

Adán, ¿No te apetece dar un segundo mordisco a la manzana?: Revisando la necesidad de uniformizar la aplicación del principio de cosa juzgada (res judicata) en el arbitraje comercial y de inversiones

Pedro J. MARTÍNEZ–FRAGA *

“Y vio la mujer que el fruto del árbol era agradable para comer, y que era agradable a los ojos, y árbol codiciable para alcanzar la sabiduría; y dio también a su marido, el cual comió así como ella” (Génesis 3:6)¹

Sumario: I. Introducción. II. Globalización de una doctrina fragmentada: la adopción universal del principio de cosa juzgada, ajustado en función de las subdivisiones geopolíticas. 1. Codificación del principio de cosa juzgada en las jurisdicciones que aplican el Derecho romano–germánico (*civil law*). 2. La fragmentación del test de “triple identidad” en las jurisdicciones de Derecho romano–germánico (*civil law*). 3. Las consecuencias de una aproximación formalista del test de “triple identidad” desconocen las premisas fundamentales que el principio de cosa juzgada busca lograr. 4. El fallo o parte resolutive (*dispositif*) en las jurisdicciones de *civil law*. 5. Uniformidad y orden público en las jurisdicciones de *civil law*. 6. La disfuncionalidad en relación al momento de aplicación de la cosa juzgada en las jurisdicciones de *civil law*. 7. Una aproximación al principio de cosa juzgada desde la perspectiva del *common law*): la perspectiva doctrinal de los EE UU: A) Orden público desde la perspectiva del *common law*; B) El test de “triple identidad” según el *common law* de los EE UU; C) Impedimento colateral (*collateral estoppel*); D) La división del

* St. Jhon's College (*summa cum laude*), Facultad de Derecho de Columbia University (*Harlan Fiske Stone Scholar*), Licenciado en Derecho, Magister en Derecho de los negocios internacionales y D.E.A. (Universidad Complutense de Madrid). Socio principal del área de arbitraje internacional y de litigios y coordinador internacional de asuntos litigiosos para las regiones de Latinoamérica y del Estado de Florida de DLA Piper. Ha representado los intereses de países como Argentina, Brasil, Chile, Guatemala, El Salvador, Ecuador, Honduras, y a organismos gubernamentales de España, asimismo, ha participado como árbitro de la CCI, así como en varios procedimientos arbitrales que se han llevado a cabo ante el CIADI. Profesor en la Facultad de Derecho de la University of Miami, profesor visitante a tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra y Profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola en Perú.

¹ Génesis 3:6 (ותרא כי האשה ותרא) ותאכל מפריו ותקח להשכיל העץ ונחמד לעינים הוא—תאווה וכי למאכל העץ טוב כי האשה ותרא) ותאכל עמה לאישה—גם ותתן).

common law) de EE UU respecto del efecto de cosa juzgada que incorpora un laudo arbitral emitido por primera vez, sobre futuros procedimientos arbitrales: ¿una cuestión a ser determinada por un árbitro o por un Tribunal judicial?. III. Transformando el arbitraje inversor-Estado en uno de revisión supervisora-supervisora: los dilemas de los precedentes *Saipem* y *Gea Group*. 1. Una cuestión aún no resuelta. 2. Una estricta desarticulación de lo resuelto en *GEA Group*. IV. Conclusión.

I. Introducción

La globalización económica ha suscitado una necesidad ineludible de uniformizar la aplicación de ciertos dogmas jurídicos comúnmente aceptados pues, aunque ha encontrado un buen acomodo en el “Derecho de las inversiones internacionales”, cuenta aún con notables insuficiencias, desde la perspectiva jurídica, en el ámbito de los contenciosos transfronterizos. En realidad, el arbitraje internacional se configura como un instrumento conceptual y práctico que, en el contexto de la globalización económica, se conforma como una institución capital en la resolución de controversias internacionales. El carácter transfronterizo (global) del arbitraje internacional aconseja realizar un nuevo examen de determinadas figuras, señaladamente la de la cosa juzgada (*res judicata*), a partir de la verificación de los cinco principios fundamentales del arbitraje internacional²: (i) uniformidad, (ii) autonomía de las partes, (iii) predictibilidad, (iv) eficiencia, y (v) transparencia de las decisiones. Y es que el funcionamiento de tales principios resulta menoscabado en muchas ocasiones por el distinto tratamiento dispensado al principio de cosa juzgada en las distintas jurisdicciones estatales y, más concretamente, por la extensión de tal doctrina al arbitraje internacional.

La conveniencia de construir un método o camino adecuado en la aplicación uniforme del principio de cosa juzgada en el arbitraje internacional se encuentra obstaculizada por dos cuestiones aparentemente irrelevantes. La primera, referida al consenso general que debe de existir sobre el test de “triple identidad”³, en tanto que estándar

² El término “arbitraje internacional” al que se hace referencia en el presente estudio involucra tanto a los arbitrajes realizados en virtud de tratados internacionales (sean estos de carácter regional o bilateral), como a los arbitrajes comerciales internacionales que resulten de relaciones contractuales.

³ Generalmente, el test de “triple identidad” del principio de cosa juzgada prohíbe que se continúe con el desarrollo de un determinado procedimiento, si este se suscite (i) entre las mismas partes, (ii) derive de una operación idéntica o de la misma causa de la acción, y (iii) busque la obtención de la misma medida o remedio procesal. *Vid.* ILA Berlin Conference (2004) *Interim Report: “Res judicata” and Arbitration* (en adelante, “*ILA Interim Report*”), p. 2.

determinante para la aplicación del principio de cosa juzgada sobre futuros procedimientos. La segunda, vinculada a la aceptación universal de dicho postulado y, más concretamente, a su proyección en el arbitraje internacional. La ostensible sencillez del referido test, en conjunción con la adopción internacional de la doctrina de cosa juzgada, implicaría, al menos superficialmente, que la actual formulación que se realiza sobre dicha doctrina, aplicada a los arbitrajes internacionales, no resulta del todo significativa o materialmente importante. Sin embargo, tal conclusión no resulta de recibo, al menos en un nivel básico. El enfoque basado en la simplicidad y en la aceptación universal del test de “triple identidad”, conjuntamente con la aceptación generalizada por la comunidad internacional de la aplicación del principio de cosa juzgada sobre los asuntos de arbitraje internacional, esconde la presencia de múltiples problemas que tal principio entraña, y conlleva la necesidad de acomodar la aplicación de dicha doctrina, de suerte que sea uniforme y que pueda extenderse también al arbitraje internacional.

Desde sus orígenes la falta de uniformidad en la aplicación del principio de cosa juzgada se debió a que los tribunales judiciales, como expresión comprensible del poder soberano, aplicaron reglas estrictas de cosa juzgada para cada jurisdicción determinada, con la finalidad de determinar el efecto de un laudo o sentencia, ya resueltos, sobre procedimientos futuros⁴. Como corolario de ello la doctrina resultante varía sustancialmente en los diversos sistemas estatales, dificultando por tanto su aplicación en aquellos contextos relacionados con el arbitraje internacional e impidiendo la uniformidad en su aplicación. Semejante situación tiende a menoscabar los principios de (i) uniformidad, (ii) autonomía de las partes, (iii) predictibilidad, (iv) eficiencia, y (v) transparencia de las decisiones, que son inherentes a esta institución.

Ha de tenerse en cuenta que los tribunales arbitrales no se encuentran obligados a aplicar el principio de cosa juzgada, u otras reglas procesales relacionadas en un determinado asunto, en la misma extensión en que lo hacen los tribunales judiciales de un determinado Estado. Por consiguiente el ámbito de aplicación del principio de cosa

⁴ La utilización del principio de cosa juzgada con el propósito de limitar la interposición de futuros o subsiguientes procedimientos, es usualmente denominado como “cosa juzgada negativa”, en contraposición a la “cosa juzgada positiva” que se refiere a la utilización de un laudo arbitral con la finalidad de ejecutarlo de acuerdo sus propios términos. El contenido del presente estudio solamente se encuentra limitado al análisis de la “cosa juzgada negativa”.

juzgada sobre los laudos arbitrales puede ser separado completamente de la configuración (y aplicación) que de tal principio hacen los jueces y tribunales judiciales estatales cuando pronuncian una sentencia y ello sin dejar de considerar la singular característica del arbitraje internacional que reposa en autonomía privada de las partes. Son las partes quienes seleccionan la jurisdicción competente sin interferencia alguna en el ejercicio de la soberanía o poder soberano, haciendo un énfasis añadido en el elemento consensual existente entre ellas para la selección de los árbitros (que son los que a la postre toman la decisión sobre el asunto arbitral) y la confianza existente en procedimientos institucionales internacionalizados. La aplicación de todas estas características también se encuentra fundamentada en los principios de autonomía de las partes y en el acuerdo consensuado al que llegan éstas.

Las diferentes aplicaciones del principio de cosa juzgada, sujetas a la jurisdicción competente que se encuentra a cargo de su resolución, ¿comportan una aproximación independiente, en virtud de la cual la doctrina de cosa juzgada debe ser desarrollada de manera autónoma ante cualquier atisbo de soberanía legislativa que necesariamente pueda involucrar que tal doctrina se vea imbuida de la idiosincrasia de una determinada jurisdicción competente? ¿Una aproximación global y armonizada de la cosa juzgada necesariamente implica que tal doctrina –aplicada al arbitraje internacional– sea considerada y elaborada de manera abstracta, sin tomar en consideración una serie de factores, tales como que el requerimiento de que el laudo arbitral pueda ser considerado como un título ejecutivo (sentencia) a los efectos de su ejecución? Y, en este mismo orden de ideas, una cuestión de esta naturaleza ¿podría resultar útil, desde una perspectiva conceptual, para considerar el ámbito desde el cual los tribunales judiciales pueden contribuir en la aplicación del principio de cosa juzgada, tanto sobre los principios del arbitraje internacional y también sobre aquellas doctrinas que sean aplicables en una práctica con una pluralidad de partes, lo cual a su vez puede conllevar a que las políticas y objetivos que la cosa juzgada pretende alcanzar, finalmente sean logrados?

Al margen de los problemas que surgen como resultado de la variedad de interpretaciones acerca del principio de cosa juzgada en función de cada jurisdicción competente, debe tenerse presente que la aplicación simplista del test de “triple identidad” y su propia adopción universal, contribuyen al ocultamiento de nueve cuestiones fundamentales que afectan el desarrollo de una metodología uniforme para

la aplicación del principio de cosa juzgada en las cuestiones de arbitraje internacional. Esas nueve cuestiones son las siguientes:

(i) La segunda aproximación que se hace sobre el test de “triple identidad” carece de definición y uniformidad conceptual⁵.

(ii) Las interpretaciones distintas a los elementos del test de “triple identidad”⁶ que realiza cada jurisdicción al aplicar la doctrina de la cosa juzgada.

(iii) Las reglas disímiles que existen para determinar *cuando* se obtiene la condición de cosa juzgada⁷.

(iv) Los conflictos entre legislaciones/normas para determinar si la cosa juzgada es una cuestión de orden público⁸.

⁵ La segunda aproximación del test de “triple identidad” es usualmente aplicada de manera arbitraria, ya sea como causa de la acción o como una operación subyacente o aparente, siendo éstas dos expresiones significativamente opuestas; a lo que cabe añadir un mayor grado de complejidad cuando ésta doctrina de cosa juzgada es aplicada en escenarios internacionales, en virtud a las diferencias y similitudes existentes entre los diferentes sistemas legales en relación a lo que significa causas de la acción, principalmente la que resulta entre las tradiciones provenientes del Derecho anglosajón (*common law*) y las provenientes del Derecho romano-germánico (*civil law*).

⁶ Tal como será explicado en mayor detalle más adelante, es importante resaltar que incluso términos tan fundamentales como el de “partes” no son objeto de aplicaciones uniformes. Así, por ejemplo, el rol que desempeñan agentes, principales, representantes, entidades subsidiarias, partes interesadas, y otras problemáticas relacionadas como serían las cuestiones de levantamiento del velo societario son interpretadas de manera distinta, incluso dentro de los confines de las jurisdicciones que aplican el *common law*, sin dejar de mencionar las ya conocidas diferencias que existen entre los sistemas legales basados en el *common law* y el *civil law*.

⁷ Debe de tenerse en cuenta que la determinación de la condición de cosa juzgada en laudos arbitrales varía de jurisdicción en jurisdicción. En algunas, un laudo arbitral tiene la condición de cosa juzgada “desde el momento de elaboración del laudo” (*vid.*, por ejemplo, el art. 1.059 LA Países Bajos); otras pretentan tal condición desde el momento de notificación a las partes (*vid.*, *v.gr.*, el art. 1.703 del Código Judicial de Bélgica); asimismo, en un sinnúmero de jurisdicciones la condición de cosa juzgada se otorga solamente cuando se han concluido todos las fases judiciales, particularmente cuando se refiere a procedimientos de anulación de laudos y/o sentencias; y, por último, otras jurisdicciones reconocen la condición de cosa juzgada de un laudo y/o sentencia, cuando ésta se ha inscrito en los registros públicos (*vid.*, *v.gr.*, el precedente jurisprudencial de los EE UU, en el caso: *Bankers Trust Company v. Mallis*, 435 U.S. 381, 384 n.4, 1978).

⁸ El elemento de orden público de la cosa juzgada es una cuestión controvertida, dado que afecta directamente sobre su aplicación al momento de determinar si dicho principio es susceptible de renuncia por decisión consensuada de las partes, o si el mismo es susceptible de ser aplicado de oficio por parte de los tribunales.

(v) La lucha existente por la hegemonía en la aplicación de la doctrina de cosa juzgada, afecta a los arbitrajes que se encuentran basados en tratados bilaterales de inversiones (“BIT”)⁹.

(vi) El ámbito de aplicación limitado o restrictivo de la cosa juzgada sobre los fallos de un laudo arbitral o sobre una sentencia judicial, a diferencia de extender también su aplicación sobre la *ratio decidendi* o sobre las consideraciones/motivaciones tenidas en cuenta al momento de resolver un determinado asunto¹⁰.

(vii) La aplicación uniforme de la doctrina denominada “*collateral estoppel*” o “*issue preclusion*”¹¹.

(viii) La determinación del estándar que debe ser aplicado cuando la cuestión de cosa juzgada sea invocada como una excepción o defensa procesal.

(ix) El ámbito de aplicación de la cuestión de cosa juzgada sobre las decisiones que adoptan los tribunales en cada sistema estatal concreto.

El anterior listado acerca de las cuestiones que atañen a la aplicación uniforme de la doctrina de cosa juzgada en el arbitraje internacional no es, con todo, exhaustivo; concretamente, el documento denominado “*ILA Interim Report*” ha identificado 16 de las que parecen ser las cuestiones más relevantes relativas a la aplicación del principio de cosa juzgada en el arbitraje. Estas últimas, fueron presentadas al Comité y su análisis será presentado en el informe final¹². En tal sentido, el Co-

⁹ Existe una real y evidente tensión entre la aproximación formal que se hace sobre la cosa juzgada en base a los tratados aplicables, frente a la aproximación menos formal pero más significativa que se hace en base a un test comercial o de negocio. De manera similar, en la aplicación del elemento de “misma(s) parte(s)” del test de “triple identidad” no existe aún consenso universal sobre si un estándar formal y limitado sea aplicado en la determinación de la identidad de las partes, o si un estándar más laxo pero más sustantivo basado en un criterio económico deba de ser utilizado.

