio 2002, disponible en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero0/vegas.pdf>

17 *Gubisch Maschinenfabrik KG. / Palumbo*, ECJ 08.12.1987 - 144/86.

contraria que pretende la ejecución del mismo contrato, pues, por un lado, ambos procedimientos se basaban en la misma “causa”, es decir, en la misma relación contractual. Por otro lado, en cuanto al objeto, aun cuando pareciera que no existía identidad porque un procedimiento versaba sobre la nulidad y el otro sobre la ejecución del contrato, era de considerarse que la fuerza obligatoria del contrato se encontraba en el centro de ambos litigios. De ahí que existía, efectivamente, identidad en el objeto de los litigios, lo que permitió al TJUE determinar que sí existía una cuestión de *lis pendens* en dicho caso.

En tercer lugar, se requiere que los procedimientos paralelos se tramiten en foros que pudieran ser igualmente competentes para conocer del fondo de la disputa¹⁸, lo que obliga a que uno de ellos suspenda su procedimiento en favor de la otra instancia competente. Una anotación relevante es que el tribunal que conoció en primer lugar del asunto (ya sea arbitral o estatal) no puede requerir, solicitar o imponer al segundo que deje el desarrollo del proceso abierto ante éste último. No puede ser de otra forma porque los tribunales que pudieran resultar competentes no tienen una posición jerárquica uno respecto del otro y, menos aun cuando se trata de jurisdicciones nacionales distintas¹⁹. Aun cuando el primer tribunal pueda informar al segundo respecto de la existencia de un procedimiento diverso en trámite, corresponde a cada tribunal determinar de conformidad con el derecho nacional que los rige, si suspenden, sobreseen o continúan con el procedimiento paralelo.

Una ilustración de lo anterior es la decisión emitida en el caso *SPP v Egipto*²⁰. En la decisión preliminar de jurisdicción, el tribunal estableció la siguiente premisa: “cuando las jurisdicciones de tribunales independientes que no tengan ninguna relación cubran la misma disputa, no existe regla de derecho internacional que impida a cualquiera de ellos ejercer su jurisdicción. Sin embargo, en el interés del orden judicial internacional, cualquiera de los tribunales puede, de manera discrecional y por una cuestión de deferencia internacional, suspender el ejercicio de su jurisdicción hasta que el otro tribunal emita su decisión”²¹.

Para establecer un punto de comparación, el foro que se enfrente a una situación de *lis pendens* en jurisdicciones de *common law* cuenta con un poder inherente para suspender su procedimiento, si es que su continuación puede dar lugar a la causación de una injusticia²². Este principio se subsume en la aplica-

18 Born, Gary B., fn. 8, p. 3792.

19 Rodríguez Jimenez, fn. 4, p. 73.

20 *Southern Pacific Properties v. Egypt, Decisión de jurisdicción 1 en ICSID Case No.ARB/84/3 de 27 de noviembre de 1985*, 3 ICSID Rep. 112, 129 (1995).

21 *Idem*, parr. 85.

22 Fawcett, p. 11.

ción de un mecanismo más amplio para evitar la tramitación de procedimientos paralelos conocido como *forum non conveniens*²³. Al analizar si una Corte debe suspender su procedimiento en favor de otra jurisdicción que ya está conociendo del mismo asunto, ésta verificará que no exista abuso de proceso por la parte que ha intentado el procedimiento paralelo²⁴. Ello sin que necesariamente se tenga que respetar la regla temporal, a través de la cual, el segundo procedimiento es el que necesariamente debe suspenderse en favor del primero.

En los países de *civil law*, el análisis es distinto, pues se respeta la regla temporal a través de la cual el primer procedimiento continuará y, de verificarse una situación de *lis pendens*, será el segundo procedimiento el único sujeto a suspensión a favor del primero²⁵.

III. Procedimientos paralelos: posibles soluciones

Suponiendo entonces que existan procedimientos paralelos en los que se actualice una situación de *lis pendens*, podemos vislumbrar los siguientes escenarios, independientemente de que se traten de tribunales nacionales o tribunales arbitrales²⁶: i) el foro A puede declinar jurisdicción y/o suspender su procedimiento, ii) el foro A puede compeler al foro B a suspender su procedimiento, iii) ambos procedimientos pueden continuar y habrá que atender a las reglas de *res judicata* para evitar resoluciones contradictorias, iv) adopción de algún mecanismo para que las partes se desistan de uno de los procedimientos.

Ahora bien, el tratamiento de la cuestión difiere significativamente si se trata de procedimientos paralelos tramitados entre (1) un tribunal arbitral y un tribunal nacional y (2) dos tribunales arbitrales.

A) Procedimiento arbitral frente a un procedimiento judicial

Generalmente, el escenario se plantea de dos formas: (i) el demandante inicia un arbitraje y el demandado, posteriormente, presenta su demanda ante un tribunal nacional o, (ii) una parte inicia un procedimiento ante una Corte nacional y la otra parte inicia, posteriormente, el procedimiento arbitral.

23 Fawcett, p. 29.

24 A través de los mecanismos *forum non conveniens*, *lis alibi pendens* o *abuse of process* o suspensión del procedimiento hasta el dictado de una resolución en el foro internacional.

25 Born, fn. 8, p. 3799.

26 ILA Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration, Toronto conference, 2006.

En principio, no puede afirmarse que exista realmente una cuestión de *lis pendens* en procedimientos paralelos que involucran a un tribunal nacional y a un tribunal arbitral. La razón es relativamente simple: el principio de *lis pendens* parte de la base de que ambos foros pueden resultar igualmente competentes para conocer del fondo de la disputa²⁷, lo que conduciría a que uno de ellos decida no continuar con su procedimiento por razones de equidad, eficiencia, orden y justicia procesal o, incluso, deferencia competencial internacional, tomando en consideración los efectos preclusivos que pueda tener la primer resolución que se dicte en el segundo procedimiento (en virtud del principio de *res judicata*)²⁸.

Así, en presencia de un convenio arbitral válido, no puede alegarse que existan dos foros competentes para conocer de una misma disputa. El convenio arbitral válido confiere jurisdicción exclusiva a los árbitros para resolver la disputa, excluyendo expresamente la jurisdicción del tribunal nacional, siempre y cuando la controversia se encuentre dentro del ámbito de dicho convenio arbitral. El arbitraje sería el foro contractualmente acordado y competente para resolver las disputas que surjan entre las partes²⁹. En este caso, no habría conflicto de jurisdicciones, pues el convenio arbitral determinaría con precisión el alcance de la jurisdicción arbitral y la estatal respecto de una relación jurídica.

1. ¿Jurisdicción arbitral exclusiva?: suspensión de procedimientos judiciales

En este supuesto, la suspensión del procedimiento judicial en favor del arbitraje sería una solución consistente con el artículo II(3) de la Convención de Nueva York y con el artículo 6° de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo). En dichos artículos se reconoce prioridad al tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, a menos que la convención de arbitraje sea nula, ineficaz o inaplicable:

“El Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

La solución adoptada por la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 es muy similar. El artículo VI(3) de dicha Convención

27 *Supra*, 2.2.

28 Born, Gary, fn. 8, p. 3792.

29 Born, Gary, fn. 8, p. 3793.

prevé que si una parte a un procedimiento arbitral inicia un procedimiento judicial, la Corte del Estado contratante que tenga que resolver sobre el mismo conflicto entre las mismas partes que contienden en el procedimiento arbitral, deberá suspender su propio procedimiento hasta que el laudo final sea dictado, salvo que exista una buena razón para no hacerlo.

Esta solución es también consistente con la adoptada por numerosos países en sus derechos nacionales³⁰, las cuales establecen claramente las reglas de coordinación que deben seguirse entre un tribunal nacional y un tribunal arbitral. De este modo, el árbitro tendrá jurisdicción exclusiva para conocer de la disputa y un juez nacional solo podrá sostener su jurisdicción, aún en presencia de un convenio arbitral, si la disputa se refiere a casos en que no puedan ser resueltos por vía de arbitraje (por ejemplo, porque la controversia escapa al ámbito de aplicación del convenio arbitral) o porque el convenio arbitral sea nulo, ineficaz o inaplicable.

Sin embargo, aún queda sin responder si la comprobación que el juez tiene que realizar de la nulidad, ineficacia o de la ejecución imposible de la convención tenga que ser *prima facie* o, por el contrario, deba hacer una comprobación exhaustiva.

El supuesto se complica un poco más cuando el tribunal arbitral tiene su sede en una jurisdicción distinta de aquélla en la que se tramita el procedimiento paralelo, pues puede darse el caso que las leyes procesales de los dos países en cuestión lleven a resultados contradictorios.

En este caso tampoco se considera que el principio de *lis pendens* cobre aplicación puesto que, en primer lugar, la Convención de Nueva York impone la obligación internacional a los tribunales de los Estados contratantes de remitir a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, cuando se le someta un litigio respecto del cual las partes hayan celebrado un acuerdo de arbitraje válido³¹.

30 En el caso europeo podemos citar los siguientes: Francia: artículo 1448° NCPC; Inglaterra: sección 9 Arbitration Act; Suiza: Artículos 7° y 186° LDIP; Alemania: Artículo 1040° ZPO. Para el caso de países latinoamericanos: Bolivia: Artículo 32°, Inciso I de la Ley N° 1770 de Arbitraje y Conciliación; Brasil: Artículo 8° de la Ley Brasileña de Arbitraje; Costa Rica: Artículo 37° de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. Núm. 7727; Colombia: Numeral 2 del Artículo 147° del Decreto 1818 de 1998; Chile: Artículo 16° Núm. 1 de la Ley 19.971; Ecuador: Artículo 22° de la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997; El Salvador: Artículo 51° de la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje de El Salvador; España: Artículo 22° de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado; Guatemala: Artículo 21° de la Ley de Arbitraje contenida en el Decreto 67-95; Honduras: Artículo 60° de la Ley de Conciliación y Arbitraje, contenida en el Decreto 161-2000; México: Artículo 1424° del Código de Comercio; Nicaragua: Artículo 42° de la Ley 540; Panamá: Artículo 17° del Decreto Ley Núm. 5 del 8 de julio de 1999; Perú: Artículo 41° de la Ley Peruana de Arbitraje; Portugal: Artículo 21°, Núm. 1 de la Ley de Arbitraje Voluntaria; República Dominicana: Artículo 20° de la Ley de Arbitraje Comercial Núm. 489-08 y Venezuela: Artículo 5° de la Ley de Arbitraje Comercial.