¹⁰ Ésta cuestión en parte define la dicotomía existente entre las jurisdicciones que aplican el *common law* y las que aplican el *civil law*.

¹¹ Tales figuras jurídicas son inherentes al *common law*, y asemejan su aplicación al concepto de cosa juzgada del Derecho romano-germánico, presentando ligeras diferencias en su definición y aplicación. En términos generales, es importante señalar que la doctrina denominada “*collateral estoppel*”, también denominada como “impedimento colateral”, hace referencia al carácter vinculante que tiene una determinada sentencia, que imposibilita que se vuelva a litigar en contra de una determinada persona sobre cuyos asuntos o cuestiones judiciales ya se ha resuelto.

¹² Estas cuestiones son señaladas a continuación: a) ¿Cuáles son las consideraciones políticas sobre las que subyace el principio de cosa juzgada?; b) ¿Se encuentra el principio de cosa juzgada basado en ley normativa?; c) ¿Cuál es la normativa aplicable para determinar que la cosa juzgada se constituye como un hecho, como resultado del pronunciamiento de un laudo previo?; d) ¿La dicotomía existente entre las jurisdicciones que apli-

mité consideró que las normas transnacionales eran susceptibles de ser estudiadas en lo que respecta a cuatro cuestiones: 1) El desarrollo, en algunas jurisdicciones que aplican el *civil law*, de una noción más amplia del principio de cosa juzgada a la que ya es actualmente conocida, en relación con la figura de Derecho anglosajón denominada *claim preclusion*, que entiende que la cuestión de cosa juzgada no sólo se aplica sobre la parte dispositiva de un laudo arbitral, sino que se extiende sobre el razonamiento subyacente contenido en él. 2) El desarrollo, en las jurisdicciones que aplican el *civil law*, de una noción más amplia del principio de cosa juzgada de la que ya es actualmente conocida, en relación con la figura de Derecho anglosajón denominada “*issue estoppel*” (figura jurídica similar a la de “*collateral estoppel*” o de impedimento colateral, que señalamos anteriormente). 3) La introducción de un estándar para determinar cuestiones de abuso de poder en el procedimiento (*abuse of process*) y de equidad procesal (*procedural fairness*), y 4) El *status* procedimental del principio de cosa juzgada¹³.

can el *common law*) con una interpretación amplia del principio de cosa juzgada (no sólo incluyendo las causas de acción basadas en las figuras jurídicas del Derecho anglosajón denominadas “*estoppel*”, sino también incluyendo las de “*issue estoppel*”, “*former recovery*” [que impide iniciar acciones, en casos en que se ha concedido una indemnización por una acción anterior], y/o “*abuse of process*” (similar al abuso del poder para obtener un fallo satisfactorio en un determinado procedimiento) y las jurisdicciones que aplican el *civil law*), podría constituir un puente para la aplicación del principio de cosa juzgada en los asuntos relativos a arbitrajes comerciales internacionales?; e) ¿Es el principio de cosa juzgada una cuestión de Derecho procesal o de Derecho sustantivo?; f) ¿El principio de cosa juzgada se aplica a las cuestiones de jurisdicción o de admisibilidad de pruebas?; g) ¿Es sólo la parte resolutive (*dispositif*, en francés) de un laudo o sentencia la que tiene los efectos de cosa juzgada?; h) ¿Si no sólo es el *dispositif*, que otros documentos deben de tenerse en cuenta para justificar el principio de cosa juzgada?; i) ¿Cuán estrictos deben de ser los requisitos de identificación de las partes, la causa de la acción y la materia litigiosa?; j) ¿Tiene efectos de cosa juzgada un laudo dictado dentro de la jurisdicción competente?; k) Para que pueda ser aplicable el principio de cosa juzgada, ¿deben los tribunales competentes ser del mismo orden legal?; l) Antes de que a una sentencia o laudo extranjero se le otorgue el efecto de cosa juzgada, ¿debe el mismo ser objeto de reconocimiento en el lugar donde se ha llevado a cabo el arbitraje?; m) ¿Tendrá un laudo parcial de carácter definitivo los efectos de cosa juzgada ante el tribunal que emitió dicho laudo?; n) ¿Existen circunstancias en las cuales el principio de cosa juzgada no deba de ser aplicado, aún cuando en esa jurisdicción el mismo sea aplicable?; o) ¿Se considera al principio de cosa juzgada como una cuestión de orden público?; p) ¿Se considera que la falta de aplicación del principio de cosa juzgada, pueda ser considerada como un argumento para anular o denegar la ejecución de un laudo?. *Vid.*, ILA *Interim Report*, pp. 25–27.

¹³ El Comité, sin embargo, se abstuvo de formular normativa transnacional en conexión con cinco cuestiones muy delimitadas: 1) La definición de laudo arbitral que califique a los efectos del principio de cosa juzgada. 2) Los efectos de cosa juzgada que pudieran tener las decisiones emitidas por los tribunales de diferentes sistemas legales; 3) Los efectos de cosa juzgada que pudieran existir sobre terceras partes, como resultado de

Cabe resaltar que, integrado en el *ILA Final Report*, la ILA presentó su *Final Report on Res Judicata and Arbitration* asegurando que este loable esfuerzo representaría una contribución muy significativa hacia el desarrollo de un marco conceptual que pudiese conllevar a la uniformidad, predictibilidad y transparencia del estándar de aplicación de la doctrina de cosa juzgada en el arbitraje internacional y que, de ese modo, también se pudiesen fomentar más adelante los principios claves que subyacen a la resolución de controversias internacionales, tanto en el contexto de arbitrajes comerciales internacionales, como en el de arbitrajes internacionales basados en tratados¹⁴. Las complejidades resultantes de la aplicación de la doctrina de manera uniforme son más perjudiciales, debido a la poca claridad ofrece el concepto de “precedente” en el arbitraje internacional.

El presente estudio no pretende desarrollar un marco conceptual que de manera concluyente pudiera conducir a la uniformidad a la doctrina de cosa juzgada y a su aplicación en los arbitrajes transnacionales, incluyendo tanto a los del orden comercial como a los basados en tratados. Tampoco pretende proporcionar un desarrollo exhaustivo sobre el tema, ni continuar con el esfuerzo sostenido y significativo que la *International Law Association* (ILA) ha realizado de manera memorable, tanto a través de su *Interim Report* como de su *Final Report*, los mismos que proceden a analizar la problemática de la *res judicata* y del arbitraje internacional¹⁵. Proyecta, únicamente un objetivo bipartito mucho más humilde.

utilizar un estándar menos estricto de “identidad de partes”; 4) Los efectos de cosa juzgada, en el supuesto de que el requerimiento de reciprocidad pudiera ser materia de anulación, como sucede en los EE UU; y 5) El desarrollo de una aproximación de la doctrina denominada “*issue estoppel*” que beneficie a terceras partes, tal como sucede en los EE UU, en virtud de la aplicación de la doctrina denominada “*collateral estoppel*”. *Vid.*, *ILA Final Report*, pp. 27–28.

¹⁴ Aunque comprensiblemente, el informe final no ha respondido de manera concluyente sobre las 16 cuestiones anteriormente señaladas, y tal insuficiencia responde a que dicho informe no pretende tener consideraciones significativas de expertos académicos que determinen un análisis importante e incidental sobre las cuestiones de cosa juzgada. De hecho, en lo que atañe al respecto, el Comité cándidamente señaló que las recomendaciones no pretendían ser de naturaleza holística, sino que solo pretendían cubrir algunas cuestiones controvertidas relativas al principio de cosa juzgada en el arbitraje comercial internacional. El Comité consideró que un compromiso debería ser asumido entre aquellos aspectos ya señalados en las Recomendaciones (donde consideró que se podrían desarrollar normas de aplicación transnacional) y entre otros aspectos (donde percibió prematuro el desarrollo de normas de aplicación transnacional e hizo referencia a que en aquellos casos las normas de conflicto eran las más adecuadas) (*ILA Final Report*, p. 27).

¹⁵ *ILA Interim Report*, e *ILA Toronto Conference (2006) Final Report on Lis Pendens and Arbitration* (“*ILA Final Report*”).

i) En primer lugar, tras identificar la normativa hegemónica que regula la cuestión de cosa juzgada tanto en las jurisdicciones que aplican el *common law* como en las que aplican el *civil law*, se pretende la realización de una aproximación expansiva y “sustantiva/transaccional”, con la finalidad de identificar los rigores y dificultades resultantes de una aplicación mecánica y formalista de la doctrina de cosa juzgada; rigores y dificultades que desafían los más relevantes preceptos de orden público que subyacen a esta doctrina, así como a otros aspectos del principio de cosa juzgada (*collateral estoppel*, aplicación de la doctrina por terceras partes, y causa de acción del *estoppel* [*doctrina de no actuar contra los actos de preclusión*]). Como parte del presente análisis, consideramos que la división en los pronunciamientos que existe entre los varios Circuitos Judiciales de Apelaciones de los EE UU (*Circuit Courts of Appeals*) en relación al estándar que debe ser aplicado cuando surja una cuestión de cosa juzgada como parte de una excepción o defensa procesal, debe de ser objeto de un análisis profundo.

ii) En segundo lugar, se analizará si la cosa juzgada debe de aplicarse a los arbitrajes inversor-Estado, en función a lo señalado en *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh* (“*Saipem*”)¹⁶ y en *GEA Group Aktiengesellschaft v. The Republic of Ukraine* (“*GEA Group*”), ambos como precedentes paradigmáticos¹⁷. A este respecto, la sugerencia que por adelantado se podría dar sería la de aplicar, necesaria y justificadamente la doctrina de cosa juzgada de manera extensiva, teniendo en cuenta el desarrollo y el carácter usualmente antagónico de las definiciones que atañen al término de “inversión”. Y ello teniendo en cuenta que de acuerdo a lo establecido en los laudos arbitrales, BITs y demás definiciones que pretenden imbuir de significado al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el “Convenio CIADI”), que identifica el término pero que intencionadamente no procede a definirlo; a lo que deben añadirse las incertidumbres inherentes a la doctrina de *aplicación de los precedentes jurisprudenciales* (*doctrine of precedent*) en lo que respecta al arbitraje internacional. Tras los precedentes de *Saipem* y de *GEA Group*, el estatus actual que la doctrina presenta se encuentra lleno de interpretaciones disímiles y reiteradas, situación que alimenta las incertidumbres e ineficiencias en su aplicación.

¹⁶ CIADI, Caso No. ARB/05/7, Laudo de fecha 30 junio 2009.

¹⁷ CIADI, Caso No. ARB/08/16, Laudo de fecha 31 marzo 2011.

II. Globalización de una doctrina fragmentada: la adopción universal del principio de cosa juzgada, ajustado en función de las subdivisiones geopolíticas

1. Codificación del principio de cosa juzgada en las jurisdicciones que aplican el Derecho romano-germánico (civil law)

Resulta indubitada la aceptación casi universal de la doctrina de cosa juzgada en las decisiones judiciales de las diversas jurisdicciones estatales¹⁸. Asimismo, el principio de cosa juzgada en lo que respecta al arbitraje internacional, también cuenta con un respaldo universal¹⁹.

¹⁸ V.gr., España (Ley de Enjuiciamiento Civil: art. 222); Francia (Código Civil: art. 1.351); Perú (Código Procesal Civil: art. 123); Chile (Código Procesal Civil: arts. 175, 176 y 177); Argentina (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: arts. 347.6° y 517); Países Bajos (Código Procesal Civil, arts. 23–27); Francia (Código Procesal Civil, art. 1.351); Bélgica (Código Procesal Civil, arts. 23–27); Alemania (Código Procesal Civil: arts. 322–327); Italia (Código Procesal Civil, art. 324); y México (Código Federal de Procedimientos Civiles, arts. 354–57). En los países de oriente medio: Egipto (Código Civil, art. 405).

¹⁹ V.gr., Países Bajos (Code of Civil Procedure–Book 4: Arbitration, art. 1.059 –*Res Judicata of the Award*– “Only a final or partial final award is capable of acquiring the force of *res judicata*. The award shall have such force from the day on which it is made./ If, however, an appeal to a second arbitral tribunal is provided for, the final or partial award shall have the force of *res judicata* from the day on which the time limit for lodging appeal has lapsed or, the appeal has been lodged, the day on which the decision is rendered on appeal, if and to the extent that the award rendered at first instance is affirmed on appeal”); Bélgica (Code Judiciaire, 19 mayo 1998, art. 1.703: “Unless the award is contrary to public order or the dispute was not capable of settlement by arbitration, an arbitral award has the authority of *res judicata* when it has been notified in accordance with Paragraph 1 of Art. 1702 and may no longer be contested before the arbitrators”); Alemania (German Arbitration Law, Section 10055 –*Effect of an Arbitral Award*–: “The arbitral award has the same effect between the parties as a final and binding court judgment”); Francia (Code of Civil Procedure, art. 1476, “The arbitral award, from the moment that it has been given, will become *res judicata* with respect to the dispute that it has determined”); España (Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje, art. 43, modificado por artículo único.12 de Ley 11/2011, de 20 de mayo: –Cosa juzgada y revisión de laudos–: “El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes”); Ecuador (Ley de Arbitraje y Mediación, Ley No. 000. RO/145 de 4 de septiembre de 1997, art. 32.– Ejecución del laudo– [...] “Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo”). Bolivia (Ley de Arbitraje y Conciliación N° 1770, art. 60.– Ejecutoria y efectos: “[...] II. El laudo ejecutoriado tendrá valor de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y será de obligatorio e inexcusable cumplimiento desde la notificación a las partes con la resolu-

Los efectos de la globalización económica han ocasionado un aumento, sin precedentes, de litigios transnacionales. Dicho incremento ha dado lugar a que se desarrollen recursos procesales específicos que buscan obviar la finalidad última de los pronunciamientos de los tribunales en aquellos casos en que no se encuentre disponible o no exista el recurso de apelación ante una segunda instancia. En tal sentido, la codificación sobre la aplicabilidad del principio de cosa juzgada en el arbitraje internacional, se configura en una cuestión realmente imperiosa. La necesidad de uniformizar la aplicación de la doctrina de cosa juzgada ha demostrado ser una de las cuestiones más complejas y evidentes en cuatro básicos momentos procesales desarrollados dentro del ámbito de los tribunales (arbitrales) que administran el arbitraje internacional.