31 Artículo II(3) Convención de Nueva York.

En segundo lugar, no debe perderse de vista que la aplicación del principio de *lis pendens* no justifica que un tribunal arbitral deba suspender o dejar de resolver cuestiones jurisdiccionales que le han sido sometidas en presencia de un procedimiento paralelo tramitado ante un juez nacional. La resolución

de un juez nacional de una jurisdicción distinta de la sede del arbitraje que resuelva cuestiones jurisdiccionales, no puede tener efectos preclusivos en el arbitraje³². La justificación de esta afirmación se desprende del mismo razonamiento previo. Si la Convención de Nueva York establece una obligación internacional para que los tribunales nacionales remitan al arbitraje la disputa que les es sometida en presencia de un convenio arbitral válido, la decisión jurisdiccional de un tribunal nacional sería una intrusión en cuestiones reservadas expresamente a la competencia de los árbitros³³. Así lo han establecido numerosos tribunales nacionales³⁴ y tribunales arbitrales³⁵.

Sobre los efectos preclusivos de una resolución judicial frente al arbitraje, un tribunal constituido de conformidad con las reglas de la CCI con sede en Suiza, confrontado a procedimientos paralelos tramitados ante tribunales franceses resolvió que “[en cuanto] a las acciones iniciadas por el demandante frente a tribunales franceses, estas son completamente independientes de la acción ejercitada en el arbitraje. El tribunal arbitral, en el marco de un arbitraje internacional, no está vinculado por las decisiones de esas jurisdicciones, considerando, además, que el tribunal debe aplicar para su decisión una ley diferente, la suiza”³⁶.

32 Perret, *Parallel Actions Pending Before An Arbitral Tribunal and A State Court: The Solution Under Swiss Law*, in *Arbitral Tribunals or State Courts: Who Must Defer to Whom?* 65, 72-73 (ASA Spec. Series No. 15/2001).

33 Born, Gary, fn. 8, p. 3782.

34 *Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 364 F.3d 274 (5th Cir. 2004); *Telenor Mobile Communications AS v. Storm LLC*, 524 F.Supp.2d 332, 341, 343 n.8, 344-50 (S.D.N.Y. 2007); Judgment of 21 September 1999, *Repub. of Indonesia v. Himpurna Cal. Energy Ltd (Bermuda)*, XXV Y.B. Comm. Arb. 469 (Hague Arrondissementsrechtbank) (2000); *Karaha Bodas Co. LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, XXVIII Y.B. Comm. Arb. 752 (H.K. Ct. First Inst. 2003) (2003), en Born, fn.8, p. 3782.

35 *Laudo ICC No. 10623*, 21 ASA Bull. 59 (2003); *Laudo ICC No. 5294*, XIV Y.B. Comm. Arb. 137 (1989); *Laudo parcial ICC No. 4862*, en S. Jarvin, Y. Derains & J.-J. Arnaldez (eds.), *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990* 508-09 (1994).

36 ICC N° 141140, Laudo final, 2007, *Collection of ICC Arbitral Awards 2008-2001*, Kluwer Law International, ICC Publications. El texto original es el siguiente: « [quant aux] actions entamées par le Demandeur devant de différentes juridictions françaises [elles] sont tout à fait indépendantes de la action en arbitrage. Le Tribunal arbitral, qui siège dans un arbitrage international, n’est pas lié par les décisions de ces juridictions, compte tenu aussi du fait qu’il doit appliquer pour sa décision au fond une loi différente, la loi suisse. »

2. Suspensión del procedimiento arbitral frente a un procedimiento judicial

Pensemos en el supuesto en que existen procedimientos paralelos relacionados y el procedimiento tramitado ante el juez nacional no está sujeto a arbitraje. Una ilustración es cuando las partes deciden que todo lo relativo a la interpretación y cumplimiento de un contrato será sometido a arbitraje y todo lo relativo a la terminación de dicho contrato será competencia de un juez nacional³⁷.

En caso de que se tramiten procedimientos paralelos que provengan de los mismos hechos, puede ser que ambos foros sean competentes para conocer de las reclamaciones que le son sometidas y, por tanto, puede darse el caso de tener resoluciones contradictorias. ¿El árbitro estaría obligado a suspender el arbitraje hasta que el juez dicte resolución en su procedimiento?

Para resolver esta cuestión, el árbitro deberá hacer un análisis de *case-management*, más que de *lis pendens*, porque, en estricto sentido, no habría traslape de competencias entre juez y árbitro, pues el convenio arbitral establecería con precisión qué tipo de reclamación es competencia de cada foro. Habría entonces que analizar caso por caso la conveniencia de solicitar al árbitro la suspensión del procedimiento arbitral hasta que el procedimiento relacionado tramitado ante la Corte nacional sea resuelto, si es que este último trata cuestiones de fondo que serían relevantes para la resolución de la cuestión de fondo sometida al tribunal arbitral.

3. Cuestiones jurisdiccionales y *lis pendens*

En el contexto planteado y a pesar de las razones que justifican la inaplicabilidad del concepto de *lis pendens*, es posible que este principio pueda tener una aplicación limitada cuando existen alegaciones jurisdiccionales relativas a la validez o aplicación del convenio arbitral. Las razones que podrían llevar a una parte a iniciar legítimamente un procedimiento paralelo ante un tribunal nacional incluyen que esta considere (i) que no haya acuerdo de arbitraje; (ii) que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de imposible ejecución; (iii) que el acuerdo haya expirado o de algún modo haya terminado; (iv) que la disputa no es arbitrable o, (v) que la disputa no queda comprendida en el ámbito de aplicación del acuerdo arbitral³⁸.

37 Este ejemplo se puede encontrar en la contratación pública en México, en donde un árbitro puede conocer de las disputas que deriven de los contratos de obra pública excepto todo aquello relativo a la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos (Artículo 98° de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas).

38 ILA Interim Report “*Res judicata*” and arbitration, Berlin Conference, 2004, p. 4.

En este caso, preliminarmente ambos foros (el arbitral y el judicial) serían competentes para dilucidar las cuestiones jurisdiccionales. Antes de que alguno de ellos emita una resolución al respecto podría plantearse la aplicación del principio de *lis pendens*. No obstante, habría que atender a las reglas de procedimiento que resulten aplicables para determinar la viabilidad de la aplicación de dicho principio, así como las reglas que definan quién tiene prioridad para pronunciarse sobre las cuestiones jurisdiccionales, si el árbitro o el juez³⁹, tal como analizamos en párrafos anteriores⁴⁰.

4. El caso *Fomento*

Uno de los ejemplos más claros e ilustrativos respecto del análisis de procedimientos paralelos y *lis pendens* ha sido el caso *Fomento*⁴¹, tramitado en Suiza, el cual ha motivado muchos comentarios, tanto por los razonamientos planteados como por los efectos que produjo.

Los hechos relevantes del caso son los siguientes. Colón Container Terminal (Colón), empresa panameña, contrató a Fomento de Construcciones y Contratas (FCC), empresa española, para construir un puerto en Panamá, incluyendo en el contrato una cláusula de arbitraje CCI con sede en Ginebra. Surgida la disputa, FCC demandó a Colón ante los tribunales de Panamá y Colón no opuso a tiempo la excepción de incompetencia, derivada de la existencia de la cláusula de arbitraje en el Contrato. El juez de primera instancia en Panamá resolvió que Colón no había opuesto a tiempo la excepción de incompetencia de conformidad con las normas procesales panameñas, lo que implicaba una renuncia al convenio arbitral⁴² y, por tanto, confirmó su jurisdicción para conocer de la disputa. Colón apeló el fallo y la Corte de apelación lo revocó, confirmando que el asunto debía ser remitido al arbitraje.

Después del fallo panameño de primera instancia, Colón inició un arbitraje CCI, de conformidad con las reglas FIDIC que regían el contrato. El arbitraje

39 Puesto que existen jurisdicciones en las que el árbitro tiene la prioridad para pronunciarse sobre cuestiones jurisdiccionales, ver fn. 30.

40 *Supra*, 3.1.1.

41 *Fomento de Construcciones y Contratas SA v Colon Container Terminal SA*, 14 mayo 2001, en Vulliemin, Jean Marie, *Litispendance et compétence internationale indirecte du juge étranger*; Note - ATF 127 III 279, 279, [2001] ASA Bulletin 544.

42 El artículo 1414° del Código judicial panameño establece: “1414. *El otorgamiento del compromiso o la existencia de la cláusula compromisoria impedirán a los Jueces y Tribunales conocer de la controversia sometida al proceso arbitral producirán la incompetencia.(sic) Sin embargo, de común acuerdo pueden las partes desistir por escrito del arbitraje, antes de iniciarse el proceso. Se presume el acuerdo, si formulada por una parte la demanda ante Juez común, no se alega mediante incidente por la otra el compromiso dentro del término del traslado*”.

tendría su sede en Ginebra y el derecho aplicable al fondo sería la ley panameña. El procedimiento se registraría por el reglamento de la CCI y, subsidiariamente, por la Ley federal de procedimiento civil panameña. Como era de esperarse, FCC objetó la competencia del tribunal y opuso la excepción de *lis pendens*.

En el laudo parcial, el tribunal confirmó su jurisdicción, tomando en consideración lo resuelto por la Corte de apelación panameña, bajo el argumento de que el hecho de que Colón hubiera opuesto la excepción de arbitraje, aunque de manera tardía, revelaba la inexistencia de cualquier renuncia de Colón al convenio arbitral contenido en el contrato. De igual modo, el tribunal arbitral desestimó la excepción de *lis pendens* afirmando que este principio no es aplicable al arbitraje internacional y cuyas consecuencias, es decir, la suspensión del procedimiento, deben ser concedidas bajo consideraciones de oportunidad de conformidad con la ley federal de procedimiento civil. Para el tribunal arbitral, las decisiones judiciales panameñas constituían elementos que determinaban el derecho nacional pero no podían considerarse como actos de poder público susceptibles de imponerse al tribunal arbitral con sede en Suiza.

Por su parte, la Suprema Corte panameña revocó la sentencia de apelación, sosteniendo que el derecho de Colón para oponer la excepción de arbitraje había precluido y, por tanto, la decisión del juez nacional de declararse competente para conocer de la disputa era correcta.