En primer lugar, es frecuente el escenario en el cual el mismo tribunal enfrenta los recursos de apelación esgrimidos sobre la base de la cuestión de cosa juzgada, a consecuencia de la emisión de un laudo parcial, seguido de un posterior laudo final. La creciente complicación de los asuntos de arbitraje comercial internacional, conjuntamente con las incertidumbres conceptuales y jurídicas relativas a las cuestiones de restitución (de la cosa o hecho al estado anterior) y de indemnización en el campo de arbitrajes basados en tratados bilaterales, multilaterales y regionales, ha conducido, de manera justificada, hacia una tendencia favorable a la bifurcación o inclusive la trifurcación de procedimientos. Usualmente, la audiencia final de *quantum* (aquella donde se discuten las cuestiones de cuantía) se encuentra bifurcada en virtud de la naturaleza que se le otorgue al testimonio del perito (experto) y a la evidencia que vaya a ser presentada. Resulta prácticamente imposible, conceptualmente hablando, discernir, desde una perspectiva de cosa juzgada, sobre aquellos asuntos que son resueltos mediante “negociación o acuerdo entre las partes” (“*settled*”) a consecuencia de la existencia de un laudo parcial, cuya emisión fue anterior.

En segundo lugar, también son cada vez más frecuentes los conflictos entre los laudos, en lucha por mantener su hegemonía, que surgen

ción que así lo declare”; Chile (Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, art. 35.— Reconocimiento y ejecución— “Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este art. y del art. 36”; Perú (Decreto Legislativo No. 1071, que norma el arbitraje, de fecha 27 de junio de 2008, art. 59.— Efectos del laudo— “Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. / El laudo produce efectos de cosa juzgada.

como consecuencia de eventos comerciales o transaccionales subyacentes que acontecen dentro del contexto de los arbitrajes comerciales internacionales. Las relaciones comerciales entre las empresas matrices domiciliadas en el extranjero a través de la utilización de un agente intermediario “en el país”, subsidiarias y empresas afiliadas, para la prestación de servicios que normalmente se encuentran relacionados con la fabricación de bienes, requieren típicamente de “contratos de grupo” (“*group contracts*”) que acostumbran a contener cláusulas de arbitraje. Todos estos instrumentos comerciales, que se encuentran interrelacionados, se han convertido en el procedimiento estándar de las operaciones legales, más aun, en un marco que se encuentra cada vez más económicamente globalizado y que es testigo del desarrollo de un mercado transnacional sin precedentes. Los ejemplos más paradigmáticos de un mercado transaccional son los referidos a cuestiones de reaseguros, distribución, franquicias y energía. El deseo de contar con un régimen uniforme para la aplicación del principio de cosa juzgada transformaría la incertidumbre en certeza y disminuiría por tanto la autonomía de ambas partes y sus respectivas expectativas, como consecuencia de la inevitable pérdida de valor predictivo resultante de laudos arbitrales con multiplicidad de partes y jurisdicciones involucradas, los mismos que no pueden ser objeto de conciliación con el objetivo de contar con un régimen de cosa juzgada que sea pragmáticamente operativo y predecible. El problema se ve agravado porque actualmente el arbitraje comercial internacional carece de un sistema normativo que sea universalmente aceptado. No en vano, caso de existir, podría permitir lo siguiente: (i) la intervención de terceras partes interesadas (*third party practice*), (ii) la acumulación de partes en el proceso, (iii) demandas colectivas (*class actions*), (iv) la intervención de terceros involucrados (*impleaders*), y (v) el desarrollo doctrinal de la intervención relativa a las partes necesarias del proceso (*indispensable parties*). La ausencia de este tipo de recursos procesales hace patente en mayor medida la necesidad de que exista uniformidad y predictibilidad en la aplicación de la doctrina de cosa juzgada, principalmente en asuntos relativos a arbitraje comercial internacional. La ausencia de normas de conflicto generalmente aceptadas en este sector genera un componente adicional de dificultad, que aboga a favor de un estándar uniforme del principio de cosa juzgada²⁰.

²⁰ Para un análisis más desarrollado y creativo sobre el tratamiento a la pluralidad de partes y a la intervención de terceras partes interesadas en el arbitraje internacional, *vid.* a S. Brekoulakis, “The Effect of an Arbitral Award and Third Parties in International Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, vol. 1, no. 1, p. 1, 2003.

En tercer lugar, ha de atenderse a las consideraciones sustantivas y estratégicas, que usualmente dan lugar a debate acerca de las cuestiones de cosa juzgada, suscitadas entre los jueces y tribunales (judiciales) estatales y entre los tribunales arbitrales. Son innumerables la gran cantidad de escenarios que coadyuvan a esta configuración. En términos simples, cualquier cuestión sobre el ámbito o el carácter arbitrable de una potencial reclamación podría probablemente precipitar la interposición de recurso judicial. Adicionalmente, las partes que buscan impedir un proceso arbitral con la finalidad de asegurar una ventaja estratégica que devenga de la “selección del foro más favorable” (*forum shopping*), son proclives habitualmente a la interposición de recursos judiciales. De similar manera, la posibilidad de obtener una resolución judicial que prohíba la interposición de cuestiones litigiosas sobre asuntos que ya se hayan resuelto anteriormente entre las partes (*anti-suit injunctions*), en especial las que proscriban el desarrollo de un arbitraje, podrían ser atractivas para los jueces y tribunales judiciales estatales. Un régimen transparente y bien fundamentado de cosa juzgada, con valor predecible, podría minimizar las ineficiencias que surgen por una cuestión de *forum shopping* de esta naturaleza.

Finalmente, un sistema conceptual bien definido del principio de cosa juzgada en el ámbito del arbitraje internacional deviene en necesario en el contexto de conflicto entre laudos arbitrales o resoluciones expedidas por jueces y/o tribunales transnacionales y por tribunales arbitrales de comercio internacional. Aún cuando sea menos común que los tres primeros paradigmas, no debe olvidarse que el ILA Interim Report (*Informe Interno de ILA*) señaló que “cada vez más los tribunales arbitrales puede que deban de tener en cuenta los efectos de las decisiones de una judicatura supranacional. En relación con procedimientos arbitrales relacionados, el Comité tendrá que considerar si las decisiones de dichas instancias constituyen o no cosa juzgada”²¹. A pesar de que sea más una cuestión teórica que un modelo

tration: Res Judicata Revisited”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 16, 2005, p. 177, dónde el autor aboga por una “‘proportional’ harmonization [that] would be a more workable solution. In other words, there is a need for a third party effect analogous to the degree of substantive identification between the third and real parties. The substantive interrelation between them should be reflected in the arbitral process proportionally. A full enforcement of the arbitration agreement or the extension of the full effect of an award to third parties should be rejected as excessive and thus inappropriate for arbitration” (*ibid.*, p. 195).

²¹ V.o. en inglés: “increasingly, arbitral tribunals may have to have regard to the effects of decisions of a supra-national court or tribunal. The Committee will have to consider whether or not these instances constitute res judicata in relation to related arbitral proceedings” (ILA, *Interim Report*, p. 4).

recurrente que genere escenarios confusos y de conflicto en la toma de decisiones, no debe olvidarse que la relación entre tribunales tales como los de la OMC, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), e inclusive el CIADI, en relación con arbitrajes comerciales internacionales, hace que sea necesaria una consideración sustantiva en relación con las cuestiones de cosa juzgada. Cada vez más los ámbitos del Derecho privado y del Derecho internacional público se encuentran interconectados de diversas maneras, por ello los mecanismos internacionales de resolución de disputas focalizados en Derecho *inter*-nacional (el Derecho entre naciones) –que no es lo mismo que el Derecho *trans*-nacional (el Derecho entre comunidades o grupo de naciones)– nunca fueron capaces de contemplar o nunca fueron capaces de desarrollarlos y definirlos conceptualmente.

A pesar de que la aplicación del principio de cosa juzgada en el arbitraje internacional ha sido objeto de codificación universal en la mayoría de jurisdicciones que aplican el *civil law*, tanto en Europa, Latinoamérica como el Medio Oriente, algunos elementos básicos de la doctrina de cosa juzgada siguen sin encontrarse uniformemente articulados y no tampoco son aplicados de manera expansiva. Existe un consenso general que cada jurisdicción de Derecho romano-germánico, independientemente, administra de manera propia y única su aplicación de la doctrina de cosa juzgada, generalmente de conformidad a una metodología que pone énfasis en los formalismos legales, que son extremadamente limitados en su ámbito de aplicación, y, por ende, inadecuados en relación con las cuestiones legales complejas que caracterizan al comercio transnacional en una economía del orden global.

2. La fragmentación del test de “triple identidad” en las jurisdicciones de Derecho romano-germánico (*civil law*)

El estado variopinto de la doctrina de cosa juzgada en las jurisdicciones del *civil law* es totalmente evidente al examinar los contornos de seis jurisdicciones, tanto europeas, como latinoamericanas: Bélgica, Francia, Chile, Perú, Argentina, y Brasil.

El art. 23 del Código Procesal Civil de Bélgica, señala, en primer lugar, que “la autoridad de la cosa juzgada se encuentra limitada sólo a aquello que se considera el objeto de la decisión”²². Adicionalmente, el referido precepto, como elementos de conexión con la doctrina, seña-

²² V.o.: en inglés: “the authority of *res judicata* is limited only to that which is the object of the decision”.

la que “es necesario (1) que la cosa pedida, mediante la cosa juzgada, sea la misma, (2) que la aplicación de la cosa juzgada se encuentre basada en la misma causa, (3) que la aplicación de la misma se de entre las mismas partes, (4) que la relación jurídica procesal sea formada entre esas mismas partes, y (5) que su aplicación también sea contra ellas, en la misma medida”²³. Por su parte, el art. 27 del mismo Capítulo 4, del Código Procesal Civil belga, que trata sobre la cosa juzgada, establece que: “la cosa juzgada puede ser invocada en cualquier momento, antes de que el Juez tome conocimiento de la demanda. *No puede ser invocada de oficio por el Juez.*” (énfasis añadido)²⁴.

Merece resaltar, a manera de crítica, que si bien el principio de cosa juzgada en Bélgica identifica de manera formal los elementos del test de “triple identidad”, no hace alusión alguna a los terceros interesados, sea cual sea su tipo (herederos, titulares de instrumentos legales, principales, agentes, beneficiarios, o cualquier otra persona interesada). La insistencia de que la cosa o medida buscada sea la misma (“*la chose demandée soit la même*”) sugiere, desde una aproximación legal y formalista, que la *similitud o identidad* de la medida deba de ser buscada en futuros procedimientos, caso de ser aplicada la doctrina de cosa juzgada. Dicha estructuración de la doctrina, a fin de estar seguros, proporciona suficiente espacio para maniobras estratégicas.

El segundo elemento del test de “triple identidad”, de acuerdo a lo señalado por el Código Procesal Civil belga, hace alusión a que debe de existir una misma causa (“*que la demande soit fondée sur la même cause*”), dejando abierta en tal sentido la posibilidad, en caso de existir diferentes causas de acción resultantes de las mismas transacciones y hechos operativos que subyacen a la acción –las mismas que podrían haber sido interpuestas pero no lo fueron–, de que dicha causa de la acción pudiera ser susceptible del efecto preclusivo de la cosa juzgada.

Finalmente, el requisito referido a la misma identidad de capacidades o a la misma capacidad (“*formée par elles et contre elles en la*

²³ Bélgica: Código Procesal Civil, art. 23: “*L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet de la décision. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.*”

²⁴ Bélgica: Código Procesal Civil, art. 27: “*L'exception de chose jugée peut être invoquée en tout état de cause devant le juge du fond saisi de la demande. Elle ne peut être soulevée d'office par le juge.*”

même qualité”) también sugiere una aplicación muy limitada y formalista del principio de cosa juzgada, en virtud del requerimiento de idéntica capacidad.

Lo establecido en el segundo apartado del art. 27 deja bien claro que la cosa juzgada no es considerada una cuestión de orden público que sea susceptible de ser interpuesta de oficio por un Juez. En tal sentido, la defensa que presumiblemente deba de ser alegada por las partes, en relación con la cuestión de cosa juzgada, será bajo el riesgo cierto de que sea desestimada.

La primera oración del art. 23 establece, de manera casi significativa, que la cosa juzgada solamente se aplica al “objeto de la decisión”, o al fallo decisorio, y presumiblemente no se aplique a los considerandos bajo los cuáles el fallo decisorio se sustenta.

De manera muy sumaria y a partir de una lectura preliminar del Código de Procedimiento Civil chileno, se infiere que este instrumento también articula el test de “triple identidad”²⁵. Muy al inicio, el Código requiere la misma identidad legal de las personas o de los litigantes, lo cual es materialmente distinto al concepto de “las mismas partes”. A mayor abundamiento, el Código chileno amplía, en comparación con el Código belga, el requisito de la identidad de la causa de la acción, al referirse al “fundamento” de las causas de la acción alegadas. Asimismo, parece que el referido Código también extiende el ámbito del efecto de cosa juzgada a terceras partes, al señalar que la excepción de cosa juzgada puede alegarse por cualquier tercero (“*todos aquellos*”) que haya obtenido *cualquier* beneficio del fallo decisorio, pudiendo así, constituir tal tercero un beneficiario para la aplicación de la doctrina de cosa juzgada²⁶. La primera oración del art. 177 sugiere, igualmente, que todas las partes que por efecto de la ley se encuentren dentro del ámbito de una resolución o sentencia judicial podrán ser afectadas por el carácter inherente de éstas en materia de cosa juzgada, siempre y cuando el test de “triple identidad” se haya cumplido.

²⁵ Chile: Código de Procedimiento Civil, art. 177 (200) “La excepción de cosa juzgada puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo, siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya: –identidad legal de personas; –identidad de la cosa pedida; e –identidad de la causa de pedir”.

²⁶ Chile: Código de Procedimiento Civil, art. 176 (199): “Corresponde la acción de cosa juzgada a aquél a cuyo favor se ha declarado un derecho en el juicio, para el cumplimiento de lo resuelto o para la ejecución de fallo en la forma prevenida por el Título XX de este Libro”.

Al igual que sucede con el Código belga, el efecto de cosa juzgada podría ser solamente inherente al fallo decisorio (*v.gr.*, la parte resolutoria –*dispositif*–) y no a los fundamentos (*ratio decidendi*) sobre los cuales el fallo se sustenta²⁷.

A diferencia del Código belga, los preceptos del Código chileno en lo que atañe a la cosa juzgada guardan silencio sobre la cuestión de si la cosa juzgada es de orden público o no, de manera que la misma pudiera ser aplicada de oficio por parte de un Juez.

El Código Procesal Civil peruano, por su parte, habla de partes pero no hace ninguna mención expresa de “mismas” o “idénticas partes”. El referido Código sugiere qué partes, distintas de los inmediatos litigantes, pueden ser afectados por la aplicación de la cosa juzgada. Sin embargo, es importante resaltar que el Código no dice nada en relación a (i) identidad de causa de acción/operación subyacente, (ii) identidad de cosa pedida o finalidad buscada, (iii) el ámbito de la cosa juzgada con relación a la decisión o al *ratio decidendi*, y (iv) sobre si la cosa juzgada constituye una cuestión de orden público en Perú²⁸.