El laudo por el que el tribunal arbitral con sede en Suiza se declaraba competente fue impugnado ante el Tribunal Federal suizo. El Tribunal Federal anuló el laudo de jurisdicción y estableció que un tribunal confrontado a tal situación debe aplicar el principio de *lis pendens*, al tratarse de una cuestión de jurisdicción y no de discreción, pues, al menos en Suiza, las cuestiones de *lis pendens* quedan comprendidas dentro del orden público que un tribunal arbitral con sede en dicho país está obligado a respetar. Así, el tribunal arbitral que se encuentre en una situación similar debe considerar tres factores: (i) si ambos procedimientos se refieren a las mismas partes y a los mismos puntos litigiosos; (ii) si la Corte extranjera rendirá su resolución respecto a la jurisdicción en un tiempo razonable y, (iii) si la decisión de la Corte extranjera puede ser ejecutada, en este caso, en Suiza. Según el Tribunal Federal, el mecanismo de *lis pendens* tiene como función evitar el riesgo de tener dos resoluciones ejecutables circulando en el mismo país, lo cual sería contrario al orden público suizo.

Por otra parte, el Tribunal Federal estableció que, para el caso de que las cuestiones jurisdiccionales se presenten de manera paralela ante un juez nacional y un tribunal arbitral, ningún foro tiene prioridad para resolver dichas cuestiones. Por virtud de la aplicación del principio de *lis pendens* y la regla temporal “prime-

ro en tiempo, primero en derecho”, el segundo procedimiento debe suspenderse hasta que se dicte resolución en el primer procedimiento.

Dado que el tribunal arbitral no siguió el análisis anterior y no suspendió el procedimiento hasta que se dictara una resolución definitiva en el procedimiento judicial, la Corte anuló el laudo jurisdiccional del tribunal arbitral.

El impacto que tuvo el caso *Fomento* en el derecho suizo fue tal, que motivó una reforma que adicionó el artículo 186° de la Ley de Derecho Internacional Privado suiza para quedar como sigue⁴³: “[el árbitro] resolverá sobre su propia competencia sin importar que una acción con el mismo objeto y entre las mismas partes se encuentre pendiente en otro tribunal estatal o arbitral, salvo si existen motivos serios que requieran la suspensión del procedimiento”⁴⁴.

La solución adoptada por el legislador suizo después de la jurisprudencia *Fomento* es consistente con las recomendaciones de la ILA, que comentaremos en párrafos posteriores. Estas recomendaciones sugieren que un tribunal arbitral deberá continuar con el procedimiento que le ha sido encomendado de conformidad con el principio *competence-competence* aun cuando la misma cuestión esté pendiente de resolverse ante un tribunal nacional⁴⁵.

B) Procedimientos paralelos entre tribunales arbitrales

1. *Lis pendens* y procedimientos relacionados en arbitraje comercial internacional

En el caso de procedimientos paralelos, los casos más comunes a los que se puede enfrentar un tribunal de arbitraje comercial internacional son de tres tipos. El primero, en el que una parte inicia un segundo arbitraje al amparo de la misma cláusula arbitral, en contra de la misma parte, demandando las mismas pretensiones que en el primer procedimiento ya iniciado. Tal podría ser el caso de un demandante que inicia un segundo procedimiento en aras de constituir un tribunal arbitral más cercano a sus preferencias⁴⁶. En este caso sí habría una situación de *lis pendens* y el segundo tribunal debería considerar aplicar estos

43 Baizeau, Domitille, *Modification de l'article 186 de la LDIP suisse : procédures parallèles et litispendance, clarification du législateur après la jurisprudence Fomento*, Les cahiers de l'arbitrage, Gazette du Palais, No 2007/1, Paris.

44 Traducción libre: « [l'arbitre] statue sur sa propre compétence sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure ».

45 Baizeau, fn. 43, p. 22 ; ILA Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration, Toronto conference, 2006.

46 ILA Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration, Toronto conference, 2006, p. 22.

principios según el análisis que hemos desarrollado para, por un lado, evitar el riesgo de tener laudos contradictorios y, por el otro, limitar este tipo de práctica no deseable.

El segundo supuesto contempla varias hipótesis que pueden ser: (i) dos procedimientos tramitados entre las mismas partes, pero al amparo de dos acuerdos de arbitraje relacionados que forman parte de la misma operación económica; (ii) las partes en ambos procedimientos, aunque estén íntimamente ligadas, no son exactamente las mismas; (iii) las prestaciones que se reclaman, aunque no sean las mismas y deriven de los mismos hechos, están relacionadas o íntimamente ligadas. En este supuesto, aun cuando no se trate de una cuestión precisa de *lis pendens*, el segundo tribunal deberá analizar las circunstancias del caso para que, en un ejercicio de *case management*, determine si debe continuar con su procedimiento o debe esperar a que se resuelvan, en el primer procedimiento, cuestiones que puedan ser relevantes para dictar su laudo.

El tercer supuesto se refiere a procedimientos que surjan de una inversión extranjera, materializada a través de un contrato que contenga un acuerdo de arbitraje. Este esquema puede dar lugar al ejercicio de una acción por violación contractual frente a un tribunal de arbitraje comercial y a una acción por violación al APPRI (Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones) correspondiente frente a un tribunal de arbitraje de inversión.

En todo caso, los tribunales pueden enfrentarse a la problemática de la falta de normas específicas que guíen la decisión de los árbitros cuando se enfrentan a cuestiones de *lis pendens* frente a otro tribunal arbitral. Aun cuando los instrumentos internacionales contengan reglas específicas para el caso de procedimientos paralelos entre un tribunal arbitral y un tribunal nacional de la misma sede, desafortunadamente no es el caso cuando se trata de dos tribunales arbitrales cuyos procedimientos se confrontan⁴⁷.

De inicio, la disposición más relevante de la Convención de Nueva York para el caso de procedimientos paralelos es el artículo II(3). Sin embargo, dicho artículo prevé únicamente la obligación de los tribunales nacionales de remitir al arbitraje en presencia de un acuerdo arbitral válido, por lo que no tendría relevancia para resolver un caso de *lis pendens* entre dos tribunales arbitrales.

Por otro lado, el artículo 8° de la Ley Modelo, prevé una situación similar a la del artículo II(3) de la Convención de Nueva York. En palabras de Erk, esta disposición constituye el principio opuesto al postulado por la doctrina de

47 Tal como lo afirmó el tribunal del caso SSP v Egipto, fn. 20.

*lis pendens*⁴⁸, puesto que el mismo parte del reconocimiento de la jurisdicción arbitral exclusiva en presencia de un acuerdo de arbitraje válido, por lo que tampoco da ninguna luz a los tribunales arbitrales al respecto. Del mismo modo, el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL⁴⁹ no contiene ninguna disposición relativa a procedimientos paralelos, salvo el artículo 23 (3) que permite a un tribunal arbitral continuar con su procedimiento y dictar un laudo no obstante cualquier impugnación de su competencia pendiente ante un tribunal nacional.

2. Procedimientos paralelos: arbitraje comercial y arbitraje de inversión

Cuando un tribunal de arbitraje comercial se enfrenta a la existencia de un procedimiento paralelo ante un tribunal de arbitraje de inversión, es muy poco probable que se pueda presentar una situación de *lis pendens*. Aunque el objetivo de nuestro análisis se centra en la perspectiva del tribunal de arbitraje comercial, es necesario sentar algunas premisas relevantes que lo distinguen del arbitraje de inversión.

El patrón en el que normalmente se presentan estas controversias es el siguiente: un inversionista extranjero contrata con el Estado a través de una filial o vehículo social en dicho Estado. En la eventualidad de una controversia, el inversionista demandante puede optar por (i) ejercitar una acción por violación contractual (ante tribunales nacionales o de arbitraje comercial, en caso de que el contrato contenga un acuerdo de arbitraje) o (ii) ejercitar una acción por violación al APPRI correspondiente, que será conocida por un tribunal de arbitraje de inversión constituido al amparo de dicho APPRI.

Las formas más usuales de procedimientos paralelos que involucran arbitrajes de inversión se presentan de la siguiente manera: (i) un tribunal nacional y un tribunal de arbitraje de inversión⁵⁰; (ii) dos tribunales de arbitraje de inversión tramitados al amparo de dos APPRIs diferentes⁵¹ y, (iii) dos tribunales de inversión que, aunque conozcan de distintas disputas, les sea sometida una cuestión idéntica⁵².

48 Nadja Erk, *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, International Arbitration Law Library, Volume 30, p. 111.

49 En la versión de 2013 que incluye el nuevo artículo 1º párrafo 4.

50 *Enron Corp. and Ponderosa Assets LP v. The Argentine Republic*, ICSID No. ARB/01/3, Decisión de jurisdicción, 2 de agosto de 2004, párr. 23.

51 *CME y Ronald Lauder v Czech Republic: CME v. Czech Republic*, laudo parcial 13 de septiembre 2001, párr. 412.

52 En el caso *SGS*, se planteó a dos tribunales la misma cuestión respecto al alcance y efecto de la cláusula paraguas (*umbrella clause*) contenida en el tratado relevante: *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v.*

Para prevenir procedimientos paralelos, los APPRI contienen normalmente, entre otras herramientas, una cláusula conocida como *fork in the road*. A través de esta provisión, el inversionista demandante debería escoger el foro en el cual planteará su reclamación en contra del Estado, para así evitar la duplicidad de procedimientos. No obstante, algunos comentaristas concluyen que esta disposición tiene muy pocos efectos prácticos, pues su aplicación no ha sido reconocida por los tribunales de arbitraje constituidos al amparo de un APPRI⁵³. Aun cuando cada tratado tiene su propia redacción, las cláusulas *fork in the road* tiene los siguientes elementos comunes: “*Si una disputa no puede ser resuelta amistosamente, el nacional o compañía de que se trate podrá elegir presentar su disputa ante: (a) los tribunales o instancias administrativas de la Parte que es parte en la controversia; (b) de conformidad con cualquier procedimiento de solución de disputas acordado previamente o; (iii) de conformidad con el párrafo [X, que normalmente prevé el arbitraje obligatorio]*”⁵⁴.

Para el aspecto que nos interesa, y a pesar de que el APPRI en cuestión contenga una cláusula de este tipo, es muy difícil que pueda existir una situación de *lis pendens* en estricto sentido, entre un arbitraje comercial internacional y un arbitraje de inversión, por falta de identidad en las partes y/o en las reclamaciones. Aunque el análisis debe hacerse caso por caso, la situación más común en que se presentan las controversias de esta naturaleza es la siguiente.

Pensemos que la sociedad vehículo local (controlada por un inversionista extranjero) incluye una cláusula de arbitraje comercial en el contrato por el que se materializa la inversión extranjera. Surgida la controversia, el demandante tendría dos posibilidades: (i) iniciar un arbitraje comercial en contra de su contraparte contractual, fundándose en el acuerdo arbitral contenido en el contrato o, (ii) iniciar un arbitraje de inversión fundándose en una violación por el Estado en cuestión a alguna obligación sustantiva contenida en el APPRI. De iniciarse ambos, no se cumplirían los requisitos de *lis pendens* para justificar suspender alguno de ellos.