El Código Procesal Civil y Comercial de La Nación Argentina presenta un test de “triple identidad” muy abreviado y modificado. Y aunque identifica al “mismo asunto sometido a decisión judicial”, no hace referencia alguna a (i) la identidad de las partes, ni (ii) a la cosa o medida solicitada. Bajo una construcción más delimitada, la mención que se realiza de “sentencia firme” podría probablemente sugerir que el alcance de la cosa juzgada solamente se aplica de manera restrictiva sobre el fallo o sobre la parte resolutoria (*dispositif*). El Código no hace ninguna mención sobre si la doctrina de cosa juzgada debe de aplicarse de manera más expansiva sobre terceras partes

²⁷ Chile: Código de Procedimiento Civil, art. 175 (198): “Las sentencias definitivas o interlocutorias firmes producen la acción o la excepción de cosa juzgada”. Es importante observar que a diferencia del Código belga, la crítica al Código chileno se refiere sobre las decisiones provisionales, las que posiblemente podrían estar dentro del ámbito de aplicación de la cosa juzgada.

²⁸ Perú: Código Procesal Civil, art. 123 (“Cosa Juzgada”): “Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando: – No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o – Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos. / La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas derivan sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen de los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda. / La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 178 y 407”.

de cualquier tipo que éstas sean, ni tampoco se pronuncia si la cosa juzgada en Argentina ha de ser considerada como una cuestión de orden público²⁹.

Por su parte, el Código Procesal Civil francés señala que “[l]a sentencia que decida en su parte resolutive la totalidad o parte del asunto controvertido, o la que resuelva sobre la base de los alegatos procesales, alegatos que buscan la no admisibilidad o cualquier otra medida provisional, deberán, desde la fecha de su pronunciamiento, tener efectos de cosa juzgada con relación a la controversia judicial que resuelvan”³⁰. Asimismo, el Código francés clarifica el ámbito de aplicación de la cosa juzgada “[1] sólo con respecto a lo que es la materia controvertida del fallo. Si es necesario [2] que lo que se pide o lo que se busca sea lo mismo; [3] que lo que se pide o se busca se encuentra basado en los mismos argumentos; [4] que se de entre las mismas partes; y [5] se interponga por parte de ellos o contra ellos en la misma medida o capacidad”³¹. Los preceptos franceses hacen referencia a “los mismos argumentos”, pero no precisan si se refiere a la materia que se está resolviendo o a algún hecho en particular. La aproximación formalista clásica se encuentra claramente evidenciada por la referencia que se hace a las partes “en la misma medida o capacidad”, además de articular, sin mayor argumento, el requerimiento de “las mismas partes”. La primera oración del art. 1.351 limita el ámbito de aplicación de la cosa juzgada al fallo decisorio. En tal sentido, como sucede con el Código belga, éste Código se encuentra también limitado a la parte resolutive (*dispositif*)³².

²⁹ Argentina: Código Procesal Civil y Comercial de La Nación, art. 347: “Sólo se admitirán como previas las siguientes excepciones: (...) 6. Cosa juzgada para que se procedente esta excepción, el examen integral de las DOS (2) contiendas debe demostrar que se trata del mismo asunto sometido a decisión judicial, o que por existir continencias, conexidad, accesoriedad, o subsidiariedad, la sentencia firme ya ha resuelto lo que constituye la materia o la pretensión deducida en el nuevo juicio que se promueve”.

³⁰ Francia: Código Procesal Civil, art. 480: “*Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche*”.

³¹ Francia: Código Civil, art. 1.351: “*L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité*”.

³² Francia: Código Procesal Civil, art. 95: “[e]n aquellas ocasiones en que el Juez, al momento de decidir sobre alguna excepción relacionada con la competencia de un determinado asunto, resolviera sobre el fondo de la excepción de competencia interpuesta, su decisión será considerada como cosa juzgada en relación al fondo del asunto” (v.o.: “*Lorsque le juge, en se prononçant sur la compétence, tranche la question de fond dont dépend*”).

Por su parte, el Código Procesal Civil brasileño identifica el test de “triple identidad” y de manera explícita hace referencia a (i) las mismas partes, (ii) la identidad de la controversia, y (iii) a la identidad en la medida buscada.³³ Sin embargo, el Código establece que el efecto de cosa juzgada no debe de ser incluido para su aplicación por terceras partes, independiente de la condición que éstas tuvieran, ya sea como beneficiarios o como personas (naturales o jurídicas) afectadas negativamente. Además, sugiere que la cosa juzgada no es una cuestión de orden público, dado que el Juez se encuentra impedido para implicar a la cuestión de cosa juzgada como argumento de defensa en nombre de las partes que perdieron el procedimiento judicial, o cuyas peticiones fueron desestimadas, en la primera acción judicial que se interponga contra lo resuelto, de acuerdo a lo establecido en el presente marco legal. También, como sucede en la gran mayoría de jurisdicciones que aplican el *civil law*, el principio de cosa juzgada solamente se aplica al fallo decisorio. El Código brasileño establece explícitamente que el efecto de cosa juzgada no debe extenderse a (i) los fundamentos sobre los cuales se basa la sentencia o decisión, y a (ii) ningún aspecto sobre el cual se basen los considerandos que no hayan sido considerados como parte de la decisión actual o de la parte resolutive (*dispositif*).

cette compétence, sa décision a autorité de chose jugée sur cette question de fond”). Es importante observar que ni siquiera una medida provisional (*vid.* el Código Procesal Civil francés, art. 482) ni una resolución de procedimiento sumario (Código Procesal Civil francés, art. 488) “[d]eberían tener efectos de cosa juzgada”. Art. 482: “*Le jugement qui se borne, dans son dispositif, à ordonner une mesure d’instruction ou une mesure provisoire n’a pas, au principal, l’autorité de la chose jugée*”. Art. 488: “*L’ordonnance de référé n’a pas, au principal, l’autorité de la chose jugée*”. En este mismo sentido, el art. 775 del Código Procesal Civil francés proscribía que “[l]as resoluciones de un Juez de Instrucción, que se encuentran relacionadas con la controversia principal, no tendrán el efecto de cosa juzgada” (v.o.: art. 775: “*Les ordonnances du juge de la mise en état n’ont pas, au principal, l’autorité de la chose jugée à l’exception de celles statuant sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l’instance*”). Las resoluciones del Juez Relator tampoco deben de tener autoridad de cosa juzgada.

³³ Brasil: Código de Processo, Art. 469–70. Art. 469 – “*Não fazem coisa julgada: – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo*”. Art. 470 – “*Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide*”.

3. *Las consecuencias de una aproximación formalista del test de “triple identidad” desconocen las premisas fundamentales que el principio de cosa juzgada busca lograr*

El objetivo de interés público del principio de cosa juzgada consiste, esencialmente, en que todos los argumentos de la controversia deben tener una finalidad definida (*interest reipublicae ut sit finis liliun*) y que pretendan la protección de los intereses privados, esto es, que nadie debe de ser perseguido dos veces por la misma causa (*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*), intereses que se encuentran significativamente afectados por el tratamiento fragmentado y usualmente contradictorio que se da al test de “triple identidad” en la mayoría de jurisdicciones que aplican el *civil law*. Asimismo, la aproximación formalista que limita la aplicación de la doctrina de cosa juzgada simplemente fomenta el desarrollo de argumentos repetitivos, los mismos que particularmente invitan y, por consiguiente, agravan en gran medida, el contexto del arbitraje internacional. Y ello porque la configuración del arbitraje internacional implica una mayor flexibilidad en las reglas procedimentales, en la aplicación del Derecho internacional, y en la atribución de ciertas discrecionalidades, significativas y mesurables, conferidas al tribunal arbitral.

La proclamación del test de “triple identidad”, de acuerdo a como ha sido enunciado por cada una de las seis jurisdicciones anteriormente examinadas, refleja una significativa falta de uniformidad con respecto de cada uno de los elementos o aproximaciones del test de “triple identidad”. El primer elemento o aproximación de “misma parte” ha dado lugar a cinco categorías evidentemente identificables. La primera de ellas es que los códigos aplicables de algunas jurisdicciones solamente hacen referencia al término “las mismas partes”³⁴. La segunda categoría hace referencia a que otras jurisdicciones han limitado aún más, desde una perspectiva conceptual, el primer elemento o aproximación del test de “triple identidad”, al identificar a “las mismas partes en la misma o idéntica capacidad”³⁵. Una tercera categoría utiliza el test de “las mismas partes y sus sucesores”, adop-

³⁴ Vid., v.gr., Brasil: *Código de Processo*, art. 301: “Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.

³⁵ Vid., v.gr., Francia: *Code Civile*, art. 1.351: “L’*autorité de la chose jugée n’a lieu qu’à l’égard de ce qui a fait l’objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité*”.

tando así una aproximación “más expansiva” en la aplicación de la doctrina de cosa juzgada³⁶. Una cuarta categoría establece que la primera aproximación del test de “triple identidad” ha sido estructurado en relación a “las mismas partes” (lo que involucra una explícita disposición para no incluir a terceras partes), no dejando duda acerca de lo limitada y formal que es la aplicación de tal aproximación³⁷.

Finalmente, en la categorización que estamos realizando, existen jurisdicciones que definen la primera aproximación del test de “triple identidad” de una manera que incluya a “las mismas partes [y otras terceras partes, distintas de los sucesores o beneficiarios]”. En tal sentido, la posibilidad para realizar maniobras estratégicas bajo la mayoría de las cinco categorías antes señaladas, pero principalmente en la primera que se refiere a las mismas partes, es prácticamente absoluta.

Un esquema estricto de “mismas partes” deja abierta la posibilidad de que sucursales o filiales de sociedades puedan evadir la finalidad de la cosa juzgada; y una estrategia similar también se encuentra fácilmente disponible en relación a los representantes, agentes, principales y cualquier otra similar figura legal. De similar manera, y en línea con lo aquí señalado, una persona, en ejercicio de su capacidad personal como resultado de la interposición de la primera acción judicial y como accionista único de una sociedad en los procedimientos judiciales siguientes, podría, teóricamente, impugnar de manera muy significativa la aplicación de la doctrina de cosa juzgada.

En relación con la segunda aproximación del test de “triple identidad” tenemos que el mismo también se ve afectado por la carencia de uniformidad y por el formalismo excesivo. Algunas de las jurisdicciones analizadas parecen definir ésta segunda aproximación como la de la “misma causa de la acción”³⁸. Mientras que algunas otras se encuentran focalizadas en lo que podría caracterizarse mejor como el

³⁶ *Vid., v.gr.*, Chile: Código de Procedimiento Civil, art. 177 (200): “La excepción de cosa juzgada puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo, siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya:— identidad legal de personas; — identidad de la cosa pedida; y —identidad de la causa de pedir”.

³⁷ *Vid., v.gr.*, Brasil: *Código de Processo*, Art. 469.—“*Não fazem coisa julgada: — os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; — a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; — a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo*”. Art. 470 — “*Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide*”.

³⁸ *Vid., v.gr.*, *Montana v. United States*, 440 U.S. 147, 153 (1979).

“mismo acontecimiento o transacción subyacente”³⁹. En relación a la tercera categoría, el lenguaje era poco convincente para los propósitos de identificar definitivamente si la causa de la acción o el acontecimiento o transacción sobre el cual se sustentaba dicha acción, era el pretendido⁴⁰.

El modelo de “misma causa de la acción” es poco práctico, particularmente en el ámbito del arbitraje internacional, así como, tal como se desarrollará en mayor detalle en la Sección 2, en los arbitrajes comerciales internacionales, al menos como lo profesa una escuela de pensamiento jurídico, dado que tales cuestiones en vez de ser tratadas como temas de arbitraje internacional son consideradas como controversias de Derecho internacional público. Aún en un nivel más elemental, conceptualmente hablando, es cierto que no es desproporcionado señalar que no está fuera de la habilidad del ser humano el hecho de formular diferentes causas de la acción aplicables a futuros procedimientos, cuya génesis sea una misma transacción base que dio lugar a que se interponga la primera acción judicial.

Ninguna de las jurisdicciones que hemos estudiado ha especificado el particular tipo de medida que podría dar lugar a la satisfacción de la tercera aproximación del test de “triple identidad”. Prácticamente todas las jurisdicciones identificaron la medida buscada como “el mismo objetivo u objeto [buscado]”⁴¹. Una aproximación formalista, carente de significación transaccional, en la aplicación de ésta tercera aproximación del test de “triple identidad” es problemática. A modo de ejemplo, la estricta aplicación de la doctrina codificada del *civil law* generalmente podría imposibilitar la aplicación de la doctrina de cosa juzgada en aquellos casos donde la primera acción interpuesta solicite una medida cautelar “prohibitiva” (*prohibitory injunctive relief*) y los procedimientos siguientes soliciten una medida cautelar “imperativa o que ordene hacer algo” (*mandatory injunctive relief*). Un matiz similar y una construcción menos sutil en relación al petitório puede ser estructurado sin mucho esfuerzo en lo que respecta al cumplimiento específico. Nos encontramos así con que un escenario

³⁹ Francia: Código civil, art. 1.351: “*L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité*”.

⁴⁰ Vid., v.gr., Perú: Código Procesal Civil, art. 123, supra, nota 28.

⁴¹ Vid., v.gr., Bélgica, Código Procesal Civil, art. 23: “*L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet de la décision. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité*”.

de simple petición de una cuestión pecuniaria/*quantum* por daños y perjuicios, la ambigüedad que existe en la segunda aproximación – transacción base/causa de la acción– puede ciertamente justificar la no aplicación de la doctrina de cosa juzgada, simplemente por haber atribuido la cuestión de daños y perjuicios en la interposición de las acciones legales subsiguientes como si estas provinieran de una causa de acción distinta, diferente de los términos de aquella que fue interpuesta en el procedimiento primigenio y cuyos argumentos se basan en parte en la transacción o hecho base que dio origen a tal acción. Una acción que, sin embargo, no fue materia de tal litigio o no se encontraba estipulada en las alegaciones de la primera acción legal que se interpuso.