Ello porque existiría una distinción sustancial en las reclamaciones que se presenten en ambos procedimientos. Por un lado, en el arbitraje comercial, el demandante reclamaría prestaciones contractuales, derivadas del incumplimiento

Islamic Republic of Pakistan, ICSID No. ARB/01/13, Decisión de jurisdicción 6 de agosto de 2003, párr. 190; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Phillipines*, ICSID No. ARB/02/6, Decisión de jurisdicción 29 de enero 2004.

53 Friedman, Mark, *Related dispute resolution regimes: parallel proceedings in BIT arbitration*, International arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series 2006, Montreal, volumen 13, p. 548.

54 Texto del APPRI Estados Unidos de Norteamérica y la República de Argentina, disponible en www.unctad.org/Sections/dite/iaa/docs/bits/argentina_us.pdf

a las obligaciones contenidas en el mismo. En la mayoría de los casos, las partes serían el vehículo local de inversión que demandaría a su contraparte contractual, que podría ser una entidad estatal, una municipalidad o cualquier otra autoridad del Estado, pero nunca el propio Estado.

Por otro lado, para que el demandante esté en aptitud de iniciar un arbitraje de inversión, la reclamación debe consistir en una violación por parte de dicho Estado a una obligación internacional sustantiva contenida en el APPRI. Aquí, las partes en el procedimiento serían el inversionista extranjero (ya no el vehículo contractual local) y el propio Estado. Como vemos, de iniciarse ambos procedimientos de arbitraje, no se cumplirían los requisitos de identidad de partes y acciones para que pueda alegarse la aplicación del principio de *lis pendens*. En el ámbito del arbitraje de inversión, los requisitos para que se dé un caso de *lis pendens* son los mismos que hemos desarrollado en párrafos anteriores, tal como lo estableció el tribunal en el caso *Benevenuti & Bonfant Ltd. v. Congo*⁵⁵: “sólo podría existir un caso de *lis pendens* cuando exista identidad de partes, objeto y causa de pedir en los procedimientos pendientes ante ambos tribunales”⁵⁶.

Respecto al requisito de identidad de causa de pedir o pretensión, existen muchos precedentes que establecen la distinción de “reclamos contractuales” y “reclamos al amparo de un APPRI”⁵⁷ cuando se enfrentan cuestiones de procedimientos paralelos. Un ejemplo es el caso *Azurix v. Argentina*⁵⁸, en el que el tribunal rechazó un argumento de aplicación de cláusula *fork in the road* y estableció que “[como los] reclamos contractuales son distintos de los reclamos al amparo de tratados internacionales, incluso si existió un recurso a tribunales ordinarios por incumplimiento de contrato, ello no habría impedido la presentación de las reclamaciones por violaciones al tratado en un arbitraje... Tanto las partes como las acciones⁵⁹ fundadas en instrumentos separados son diferentes”⁶⁰. Por otro lado, en el procedimiento de anulación del laudo en el caso *Vivendi*⁶¹ el tribunal estableció que “una acción ejercitada al amparo de un tratado no es la misma

55 *Benevenuti & Bonfant Ltd. v. The Government of the People's Republic of the Congo*, 21 ILM (1982) en Friedman, fn. 53, p. 549.

56 *Idem*, citado en el caso *Azurix Corp., v. Argentina Republic*, ICSID No. ARB/01/12, Decisión de jurisdicción 8 de diciembre de 2003, en Friedman, fn. 53, p. 550.

57 Friedman, fn. 53.

58 *Azurix Corp., v. Argentina Republic*, ICSID No. ARB/01/12, Decisión de jurisdicción 8 de diciembre de 2003,

59 Refiriéndose a las partes en las acciones ejercitadas en los procedimientos por violaciones contractuales.

60 *Azurix Corp.*, fn 58, párr. 88-89.

61 *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID No. ARB/97/3.

que una acción contractual; aquélla requiere la existencia de una conducta claramente contraria al estándar contenido en el tratado correspondiente"⁶².

Dado que la distinción existente entre la acción contractual (cuya competencia sería el tribunal de arbitraje comercial) y la acción al amparo de un APPRI (cuya competencia sería el tribunal de arbitraje de inversión), ha quedado bien establecida en el ámbito internacional⁶³, dichos tribunales no pueden considerarse como foros igualmente competentes para conocer de una determinada disputa. Por ello, no se cumplen los requisitos para que un tribunal de arbitraje comercial internacional suspenda su procedimiento por la tramitación de un procedimiento paralelo ante un tribunal de arbitraje constituido al amparo de un APPRI.

Las circunstancias a analizar por parte del tribunal de arbitraje comercial podrían ser, en todo caso, cuestiones de *case management*.

Como hemos visto, no existen reglas determinadas que guíen a los tribunales de arbitraje comercial internacional cuando se enfrenten a procedimientos paralelos. Por ello, el grupo de trabajo de la ILA emitió una serie de recomendaciones sobre la aplicación del concepto de *lis pendens* por parte de tribunales arbitrales, a fin de contribuir a que exista una mayor previsibilidad y consistencia en las decisiones que tribunales de arbitraje comercial emitan.

3. Soluciones propuestas

Las soluciones propuestas por la ILA intentan hacer una transposición de los principios que rigen el principio de *lis pendens* contenidos en los derechos nacionales, así como en los instrumentos internacionales, considerando los precedentes que han impactado la práctica arbitral.

En primer lugar, la ILA retoma el corolario de la competencia del tribunal arbitral⁶⁴ así como la falta de efectos preclusivos de una resolución extranjera en el arbitraje⁶⁵ y sugiere que, en principio, si el tribunal se considera *prima facie* para conocer del asunto, debe continuar con el mismo y determinar su propia

62 *Idem*, Decisión de anulación de 3 de julio 2002, en Friedman fn. 53, p. 551.

63 Para un estudio profundo sobre el tema, ver Tawil, Guido, *Related dispute resolution regimes: parallel proceedings in BIT arbitration*", International arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series 2006, Montreal, volumen 13p. 492-544; *Bayindir Insaat Turizm Ticarte Ve Sanayi, A.S. v Islamic Republic of Pakistan, ICSID No. ARB/03/29*, Decisión de jurisdicción 4 de noviembre de 2005, párr. 148.

64 Referir al principio *Competence-Competence* párrafos arriba.

65 *Supra*, 3.1.1.

competencia sin importar que exista algún procedimiento paralelo, ya sea en un tribunal nacional o en otro tribunal arbitral⁶⁶.

Para el caso de que exista una petición de una parte para que el tribunal decline jurisdicción o suspenda su procedimiento bajo la alegación de un procedimiento paralelo tramitado en otro tribunal arbitral, habría que distinguir si se cumplen las condiciones para que exista una verdadera situación de *lis pendens*, es decir, que se cumpla con el test de triple identidad. En este caso, se sugiere que el tribunal analice el riesgo de que existan decisiones contradictorias y, de considerarlo, se suspenda el procedimiento en las condiciones y por el tiempo que estime conveniente. Lo anterior siempre que (i) no esté impedido para hacerlo de conformidad con el derecho aplicable; (ii) parezca que el otro tribunal tiene jurisdicción para conocer de la disputa y, (iii) que no se cause un perjuicio material a la parte que se opone a la suspensión del procedimiento⁶⁷.

La solución es muy similar cuando se trate de procedimientos paralelos que se refieren a cuestiones que, sin ser exactamente las mismas, están íntimamente ligadas, lo cual no genera, en estricto sentido, una discusión de *lis pendens*. El Comité de estudio de la ILA considera que el tribunal arbitral cuenta con facultades para suspender su procedimiento por razones de eficiencia, justicia y orden procesal, aun cuando las condiciones de *lis pendens* no se cumplan estrictamente⁶⁸. Así, el tribunal al que se le solicita la suspensión deberá atender a cuestiones de *case management* (para evitar decisiones contradictorias, evitar duplicación de procedimientos y tácticas dilatorias) y decidir si es conveniente suspender su procedimiento siempre que (i) no esté impedido para hacerlo de conformidad con el derecho aplicable; (ii) *esté convencido de que el resultado del procedimiento paralelo es relevante para la decisión de procedimiento y, (iii) no se cause ningún perjuicio material a la parte que se opone a la suspensión⁶⁹.

IV. Conclusiones

Los precedentes relativos al análisis del principio de *lis pendens* desde la perspectiva del tribunal arbitral son tan escasos y contradictorios entre sí, que no representan la afirmación de una práctica generalizada que pueda ser considerada

66 Recomendación 1, International Law Association, Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration, Toronto conference, 2006.

67 Recomendación 5, ILA Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration, Toronto conference, 2006.

68 ILA Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration, Toronto conference, 2006, p. 5.11.

69 Recomendación 6, ILA Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration, Toronto conference, 2006.

como una norma transnacional aplicable al arbitraje internacional⁷⁰. El origen de esta divergencia de apreciación y de resultados se debe a varias razones. En primer lugar, a la manera en que este principio es regulado y aplicado en los diferentes derechos nacionales y tradiciones jurídicas que pueden converger en un arbitraje internacional.

En segundo lugar, a que los derechos nacionales establecen, con meridiana claridad, las reglas de coordinación entre un tribunal nacional y un tribunal arbitral con sede en la misma jurisdicción. No obstante, las legislaciones son omisas en cuanto a la decisión que debe tomar un tribunal arbitral confrontado a (i) un procedimiento judicial en una sede distinta o, (ii) a otro procedimiento arbitral. Tampoco existe una norma de derecho internacional que resuelva la dualidad de procedimientos desde la perspectiva del tribunal de arbitraje comercial. De esta manera, el árbitro debería decidir discrecionalmente si continúa o suspende su procedimiento frente a un procedimiento paralelo, siempre que sea competente para ello.

Por ello, la necesidad de identificar los principios comunes de la práctica existente en procedimientos paralelos que involucran a un tribunal arbitral y definir los límites de esta facultad discrecional es evidente. Ello procura la eficiencia y seguridad, no solo del arbitraje internacional, sino del sistema global de solución de conflictos que los actores económicos actuales tienen a su disposición.

70 Reichert, Douglas, *Problems with parallel and duplicative proceedings: the litispendence principle in international arbitration*, *Arbitration International*, 1992, Volume 8, Issue 3, pp. 237 – 256.