4. *El fallo o parte resolutive (dispositif) en las jurisdicciones de civil law*

De hecho, las jurisdicciones de *civil law* que han sido examinadas son consistentes con la cuestión de que la cosa juzgada se aplica, única y exclusivamente, respecto del fallo decisorio o parte resolutive (*dispositif*) y no sobre la *ratio decidendi* o premisas sobre las cuales el fallo se sustenta. Aunque esta uniformidad pareciera en principio ser prometedora y útil, se constituye en clara contraposición con las reglas de los principales centros de arbitraje comercial internacional, que generalmente requieren que el laudo arbitral sea el resultado de una decisión motivada que establezca las bases sobre las cuales se sustenta el fallo decisorio⁴². En la medida en que los principios de autonomía de las partes, uniformidad, predictibilidad y transparencia constituyen la piedra angular del arbitraje comercial internacional, la codificación formalista de la cosa juzgada en las jurisdicciones del *civil law*, cuya aplicación solamente se extiende al fallo decisorio o parte resolutive (*dispositif*), claramente vulnera el objeto de

⁴² *Vid., v.gr.:* Regl. LCIA, art. 26.1º: “*The Arbitral Tribunal shall make its award in writing and, unless all parties agree in writing, otherwise, shall state the reasons upon which the award is based. The award shall also state the date when the award is made and the seat of the arbitration; and it shall be signed by the Arbitral Tribunal or those of its members assenting to it.*” Regl. Uncitral, art. 34 (...) “3. El tribunal arbitral expondrá las razones en las que se base el laudo, a menos que las partes hayan convenido en que no se dé ninguna razón./4. El laudo será firmado por los árbitros y contendrá la fecha en que se dictó e indicará el lugar del arbitraje. Cuando haya más de un árbitro y alguno de ellos no firme, se indicará en el laudo el motivo de la ausencia de la firma”. Regl. CCI, art. 31. *Pronunciamiento del laudo.* 1 Cuando el tribunal arbitral esté compuesto por más de un árbitro, el laudo se dictará por mayoría. A falta de mayoría, el presidente del tribunal arbitral dictará el laudo él solo. /2 El laudo deberá ser motivado”.

tales principios. Unos principios que deberían de representar las directrices para la resolución de controversias arbitrales transnacionales.

La interpretación restrictiva que se hace de la aplicación de la doctrina de cosa juzgada, limitándola a la parte resolutive (*dispositif*), es igualmente evidente cuando se aplica sobre los laudos de arbitrajes inversor-Estado. En tal contexto, donde la resolución de controversias entre países exportadores de capital y países importadores de capital usualmente se basan en la aplicación de los principios generales del Derecho internacional, del Derecho consuetudinario internacional, del Derecho internacional convencional o basado en tratados, y sobre el análisis de la legislación del orden municipal y la jurisprudencia vigente, el ámbito limitado de aplicación de la doctrina se convierte aun en más divergente.

5. Uniformidad y orden público en las jurisdicciones de civil law

Cinco de las seis jurisdicciones examinadas (siendo la excepción Perú, al no establecer nada en relación a esta cuestión) han optado por mantener el principio de cosa juzgada más allá del ámbito de orden público nacional. El análisis que subyace a tal decisión merece pensar y repensar agudamente sobre el mismo. A pesar de las importantes “estipulaciones” analizadas, existen voces autorizadas que recomiendan la aplicación de la doctrina de cosa juzgada como una cuestión de orden público, en virtud de la cual los encargados de decidir sobre las controversias se encontrarán investidos con la prerrogativa de aplicar *de oficio* la cuestión de cosa juzgada⁴³.

Semejante aproximación es plenamente acorde con la aspiración, consagrada en el tiempo, de que el propósito del arbitraje internacional, además de otras consideraciones, sea más expeditivo y económico que su contraparte: los procesos judiciales. Adicionalmente, tal aproximación también es concordante con la amplia y profunda discrecionalidad con que cuentan los tribunales arbitrales, la misma que es inherente y caracteriza a la práctica actual del arbitraje internacional. Finalmente, porque en la mejor de éstas indeterminadas posiciones –tanto de manera teórica como práctica– de la doctrina del precedente o *stare decisis*, aplicable tanto a los temas de arbitraje comercial internacional como a los arbitrajes inversor-Estado, una rigurosa

⁴³ Vid., *v.gr.*, *Arizona v. California*, 530 US 392, 412 (2000); *Muhammad v. Oliver*, 547 F.3d 874, 878 (2d Cir. 2008).

aplicación extensiva de la doctrina de cosa juzgada parece ser totalmente la más justificada⁴⁴.

Con la finalidad de complementar lo señalado, debe de observarse que tanto Suiza como Alemania consideran que la doctrina de cosa juzgada se encuentra incluida dentro del ámbito del orden público⁴⁵.

6. La disfuncionalidad en relación al momento de aplicación de la cosa juzgada en las jurisdicciones de civil law

La uniformidad en relación a la aplicación del principio de cosa juzgada sobre los laudos arbitrales es requerida aún con respecto a los más elementales mecanismos. Las jurisdicciones que aplican el *civil law* todavía tienen que lograr cierta similitud de consistencia o uniformidad en relación al periodo de tiempo de aplicación de la cosa juzgada, ya sea que ésta se de sobre laudos arbitrales o sobre si el ámbito de la cosa juzgada se suspende como consecuencia del inicio de un procedimiento de nulidad.

Aún cuando este intrincado régimen que regula los mecanismos procesales sea casi insuperable por razón de las cuestiones relativas a los plazos de tiempo, y no tan grave como las inconsistencias fundamentales inherentes a los actuales elementos de la cosa juzgada como una doctrina conceptual que ejecuta un efecto preclusivo, resulta una cuestión representativa de la crisis que afecta a la aplicación uniforme y sistemática de la doctrina de cosa juzgada de ámbito transnacional.

Un análisis de las jurisdicciones estatales a lo largo de Latinoamérica y Europa demuestra cuatro diferentes estándares que establecen el momento de aplicación del efecto de cosa juzgada en los laudos arbitrales. Tanto en los Países Bajos como en Francia, el efecto de cosa juzgada parece ocurrir cuando se ha dictado el laudo, aún cuando sus correspondientes normas (leyes de arbitraje) lo establecen de forma distinta. El art. 1059 de la Ley de Arbitraje de los Países Bajos establece que “[e]l laudo deberá tener la fuerza de cosa juzgada desde el día en que es proclamado” (énfasis añadido)⁴⁶ Por su parte, el Código

⁴⁴ Desafortunadamente, existe poca, si es que hay alguna, literatura relevante que se focalice exclusivamente en la mayor necesidad de una uniforme y más extensiva aplicación, sustantiva/transaccional, de la doctrina de cosa juzgada en el arbitraje internacional, precisamente por la atenuada posición del principio de *stare decisis* en este campo.

⁴⁵ Vid. Koch & Diedrich, *Civil Procedure in Germany*, Munich, C.H. Beck, 1998. Vid. también *Swiss Federal Supreme Court*, 3 abril 2002, ATF 128 III 191.

⁴⁶ Países Bajos: Ley de Arbitraje, art. 1.059.1º: “*Slechts een geheel of gedeeltelijk arbitraal eindvonnis kan gezag van gewijsde verkrijgen. Het heeft dit met ingang van de dag waarop het is gewezen*”.

Procesal Civil francés señala en su art. 1476 que “los laudos arbitrales, desde el momento en que han sido emitidos, tendrán el efecto de cosa juzgada en relación con la controversia que el mismo haya determinado” (énfasis añadido)⁴⁷.

Una tercera categoría que se expresa sobre el momento de aplicación del principio de cosa juzgada se encuentra ejemplificada por la Ley de Arbitraje y Conciliación de Bolivia. El art. 60, ap. II, determina claramente que “el laudo ejecutoriado tendrá valor de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y será de obligatorio e inexcusable cumplimiento desde la notificación a las partes con la resolución que así lo declare” (énfasis añadido)⁴⁸. En consecuencia, una comunicación formal a las partes en la que se adjunte la documentación relevante es una afirmación del efecto vinculante de la cosa juzgada.

Un cuarto ejemplo representativo se encuentra tipificado por el *Code Judiciaire* belga, que requiere una lectura conjunta de dos preceptos. El art. 1.702 establece que “[e]l presidente del tribunal arbitral deberá informar a cada una de las partes sobre la emisión del laudo mediante el envío de copia del mismo que se encuentre firmada de acuerdo a lo establecido en el párrafo 4 del art. 1.701”⁴⁹. Mientras que el ap. II del referido precepto, determina, sin embargo, que “[e]l presidente del tribunal arbitral deberá presentar el laudo original ante el registro del juzgado competente en dicha jurisdicción, debiendo él notificar a las partes sobre tal presentación”⁵⁰. En relación a esto último, el art. 1.703 suplementa lo establecido por el art. 1.702 al adicionar que “[a]l menos que el laudo sea contrario al orden público o que la controversia no sea susceptible de acuerdo mediante arbitraje, se tiene que un laudo arbitral posee la autoridad de cosa juzgada cuando el mismo ha sido notificado de acuerdo a lo establecido en el n° I del art. 1.702 y no puede ser posteriormente

⁴⁷ Francia: Código Procesal Civil, art. 1476: “*La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche*”.

⁴⁸ Bolivia: Ley de Arbitraje y Conciliación, art. 60.2°: “El laudo ejecutoriado tendrá valor de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y será de obligatorio e inexcusable cumplimiento desde la notificación a las partes con la resolución que así lo declare”.

⁴⁹ Bélgica: Code Judiciaire, art. 1.702.1°: “*Le président du tribunal arbitral notifie à chaque partie la sentence par l'envoi d'un exemplaire de celle-ci qui sera signé conformément à l'Art. 1701, alinéa 4*”.

⁵⁰ Bélgica: Code Judiciaire, art. 1.702.2°: “*Le président du tribunal arbitral dépose l'original de la sentence au greffe du tribunal de première instance; il donne notification du dépôt aux parties*”.

objeto de impugnación ante los árbitros”⁵¹. No obstante la referencia que se hace al n° I del art. 1.702, se tiene que hay menos consenso sobre si el ap. II del art. 1.702, Requerimientos para el registro, es una premisa para obviar una cuestión técnica del efecto de cosa juzgada.

El deseo de uniformidad, referido a estos simples mecanismos, entraña una visión jurídica que se encuentra afectada y agobiada por el legado del Derecho internacional general que, como es sabido, responde al paradigma de organizar relaciones entre soberanías específicas, y no responde a un Derecho transnacional cuyo propósito es ser uniforme en su aplicación sobre una comunidad de naciones, con la finalidad de ayudar a sobrellevar cuestiones transfronterizas que no son susceptibles de ser mencionadas, y mucho menos resueltas de manera satisfactoria, dado el limitado ámbito de relaciones internacionales entre dos o unos pocos países que aspiran a manejar fragmentadamente los problemas y evidentemente no lo hacen desde una perspectiva global. Dentro del contexto de la globalización económica, el rol del arbitraje inversor–Estado, e inclusive el papel del arbitraje comercial internacional, no puede verse cada vez más desasociado de formar parte de una regulación de comercio y desarrollo económico entre los países exportadores de capitales y los países importadores de capital: por tanto, la urgente necesidad general de uniformidad en la resolución de controversias internacionales y, en particular, con relación al principio de cosa juzgada, dado que esta doctrina es susceptible de aplicación dentro del marco legal de un determinado régimen, donde el precedente (o *stare decisis*) aún está por buscar su objetivo perseguido.

7. *Una aproximación al principio de cosa juzgada desde la perspectiva del common law): la perspectiva doctrinal de los EE UU*

El régimen del *common law* en relación al principio de cosa juzgada presenta un contraste evidente con el régimen *civil law*. El principio de cosa juzgada desde la perspectiva del *common law* es significativamente menos formal, y por ende, significativamente más amplio. Como consecuencia de ello, se amplía significativamente la aplicación de la doctrina de cosa juzgada.

⁵¹ Bélgica: Code Judiciaire, art. 1.703: “A moins que la sentence ne soit contraire à l’ordre public ou que le litige ne soit susceptible d’être réglé par la voie de l’arbitrage, la sentence arbitrale a l’autorité de la chose jugée lorsqu’elle a été notifiée conformément à l’Art. 1.702, alinéa 1er, et qu’elle ne peut plus être attaquée devant les arbitres”.

A) Orden público desde la perspectiva del *common law*

Contrariamente a lo que sucede en la mayoría de jurisdicciones de Derecho romano–germánico (*common law*), en el venerable precedente *Southern Pac. R. Co. v. The United States*⁵², el Tribunal Supremo de los EE UU estableció dos principios en virtud de los cuales se considera al principio de cosa juzgada como una parte integral del *orden público* judicial. En primer lugar, el Tribunal Supremo observó que “[e]sta regla general [de cosa juzgada] es requerida, en virtud del objetivo mismo para el cual los jueces y tribunales civiles se han constituido, que es asegurar la paz y tranquilidad de la sociedad mediante la resolución de asuntos que sean capaces de decisión judicial”⁵³⁵⁴. En segundo lugar, el Tribunal Supremo observó que “[e]l cumplimiento [del principio de cosa juzgada] es esencial para preservar el orden social, para la ayuda de los tribunales judiciales, pero no podría ser invocada para la reivindicación de derechos personales y derechos reales si, entre las partes y terceros interesados, la finalidad para la cual ha sido invocado no atendiera a los precedentes judiciales de esos tribunales en relación con todos los asuntos que correctamente fueron puestos en cuestión, y que realmente fueron resueltos por ellos”⁵⁵⁵⁶. El Tribunal Supremo complementó esos dos principios al reconocer que el objetivo fundamental de la doctrina de cosa juzgada es “[p]revenir a las partes de que contesten sobre asuntos en los cuáles ya han tenido la oportunidad debida y justa de defenderse, y proteger a sus adversarios de los gastos y dificultades que involucra el atender múltiples litigios, [iii] preservar los recursos judiciales, [iv] y mantener la confianza en el poder judicial al minimizar la posibilidad de que se otorguen decisiones inconsistentes”⁵⁷⁵⁸. Sin embargo, a pesar de que esta

⁵² *Southern Pac. R. Co. v. United States* 168 U.S. 1, 18 (1897).

⁵³ *Id.* n° 48.

⁵⁴ V.o.: “[t]his general rule [*res judicata*] is demanded by the very object for which civil courts have been established, which is to secure the peace and repose of society by the settlement of matters capable of judicial determination”.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ V.o.: “[t]his general rule [*res judicata*] is demanded by the very object for which civil courts have been established, which is to secure the peace and repose of society by the settlement of matters capable of judicial determination.”

⁵⁷ *Vid. Montana v. United States*, 440 U.S. 147, 153 (1979). *Vid.* también G.C. Hazard, Jr., “Res Nova in Res Judicata”, *S. Cal. L. Rev.*, vol. 44, 1971, pp. 1036, 1042–1043; A.D. Vestal, “Preclusion/Res Judicata Variables: Adjudicating Bodies”, *Geo. L.J.*, vol. 54, 1965–1966, pp. 857, 858.

cuestión de orden público se encuentra firmemente arraigada, ha de precisarse que la estructura de la cosa juzgada según el *common law* estadounidense contempla la posibilidad de renunciar a la aplicación de tal principio si es que no ha sido oportunamente interpuesto por alguna de las partes⁵⁹.

En consonancia con la condición de que es una cuestión de orden público, ha de resaltarse sin embargo, que el principio de cosa juzgada, nuevamente como una medida de gran importancia en la mayoría de las jurisdicciones del *civil law*, puede (en los EE UU) ser interpuesta *de oficio* por los tribunales judiciales de la jurisdicción competente. Un elemento de la iniciativa judicial de este tipo es el hecho de que el tribunal debe de “estar al tanto de que anteriormente ha decidido sobre la cuestión materia de controversia... aun cuando la cuestión [de cosa juzgada] no haya sido solicitada por ninguna de las partes”⁶⁰.

Los argumentos de orden público del principio de cosa juzgada, desde la perspectiva del *common law*, también adoptan la histórica tradición y regla general de que las partes “no se encuentran vinculadas por la decisión *in personam* que se haya hecho en un litigio en el cual alguna de ellas no haya sido considerada parte de dicho proceso o que no se le haya incluido como parte como resultado de una notificación/comunicación judicial”⁶¹.

B) El test de “triple identidad” según el *common law* de los EE UU

El test de “triple identidad” constituye un elemento importante del principio de cosa juzgada, según el *common law* de los EE UU. A pesar de las múltiples reiteraciones que se han realizado sobre el test durante todos estos años y al desarrollo jurisprudencial del mismo, el entendimiento central sobre el tema apunta esencialmente a que “un derecho, una consulta o un hecho, puestos claramente en cuestión y directamente determinados por un tribunal competente de la juris-

⁵⁸ V.o. en inglés: “[t]o preclude parties from contesting matters that they have had a full and fair opportunity to litigate protects their adversaries from the expense and vexation attending multiple lawsuits, [iii] conserves judicial resources, [iv] and fosters reliance on judicial action by minimizing the possibility of inconsistent decisions”.

⁵⁹ Vid., v.gr., *Arizona v. California*, 530 U.S. 392, 410 (2000) (“We disapprove of the notion that a party may wake up because a ‘light finally dawned’ years after the first opportunity to raise a defense [of *res judicata*] and effectively raise it so long as the party was (though no fault of anyone else) in the dark until his late awakening”). Vid. también *Pangburn v. Culbertson*, 200 F. 3d 65, 68 (2nd Cir. 1999).

⁶⁰ *Arizona v. California*, 530 U.S. at 412.

⁶¹ *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, 395 U.S. 100, 110 (1969).

dicción, como elemento base para obtener una sentencia favorable, no pueden ser materia de controversia en un subsiguiente litigio entre las mismas partes o sus terceros interesados; y aún cuando el subsiguiente litigio sea interpuesto por una causa de la acción distinta, resulta que el derecho, la consulta, o el hecho en cuestión que ya fueron materia de resolución, deben de ser tomados de manera concluyente, entre las partes y sus terceros interesados, al menos hasta que la decisión obtenida en el litigio primigenio no haya sido materia de modificación⁶². En definitiva, la estructura “similar” del test de “triple identidad” en el *common law* de los EE UU promueve una aplicación más amplia de la doctrina de cosa juzgada.

La “similitud” o “identidad” señalada encuentra una expresión elocuente en no menos de seis excepciones a la regla a diferencia de lo que ocurre con la figura anglosajona denominada “*non-party preclusion*”⁶³ (preclusión por una acción en la que no fue parte), que modera considerablemente el aparente carácter limitante de la primera aproximación de “misma parte” del test de “triple identidad”. Estas excepciones son totalmente ajenas a las jurisdicciones que aplican el *civil law*.

La primera excepción señala que “[u]na persona que presta su consentimiento en someterse a la decisión de cuestiones que han sido resueltas mediante acciones en las que no estaba involucrado, queda sometido o vinculado conformidad con los términos de su consentimiento”⁶⁴.

Una segunda excepción resulta de las relaciones jurídicas preexistentes entre la persona que será sometida o vinculada por la decisión y la persona que fue considerada parte en esa decisión⁶⁵. Semejantes

⁶² *Southern Pac. R. Co. v. United States* 168 U.S. at 48. V.o. en inglés: “a right, question, or fact, distinctly put in issue, and directly determined by a court of competent jurisdiction, as a ground of recovery, cannot be disputed in a subsequent suit between the same parties or their privies; and, even if the second suit is for a different cause of action, the right, question, or fact once so determined must, as between the same parties or their privies, be taken as conclusively established so long as the judgment in the first suit remains unmodified”.

⁶³ En términos generales el término “*non-party preclusion*” hace referencia a que alguna cuestión interpuesta por alguna de las partes puede ser materia de preclusión, en virtud de una decisión anterior en la cual dicha persona no ha sido considerada como parte.

⁶⁴ D.L. Shapiro, “Civil Procedure: Preclusion”, *Civil Actions*, 2001, pp. 77–78. Vid. también *California v. Texas*, 459 U.S. 1096, 1097 (1983). V.o.: “[a] person who agrees to be bound by the determination of issues in an action between others is bound in accordance with the terms of his agreement”.

⁶⁵ *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, 798 (1996).

relaciones podrían incluir las de cedente y cesionario, depositante y depositario, y personas con interés en derechos reales (titulares de derechos)⁶⁶.

Una tercera excepción resulta de aquellos casos en que la persona que no es parte (*non-party*) se encontraba “adecuadamente representada por alguien con los mismos intereses que ella, pero que sí era [considerada] parte”⁶⁷ del litigio, y por ende, la persona que no es parte se puede ver vinculada por la decisión judicial resultante de la primera acción. Como ejemplos de las acciones representativas que podrían tener un efecto preclusivo (*preclusive effect*) en las personas que no son consideradas partes, tenemos: (i) demandas colectivas (*class actions*), (ii) litigios interpuestos contra fideicomisarios (*trustees*), (iii) litigios interpuestos contra tutores (*guardians*), y (iv) procedimientos contra fiduciario⁶⁸.

En cuarto lugar, en aquellos casos en que el no litigante (*non-litigant*) asume el control sobre un determinado litigio cuya decisión ha sido emitida, resulta que tal persona no litigante, y que no es considerada tampoco parte en ese litigio, por el simple hecho de ejercer control sobre el litigio debe de encontrarse sometida o vinculada por tal decisión emitida⁶⁹.

La quinta excepción se desprende de aquellos casos en que una parte busca volver a litigar sobre un caso mediante apoderado o representante. En tal caso la preclusión se aplica en virtud de que la persona que no participó como parte en la primera acción interpuesta, procede posteriormente a interponer una acción en calidad de representante de otra persona que en realidad sí fue considerada parte en la

⁶⁶ Vid. *Restatement (Second) of Judgments* §§43–44, §52, §55 (1982). “These exceptions originated ‘as much from the property law as from the values of preclusion by judgment’”. *Taylor v. Sturgell* 553 US 880, 894 (2008) [citado por C. Wright, A. Miller, y E. Cooper, *Federal Practice and Procedure* §4448 (2d ed. 2002)].

⁶⁷ V.o. en ingles: “adequately represented by someone with the same interests who [was] a party”.

⁶⁸ *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. at 798.

⁶⁹ *Montana v. United States* 440 U.S. at 155. In that case the Supreme Court found that the subject non-party bound by the judgment, the United States, had an active role in: –requiring the first suit to be filed, – reviewing and approving the complaint, – assuming responsibility for attorney’s fees and costs, – strategizing and directing an appeal from a State District Court to a State Supreme Court, – entering an appearance and submitting a brief in the capacity of amicus before a State Supreme Court, – directed the filing of a notice of appeal to the U.S. Supreme Court, and –cause petitioner abandonment of judicial appeal pursuant advice of the Solicitor General of the United States./ *Montana* suggests that the standard for “controlling a proceeding” entails a totality of circumstances analysis.

decisión recaída en el primer procedimiento⁷⁰. Por tanto, la preclusión opera cuando una persona no considerada parte (*non-party*) en una primera acción interpuesta procede posteriormente a interponer una acción en su calidad de agente, en representación de alguien que fue considerado parte en una decisión judicial primigenia y que, por tanto, se encuentra sometido o vinculado por tal decisión.

La sexta excepción se establece en aquellos casos en los que existan normativas específicas que impidan la interposición de sucesivas acciones litigiosas por parte de personas que han sido consideradas como no-parte (*non party*), en procedimientos de Derecho de sucesiones o de insolvencia⁷¹. Con la finalidad de ser comprensivos, debe de resaltarse que en los EE UU en el año 2008 el Tribunal Supremo anuló una excepción basada en una “representación virtual”, que se encontraba relacionada con la excepción denominada “*non-party preclusion*” (preclusión por una acción en la que no fue parte), la misma que originariamente había sido desarrollada por los Circuitos de Apelaciones Judiciales Octavo, Noveno y de D.C.⁷². En clara contradicción con lo establecido por el Tribunal Supremo en el caso *Richards*⁷³, los Circuitos de Apelaciones antes mencionados basaron su decisión en un estándar multifactorial aplicado a la “representación virtual” que permitió la aplicación de la cuestión denominada “*non-party preclusion*” (preclusión por una acción en la que no fue parte) en aquellos casos que se encontraran más allá de la aplicación de las seis excepciones anteriormente identificadas⁷⁴.

La segunda aproximación del test de “triple identidad”—causa de la acción o del asunto—, según el *common law* de los EE UU, es de amplio contenido, al igual que sucede con su correlativo del *civil law*. Específicamente, mientras que el estándar del test de “triple identidad” de la cosa juzgada solamente establece que “una decisión final que se encuentre basada en fundamentos jurídicos limita la interposición de futuras acciones que se encuentren basadas en la misma causa de la acción, ya sea por parte de las partes afectadas o

⁷⁰ *Chicago, RI & PR Co. v. Schendel*, 270 U.S. 611, 620–623 (1926).

⁷¹ *Martin v. Wilks*, 490 US 755, 762 (1989).

⁷² *Vid. Taylor v. Sturgell*, 553 U.S. 880 (2008).

⁷³ *Richards*, 517 U.S. at 793.

⁷⁴ Mientras que el Sexto Circuito en el asunto *Becherer v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner and Smith, Inc.*, 143 F. 3d 415, 423 (6th Cir. 1999), señaló que “*virtual representation*” was no broader than “*adequate representation*” as the Supreme Court had defined in *Richards*, the test enunciated by the Eighth, Ninth, and DC Circuits, amplified the Supreme Court’s holding in *Richards*. This conflict between the Circuits expressly and directly with the Supreme Court was laid to rest by the Court in *Taylor*, 553 U.S. at 894.

por terceros interesados”⁷⁵, el principio de cosa juzgada limita o precluye la interposición repetida de acciones judiciales que tengan que ver con todas las mismas causas de la acción, las defensas, incluida las defensas afirmativas, las mismas que estaban disponibles para su interposición por parte de las partes partícipes en la primera acción, pero no fueron interpuestas en ese momento⁷⁶. En tal sentido, el marco bajo el cual una causa de la acción que no fue interpuesta en el primer procedimiento, y mucho menos fue materia de identificación en el marco de la acción interpuesta posteriormente, es ajena, tanto teórica como pragmáticamente, al test de “triple identidad” que fue materia de análisis en las jurisdicciones del *civil law*. Esta aplicación expansiva promueve la aplicación de la doctrina de causar estado (*policy of finality*), es decir, que los tribunales no pueden revisar una determinada resolución hasta que la misma sea definitiva, doctrina que también es perseguida por la cuestión de cosa juzgada en virtud de que ésta se enfoca en la configuración actual, tanto sustantiva como transaccional, del primigenio y subsiguientes procedimientos entablados, en vez de sustentarse en mecanismos estrechos y formalistas que en vez de ayudar, vulneran a la doctrina de cosa juzgada.

C) Impedimento colateral (*collateral estoppel*)⁷⁷

La dicotomía existente entre las jurisdicciones que aplican el *civil law* y las que aplican el *common law* se encuentra sustancialmente incrementada por la doctrina de impedimento colateral (*collateral estoppel*), desde la perspectiva del *common law* de los EE UU, y por las múltiples matices que definen a tal doctrina. La denominación de impedimento colateral (*collateral estoppel*), por ejemplo, ha sido utilizada para definir los efectos de la cosa juzgada en contra de alguien que no tiene la calidad de parte (*non-party*)⁷⁸. Al margen de tales referencias, la normativa denominada *Restatement of Judgments (Second)* considera al principio de cosa juzgada como “*claim preclusion*” (la misma que no sólo involucra que la cuestión de cosa juzgada se aplica sobre la parte dispositiva de un laudo arbitral, sino que tam-

⁷⁵ Vid., v.gr., *Montana* 440 U.S. at 153.

⁷⁶ *Brown v. Felsen*, 442 U.S. 127, 131 (1979).

⁷⁷ Dicho término hace referencia en términos generales al carácter vinculante que tiene una determinada sentencia, que imposibilita que se vuelva a litigar en contra de una determinada persona sobre cuyos asuntos o cuestiones judiciales ya se ha resuelto

⁷⁸ Vid. *Montana*, U.S. at 154 (observando que “*preclusion of such non-parties falls under the rubric of collateral estoppel rather than res judicata because the latter doctrine presupposes identity between causes of action*”).

bién se aplica sobre el razonamiento subyacente contenido en él), y a la figura de impedimento colateral (*collateral estoppel*) como “*issue preclusion*”⁷⁹. Adicionalmente, la figura denominada “*offensive collateral estoppel*” (“impedimento colateral ofensivo”) ha sido definida como la instancia en la cual un demandante pretende evitar que una parte demandada pueda volver a litigar sobre un mismo asunto, en el cual dicha parte demandada haya participado en un anterior litigio contra la *misma(s)* o contra *diferente(s)* parte(s), y obtenido un resultado insatisfactorio a sus intereses. El corolario denominado “*defensive collateral estoppel*” (“impedimento colateral defensivo”) constituye una situación en la cual una parte demandada intenta evitar que una parte demandante pueda volver a litigar sobre un mismo asunto en el cual dicha parte demandante haya participado en un anterior litigio contra la *misma(s)* o contra *diferente(s)* parte(s), y obtenido un resultado insatisfactorio a sus intereses⁸⁰.

La doctrina denominada *collateral estoppel* (o “impedimento colateral”) puede ser aplicable tanto sobre cuestiones de hecho como de derecho, y su aplicación surge como resultado del cumplimiento del test de “triple identidad”⁸¹. Al igual que sucede con la cosa juzgada, la doctrina de “*collateral estoppel*” no requiere que exista una relación jurídica *idéntica* entre las partes. En vez de ello, el criterio de “identidad sustancial” debe de ser suficiente, asumiendo que exista una importante similitud de intereses⁸².

Propiamente, la doctrina denominada “*estoppel*” (que precluye las acciones) reconoce una excepción para “puras cuestiones de Derecho” (“*unmixed questions of law*”) que surjan como resultado de la inter-

⁷⁹ Si bien es cierto que modernamente se identifica al concepto de “*issue preclusion*” como sinónimo de “*collateral estoppel*”, se tiene que existe una ligera diferencia dado que el término de “*issue preclusion*” hace referencia sobre una cuestión de hecho o de derecho que ya ha sido resuelta en un procedimiento judicial anterior, y sobre la cual no puede volverse a interponer una acción judicial si es que involucra a las mismas partes o a terceros que se podrían ver afectados.

⁸⁰ *Vid.*, v.gr., *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, 439 U.S. 322, 326 n.4 (1979).

⁸¹ *Montana*, 440 U.S. at 154–155.

⁸² *Vid.*, v.gr., *In Re Gottheiner*, 703 F. 2d. 1136, 1140 (9th Cir. 1983). *Vid.* también *Stratosphere Litigation LLC v. Grand Casinos*, 298 F. 3d 1137, 1142 n.3 (9th Cir. 2002) (señalando que una parte tiene interés cuando “*so identified in interest with a party to former litigation that he represents precisely the same right in respect to the subject matter involved*”.); *Shaw v. Hahn*, 56 F.3d 1128, 1131–32 (9th Cir. 1995) (*finding privity when the interests of the party in the subsequent action were shared with an adequately represented by the party in the former action*); *U.S. v. ITT Rayonier, Inc.*, 627 F.2d. 996, 1003 (9th Cir. 1980) (“[A] ‘*privity*’ may include those whose interests are represented by one with authority to do so”).

posición de acciones sucesivas que involucren reclamaciones significativamente no relacionadas. Y en este contexto el adjetivo de “puras” (“*unmixed*”) y el adverbio de “significativamente” son especialmente relevantes. Aún cuando el efecto preclusivo se adhiera de manera concluyente sobre la interposición de acciones futuras, ya sean éstas cuestiones de hecho o de derecho que fueron materia de interposición, o que podrían haber sido interpuestas en un procedimiento anterior, se reconoce en términos generales la existencia de una excepción en aquellas situaciones en que se esté decidiendo un determinado caso por parte de un juez o tribunal judicial y que éstos hayan articulado una regla o principio de derecho; en tal sentido, una persona considerada parte en un procedimiento subsiguiente –*en base a una demanda diferente*– no se encuentra precluido o limitado de argumentar que la regla o principio de Derecho articulado tiene una interpretación distinta. Sin embargo, esta excepción se encuentra limitada únicamente en aquellos casos en los que una cuestión puramente jurídica fue materia de pronunciamiento en la primera acción (una pura cuestión de Derecho) y reconvenida en un subsiguiente procedimiento, basado en una demanda distinta al primero. “Pero un *hecho, cuestión, o Derecho* que haya sido especialmente decretado en la acción judicial originaria no puede ser materia de controversia en caso se interponga una subsiguiente acción, aún cuando la decisión a la que se ha llegado fue resultado de una consideración errada o por una errónea aplicación del Derecho”⁸³⁸⁴.

La doctrina de *collateral estoppel* (“impedimento colateral”), según la perspectiva del *common law* de EE UU, desarrolla aún otra distinción que incrementa aún más la brecha existente entre el *common law* y el *civil law*, en lo que respecta a la denominada “*doctrine of preclusion*” (“doctrina de preclusión”), que a su vez es aplicable al arbitraje internacional. En todas las jurisdicciones de *civil law* que se relacionan con esta cuestión el principio de cosa juzgada se aplica solamente a la parte resolutive (*dispositif*) o al fallo específico. La doctrina de “*collateral estoppel*” (“impedimento colateral”) amplía extensivamente el ámbito de éste efecto preclusivo, que será de aplicación tanto a los fundamentos de hecho y de derecho en virtud de los cuales se dicta el fallo decisorio. A consecuencia

⁸³ *United States v. Moser*, 266 U.S. 236, 242 (1924). This exception is commonly referred to as the “*Moser Exception*” based upon the style of the seminal case on this point.

⁸⁴ V.o. en inglés: “*But a fact, question, or right distinctly adjudged in the original action cannot be disputed in a subsequent action, even though the determination was reached upon an erroneous view or by an erroneous application of the law*”.

de ello, la probabilidad de selección de foro (*forum shopping*) y el desarrollo de una hábil estrategia –buscando “dar un segundo mordisco a la manzana”– es susceptible de medición y de ser sustancialmente restringida.

En consecuencia, el argumento aquí sostenido será en relación a los principios fundamentales del arbitraje internacional (autonomía de la voluntad de las partes, uniformidad, estándar de transparencia, eficiencia y finalidad) los cuales serán objetivos de promoción y de eficacia. La huella sustantiva/transaccional de la doctrina de la preclusión, desde la perspectiva del *common law* estadounidense, a pesar de sus múltiples excepciones y sutilezas, se constituye claramente en un sistema definido que milita hacia la uniformidad en este campo que es intrincadamente fragmentado. La urgencia en relación a ello no significa una desenfrenada imposición a gran escala de la doctrina de cosa juzgada y “*collateral estoppel*”, desde el punto de vista del *common law* de EE UU. En vez de ello, la sugerencia es mucho más modesta y menos audaz. Tal sugerencia se encuentra solamente limitada a destacar las posibles virtudes de una aproximación sustantiva / transaccional que trascienda de la aplicación literal y estandarizada de un precepto que es excesivamente limitado y formalista y que propicia una dispar y fragmentada aplicación de la doctrina de preclusión (*doctrine of preclusion*), la misma que propicia evitar la aplicación del principio de cosa juzgada. A lo largo de éstas líneas, la exigencia de un estándar sustantivo / transaccional que regule el principio de cosa juzgada se encuentra destacada y reproducida de una manera más que evidente en el contexto de la resolución de controversias internacionales; y está conformando una doctrina universalmente aceptada de precedente vinculante o *stare decisis*⁸⁵.

⁸⁵ Obviamente, la aplicación mecánica y teórica del principio de cosa juzgada y del de *colateral estoppel* (impedimento colateral) no están exentos de sus propias dificultades. Para ilustrar un ejemplo ilustrativo, el ámbito de aplicación de la denominada *Moser Exception* usualmente presenta dificultades en su delineación, sobre todo en aquellos casos donde hay una congruencia parcial con el objeto litigioso de la primigenia controversia. A pesar de estos obstáculos, si se tomara seriamente la necesidad de uniformidad en la aplicación del principio de cosa juzgada, se tiene que aún queda la cuestión de orden público, renuncia, reforma del test de triple identidad, y el ámbito de aplicación a la parte resolutoria (*dispositif*), los cuáles se constituyen en obstáculos para beneficiar a un estudio inter-cultural e inter-sistemático de la doctrina de cosa juzgada, con énfasis en aquellos sistemas que resaltan la aplicación expansiva.

D) La división del *common law* de EE UU respecto del efecto de cosa juzgada que incorpora un laudo arbitral emitido por primera vez, sobre futuros procedimientos arbitrales: ¿una cuestión a ser determinada por un árbitro o por un Tribunal judicial?

El Circuito de Tribunales de Apelaciones de los EE UU se encuentra en radical desacuerdo en relación con la cuestión de si la defensa de la cosa juzgada en razón a la existencia de un primer laudo arbitral debe de ser determinada por un juez o tribunal judicial o por un tribunal arbitral. Dicha cuestión se fundamenta en la divergencia de puntos de vista que yuxtaponen dos cuestiones cruciales. La primera cuestión estriba en el hecho de si la defensa de la cuestión de cosa juzgada basada en los argumentos de la controversia, ¿no debería ser una materia arbitrable, en virtud de la terminología extensiva del acuerdo o cláusula arbitral?. Esta pregunta debe a su vez ser armonizada con otra pregunta sucesiva: teniendo en cuenta que los jueces y tribunales judiciales aplican el efecto preclusivo de una determinada decisión judicial sobre los procedimientos subsiguientes, ¿no deberían dichos jueces y tribunales, en vez del árbitro, establecer los fundamentos para la defensa del principio de cosa juzgada? En otras palabras más sencillas ¿cuál es el reparto de competencias entre los tribunales arbitrales y las tribunales estatales en la determinación de la defensa de la cosa juzgada?.

Tres diferentes análisis que conllevan a respuestas diametralmente opuestas en relación a esta cuestión, configuran actualmente la jurisprudencia de los EE UU en lo que respecta a esta limitada cuestión, pero que es de naturaleza muy crítica.

En el supuesto resuelto por el Noveno Circuito de los Tribunales de Apelaciones (*Ninth Circuit Court of Appeals*) en el caso *Chiron Corp. v. Ortho Diagnostic Systems, Inc*⁸⁶, tras haberse emitido un laudo arbitral, la parte cuyos intereses se vieron desestimados (que tuvo la condición de solicitante y demandante en las siguientes acciones) presentó una modificación sobre el plan de negocios dentro del marco de una empresa en participación (*joint venture*) que tenía con la parte contraria, que fue rechazada. La cuestión relativa a la modificación / plan de negocios era una cuestión que se encontraba fuera del ámbito del contrato de la empresa en participación (*joint venture*), el mismo que había sido base para el procedimiento arbitral originario. Con

⁸⁶ *Chiron Corp. v. Ortho Diagnostic Systems, Inc.*, 207 F.3d 1126 (9th Cir. 2000).

base en la falta de aceptación de la propuesta, el solicitante —la empresa Chiron Corp (“Chiron”) decidió interponer un segundo procedimiento arbitral con el objeto de resolver la controversia. El demandado, la empresa Ortho Diagnostic Systems (“Ortho”), se opuso al segundo procedimiento arbitral al amparo de la supuesta teoría de que las nuevas reclamaciones que interpuso Chiron eran idénticas a aquellas interpuestas en el primer procedimiento arbitral, y, por tanto, el segundo procedimiento arbitral debía de ser desestimado en función de la doctrina de cosa juzgada.

El solicitante procedió a interponer un procedimiento para que se dictase una sentencia declaratoria ante los Tribunales del Distrito Federal, con la finalidad de obtener una resolución que ordenase iniciar un segundo arbitraje y adicionalmente se dio traslado para que se dictase una orden de acuerdo a lo establecido en la Sección IV de la Ley Federal de Arbitraje (*Federal Arbitration Act* (“Act”). Por su parte, Ortho respondió mediante el envío de una moción obligatoria por la cual contravenía (*obligatory cross-motion*) lo señalado por Chiron y solicitaba a su vez un juicio sumario, en virtud del cual se afirmara que el laudo arbitral obtenido en el primer procedimiento contenía la fuerza de cosa juzgada sobre todas las reclamaciones que Chiron pretendía interponer en el segundo procedimiento arbitral⁸⁷.

El Tribunal Distrital resolvió a favor de Chiron, concediéndole su petición de obligar a las partes a resolver sus controversias en un segundo arbitraje, y por ende denegó lo solicitado por Ortho de que se aplicase un juicio sumario. Asimismo, dicho tribunal resolvió confirmando la pretensión presentada por Ortho, en virtud de la cual se confirmaba el primer laudo arbitral. Ortho, por su parte, procedió a estructurar una apelación, en la que se pretendía dejar sin efecto lo resuelto por el Tribunal Distrital, al haberse inclinado en de Chiron en lo que se refiere a su moción por la cual obligaba al arbitraje.

En sede de revisión de la apelación, el Noveno Circuito de los Tribunales de Apelaciones (*Ninth Circuit Court of Appeals*) confirmó la orden del tribunal distrital que obligaba a arbitraje y muy ingeniosamente estructuró la cuestión relativa a “[s]i la objeción por parte de Ortho, basada en el principio de cosa juzgada e interpuesta contra los alegatos de Chiron, era, por sí misma, materia arbitrable, lo que también dio lugar a una nueva cuestión relacionada a *quien* es la que determina el efecto preclusivo de un laudo arbitral que fue dictado con

⁸⁷ *Id.* at 1129.

anterioridad, o es el tribunal judicial o es el tribunal arbitral”⁸⁸⁸⁹. Al confirmar la orden del tribunal distrital, el Noveno Circuito analizó cinco proposiciones cruciales.

En la primera, el Noveno Circuito entendió que el ámbito de aplicación de la cláusula arbitral era “amplio” y que en virtud de la literalidad de sus términos, que establecían que ante cualquier controversia las partes solucionarían sus controversias mediante arbitraje. En concreto que “[c]ualquier disputa, controversia o reclamación que surja o se encuentre relacionada con la validez, desarrollo, aplicación o ejecución”⁹⁰ del contrato en vigor⁹¹. En similar sentido, el Tribunal también subrayó que el objeto del acuerdo arbitral establecía que “[c]ualquier decisión establecida en el laudo por parte de un tribunal neutral, puede ser objeto de recurso ante cualquier Juez o Tribunal judicial que tenga competencia en dicha jurisdicción”⁹²⁹³. Por tanto, el tribunal concluyó que “la defensa de la cosa juzgada, en ninguna parte, es tratada de manera diferente o individualizada para su exclusión. En vez de ello, el argumento señalado en *Ortho* que establece que la cosa juzgada sea tratada como un caso especial, pareciera encontrarse basada en la noción que el juez o tribunal de turno tomará una mejor decisión que el árbitro o que es algo ciertamente injusto el dejar esta cuestión a la decisión de un árbitro. Nosotros no tenemos que seguir ese camino. El precedente *Ortho* ha optado ya por arbitrar todas las controversias que surjan del contrato”⁹⁴⁹⁵.

En la segunda proposición, el Noveno Circuito, haciendo mención a que se encontraba vinculado por lo establecido por la Corte Suprema en el precedente *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*⁹⁶.

⁸⁸ *Id.* en 1132 (énfasis en el documento original).

⁸⁹ V.o.: “[w]hether *Ortho*’s *res judicata* objection to *Chiron*’s claims is itself arbitrable also raises the separate issue of who determines the preclusive effect of an earlier arbitration award, the court or the arbitrator”.

⁹⁰ V.o.: “[a]ny dispute, controversy or claim arising out of or relating to the validity, construction, enforceability or performance”.

⁹¹ *Id.* en 1130.

⁹² *Id.* en 1133.

⁹³ V.o.: “[a]ny judgment upon the award rendered by the neutral may be entered in any court having jurisdiction thereof”.

⁹⁴ *Id.* en 1132.

⁹⁵ V.o.: “[n]owhere is the defense of *res judicata* treated differently or singled out for exclusion. Rather, *Ortho*’s argument to treat *res judicata* as a special case appears premised on the notion that the court will make a better decision than the arbitrator or that it is somehow unfair to leave this issue to an arbitrator. We need not go down that path. *Ortho* already opted to arbitrate all disputes arising under the agreement.”

⁹⁶ *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.* 514 U.S. 52 (1995).

reiteró que “los tribunales distritales descubrieron correctamente que la ley federal sobre arbitrabilidad (FAA, por sus siglas en inglés) regula la distribución de competencias entre los jueces y tribunales judiciales y los árbitros”⁹⁷⁹⁸. El corolario de tal premisa es que la selección general de cláusulas en acuerdos arbitrales no incorpora normas estatales que regulen la distribución de competencias entre los tribunales judiciales y los árbitros.

En la tercera, tras reconocer que no ha dictado precedente alguno respecto a la competencia que los tribunales judiciales o los tribunales arbitrales tienen en la determinación de la defensa de cosa juzgada en un segundo arbitraje, el Noveno Circuito consideró “persuasivo el análisis realizado por el Segundo Circuito, [en virtud del cual] una objeción contra la cosa juzgada en base a un previo procedimiento arbitral es una defensa legal que, a su vez, es un componente de una controversia en relación al fondo del asunto y que debe de ser considerada por un árbitro, más no por un juez o tribunal judicial”⁹⁹¹⁰⁰.

En la cuarta, el argumento por el cual se señala que la defensa de la cosa juzgada no depende de la interpretación del acuerdo arbitral y, en consecuencia, se encuentra fuera del ámbito de cuestiones “arbitrables”, fue un argumento que fue rechazado por el Segundo Circuito, que el Noveno Circuito también lo rechazó¹⁰¹.

En la quinta, el tribunal también rechazó las alegaciones del apelante, en virtud de la cual se señalaba que la Sección 13 de la FAA que reconoce que una decisión arbitral se encuentra *in pari materia* con una decisión judicial, y en línea con dicho argumento se continuaba diciendo que los jueces o tribunales lógicamente deberían adjudicar por tanto su efecto preclusivo. Al desestimar dicha alegación, el Noveno Circuito consideró que el 9 U.S.C. § 13 difícilmente establece “que *forum* o *quienes* son los encargados de determinar el efecto de

⁹⁷ *Id.* en 1131.

⁹⁸ V.o.: “the district court correctly found that the federal law of arbitrability under the FAA governs the allocation of authority between courts and arbitrators”.

⁹⁹ *Id.* (citando a *National Union Fire Ins. Co. v. Belco Petroleum Corp.*, 88 F.3d. 129 (2d Cir. 1996); *John Hancock Mutual Life Ins. Co. v. Olick*, 151 F.3d. 132 (3d Cir. 1998)).

¹⁰⁰ V.o. en inglés: “the Second Circuit’s analysis persuasive [in that] a res judicata objection based on a prior arbitration proceeding is a legal defense that, in turn, is a component of a dispute on the merits and must be considered by the arbitrator, and not the court”.

¹⁰¹ *Id.*

una decisión [resultante de un laudo arbitral]”¹⁰². Asimismo, la forma en que se encuentra establecido el 9 U.S.C. § 13 “oculta el hecho de que aún cuando una decisión, a la cual se ha llegado mediante un laudo arbitral confirmatorio, tenga la misma fuerza y efecto bajo las reglas de la FAA que una decisión judicial, para el propósito de ejecución; se tiene que tal situación no es del todo igual a una decisión judicial para todos los propósitos”¹⁰³¹⁰⁴.

El Noveno y el Segundo Circuito del Tribunal de Apelaciones, aún cuando no lo hayan articulado de manera expresa, han retomado, en lo que atañe al arbitraje internacional, el principio fundamental de autonomía de partes a los efectos de determinar la asignación de jurisdicción y competencia que corresponde entre los tribunales judiciales y los tribunales arbitrales en cuestiones relativas a la resolución de la defensa del principio de cosa juzgada que ocurra como resultado de la interposición de tal defensa en un segundo procedimiento arbitral que se lleve entre las mismas partes, e involucre las mismas cuestiones subyacentes a la cuestión controvertida.

Aún cuando no lo haya señalado expresamente, al resolver la asignación de competencia y jurisdicción entre un tribunal arbitral y un tribunal judicial con la finalidad de determinar la defensa del principio de cosa juzgada que derive de la existencia de un procedimiento arbitral anterior entre las mismas partes y con el mismo objeto litigioso, el Tribunal de Apelaciones del Circuito Primero mantiene una posición analítica y contraria a los Tribunales de los Circuitos Segundo y Noveno, dado que dicho tribunal no toma en consideración el

¹⁰² V.o. en inglés: “*which forum or who determines the effect of the judgment [resulting from an arbitration award].*”].

¹⁰³ *Id.* at 1133. Dos diferencias básicas distinguen a los laudos arbitrales confirmatorios y a las decisiones (sentencias) resultantes de un procedimiento judicial. Al principio, la Ley [de Arbitraje] solamente requiere que un Juez o Tribunal judicial pueda dictar una decisión respecto a un laudo arbitral sin necesidad de revisar el fondo del laudo o sus fundamentos jurídicos. Además, un laudo arbitral no es apelable, sino más bien sólo susceptible de anulación si se cumplen los limitados y estrictos requerimientos establecidos en 9 U.S.C. §§ 10 o 11. En total contraste, una sentencia confirmando las cuestiones de fondo de una determinada decisión es sujeta a recurso bajo los arts. 59 o 60 *Federal Rules of Civil Procedure*. Cómo es lógico, el Tribunal concluyó, que “una sentencia relativa a un laudo arbitral confirmatorio es cualitativamente diferente que una sentencia obtenida en un procedimiento judicial, aún cuando la sentencia [relativa al laudo arbitral] tiene reconocido los efectos de ejecución por la FAA” [“*a judgment upon a confirmed arbitration award is qualitatively different from a judgment in a court proceeding, even though the judgment is recognized under the FAA for enforcement purposes*”] *Id.* at 1133–34.

¹⁰⁴ V.o.: “*obscures the fact that while a judgment entered upon a confirmed arbitration award has the same force and effect under the FAA as a court judgment for enforcement purposes, it is not wholly parallel to a court judgment for all purposes.*”

recurrir a la cláusula arbitral, sino que considera lo que ha identificado como el test transaccional (*transactional test*)¹⁰⁵. Considerando que la cosa juzgada incorpora el resultado de la aplicación del test transaccional¹⁰⁶, se infiere que, a diferencia del Noveno y Segundo Circuitos, el Primer Circuito no distingue entre la cualidad, naturaleza o carácter de una resolución judicial que resulte de la confirmación de un laudo arbitral y una que se emita como consecuencia de un procedimiento judicial. En tal sentido, el Primer Circuito concluye que un laudo arbitral confirmatorio, bajo el principio de la cosa juzgada, no precluye la cuestión litigiosa que surja por las “reclamaciones de las partes que se interpongan en el procedimiento suplementario”¹⁰⁷¹⁰⁸.

A pesar de la ausencia evidente de uniformidad entre el criterio que determina la aplicabilidad del principio de cosa juzgada basado sobre el contexto de un acuerdo arbitral y que el mismo se basa en una aproximación formal transaccional, cabe subrayar que la rigurosidad de ambos análisis demuestra la adhesión a una política que enfatiza (i) una aplicación extensiva del principio de cosa juzgada, y (ii) un criterio basado en la configuración particular y específica del hecho, según ocurra en cada caso. Esta aproximación conceptual y doctrinal puede servir como una contribución útil hacia el desarrollo de una teoría uniforme del principio de cosa juzgada en el arbitraje internacional, que ciertamente debe desplazar las inconsistencias y las inadecuaciones que surjan de una aplicación restrictiva y formalista de las codificaciones de la doctrina de cosa juzgada que adoptan las jurisdicciones cuya raíz es el *civil law*.

¹⁰⁵ El Tribunal Judicial señala que “[u]nder this approach, a cause of action is defined as a set of facts which can be characterized as a single transaction or a series of related transactions. The cause of action, therefore, is a transaction that is identified by a common nucleus of operative facts. Although a set of facts may give rise to multiple counts based on different legal theories, if the facts from a common nucleus that is identifiable as a transaction or series of related transactions, then those facts represent one cause of action”. *Apparel Art International Inc. v. Amertex Enterprises Ltd.* 48 F.3d. 576, 583–84 (1st Cir. 1995).

¹⁰⁶ Los factores que deben de ser considerados en el test transaccional incluyen (i) si los hechos están relacionados en tiempo, espacio, origen o motivación; (ii) si los hechos forman una unidad de controversia conveniente (*convenient trial unit*); (iii) si el tratar los hechos como una unidad, es conforme con las expectativas de las partes; y (iv) la naturaleza del daño o afectación por la cual los litigantes buscan ser resarcidos Id. at 584.

¹⁰⁷ Id. n° 585.

¹⁰⁸ V.o.: “[t]he party’s claims as contained in the supplementary proceeding”.

III. Transformando el arbitraje inversor–Estado en uno de revisión supervisora–supervisora: los dilemas de los precedentes *Saipem* y *Gea Group*

1. Una cuestión aún no resuelta

La pregunta inexorable y fundamental sobre si el principio de cosa juzgada debe de aplicarse a los arbitrajes basados en tratados se encuentra aun en proceso de determinación. De hecho, esta pregunta crucial ha sido objeto de muy pocos análisis, a pesar de la plétora de decisiones que reconocen a la cosa juzgada como un principio consagrado e importante del Derecho internacional general. La urgencia de tratar sobre este tema, por lo que aquí se ha afirmado, deviene del laudo arbitral dictado por un tribunal del CIADI en el asunto *Saipem S.p.A. v. La República Popular de Bangladesh*¹⁰⁹ (“*Saipem*”) y, en un

¹⁰⁹ CIADI, Caso No. ARB/05/07, Laudo, 30 de Junio de 2009 (“Laudo Saipem”). Para propósitos del presente estudio, una extensiva reseña de los hechos que configuran al caso Saipem S.p.A. no es necesaria. Es suficiente solamente resaltar el contorno de los hechos fácticos. El demandante, Saipem S.p.A. (“Saipem”) es una empresa italiana. El 14 de febrero de 1990, Saipem procedió a dar cumplimiento a un contrato que tenía con una empresa estatal de Bangladesh, activa en el sector minero e hidrocarburífero (“Petrobangla”). Petrobangla es una empresa estatal de Bangladesh, que se constituyó bajo la Ley de Empresas del Sector Minería e Hidrocarburos de Bangladesh (Bangladesh Oil, Gas and Mineral Corp Act) del año 1985, la misma que fue modificada por la Ley de Empresas del Sector Minería e Hidrocarburos de Bangladesh del año 1999. El propósito del contrato estribaba en construir un oleoducto de 400 Km. con la finalidad de transportar condensados y gas a lugares ubicados en la sección noreste de Bangladesh. Es importante resaltar que el proyecto debía de ser culminado en una determinada fecha, no obstante fue dilata-do considerablemente. Las razones del retraso fueron atribuidas a controversias que surgieron entre las partes, y tras haber negociado ampliaciones del plazo, surgieron desavenencias relacionadas al pago de daños compensatorios (*compensatory damages*) como consecuencia de los retrasos del proyecto, situación que conllevó a la interposición de una petición para arbitraje el 7 de junio de 1993, en concordancia con una cláusula arbitral del contrato que establecía que la solución de controversias se debía de llevar a cabo ante un arbitraje en la CCI. A pesar de las solicitudes interpuestas por Petrobangla ante múltiples tribunales con la finalidad de obtener la revocación del procedimiento arbitral ante la CCI y su suspensión, las mismas que fracasaron, se tiene que el día 30 de abril de 2001 el tribunal arbitral de la CCI reanudó el procedimiento y finalmente, tras aproximadamente 2 años, dictó un laudo (9 de mayo de 2003), estableciendo que Petrobangla había incumplido sus obligaciones contractuales de compensar a Saipem por las ampliaciones de plazo y por el trabajo adicional que dicha compañía tuvo que realizar, ordenándole que pagara a Saipem la suma total de US\$ 6,148,770.8 más EUR 110,995.92 Laudo Saipem en 48. Los Tribunales de Bangladesh anularon el laudo de la ICC, y el día 5 de Octubre de 2004 Saipem interpuso un requerimiento arbitral ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. El Tribunal de CIADI resolvió a

precedente más reciente, el laudo de CIADI dictado en el asunto *GEA Group Aktiengesellschaft vs. Ucrania*¹¹⁰ (“*GEA Group*” o “*GEA*”). Aún cuando se ha derramando considerable tinta en analizar este precedente, más que en el precedente del Laudo *Saipem*, las cuestiones que dieron lugar a ambos procedimientos no han sido analizadas dentro del marco de finalidad / preclusión del principio de cosa juzgada. Asimismo, aún cuando el laudo dictado en *Saipem* merecidamente ha sido objeto de gran desaprobación desde la perspectiva de la crítica académica, debe retenerse que el tribunal que resolvió en el asunto *GEA Group*, tal como desarrollaremos a mayor detalle más adelante, casi, de manera lamentable, limita su desestimación a argumentos técnicos, estructurados según las muy limitadas cuestiones que las partes presentaron en el asunto *GEA Group*, y basados en elaboraciones fácticas, más no en distinciones conceptuales.

El Profesor Reisman ha escrito acertadamente que¹¹¹, “si bien el precedente *Saipem* es finalmente cauteloso, constituye, sin embargo, un precedente muy alejado de sus implicaciones, dado que adapta los mecanismos del Derecho internacional de las inversiones, tal como está expresado en los tratados bilaterales de inversión, para proporcionar una revisión para el apropiado cumplimiento por parte de los jueces y tribunales nacionales acerca de sus responsabilidades bajo la Convención de Nueva York”¹¹² (traducción propia). En relación con ello, el Profesor Reisman conceptualiza el insólito papel que el Tribunal del caso *Saipem* ha desplegado para los tribunales internacionales, como un foro “supervisor–supervisor”. Extrapolando simplemente de una forma muy superficial las observaciones del Profesor Reisman, resulta que el laudo del caso *Saipem*, a pesar de haber sido cu-

favor de *Saipem* y en parte señaló: “*After having carefully reviewed the arguments of the parties in having taken into account all the circumstances of the case, and in particular the fact that the expropriation rites at hand were Saipem’s residual contractual rights under the investment as crystallized in the ICC Award..., the Tribunal considers that in the present case the amount awarded by the ICC Award constitutes the best valuation of the compensation due under the Chorzów Factory principle*” (Id. en 202). En conclusion, el Tribunal estableció que “*the expropriation of the right to arbitrate the dispute in Bangladesh under the ICC Arbitration Rules corresponds to the value of the award rendered without the undue intervention of the court of Bangladesh*” (Id. at ¶ 204).

¹¹⁰ CIADI Caso No. ARB/08/16, Laudo, 31 de Marzo de 2011 (“Laudo GEA”).

¹¹¹ V.o. en inglés: “*Saipem if ultimately cautious is nonetheless far-reaching in its implications, for it adapts the mechanisms of international investment law as expressed in bilateral investment treaties to serve as a review for the proper discharge by national courts of their responsibilities under the New York Convention*”.

¹¹² W.M. Reisman & H. Iravani, “The Changing Relation of National Courts and International Commercial Arbitration”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 21, 2011, p. 5.

bierto con el manto de ser un precedente muy circunscrito y particular, limitado sola y exclusivamente a un extraordinariamente particular conjunto de hechos, tiene los efectos prácticos y teóricos de (i) defender desde los foros judiciales estatales, sus obligaciones normativas con respecto a la Convención de Nueva York, (ii) transformar y modificar a los tribunales internacionales como una segunda instancia de apelaciones que decidan la manera por la cual los tribunales estatales procesarán las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias, (iii) limitar sustancialmente el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York, (iv) configurar una nueva categoría de “inversiones” bajo lo establecido por el art. 25 del Convenio de CIADI, (v) desnaturalizar el arbitraje comercial internacional, (vi) instaurar procedimientos arbitrales más duplicativos, y (vii) menoscabar los preceptos elementales que subyacen generalmente sobre el arbitraje internacional.

Un segundo doctrinario, muy diligentemente, ha identificado que las críticas sobre el precedente *Saipem* permite “vestir” a los casos de arbitraje internacional como controversias en base a tratados Estado–inversor¹¹³. Continuando con ésta línea de pensamiento reflejada en *Saipem* y en el posterior asunto *GEA Group*, la doctrina se ha aventurado a opinar que *Saipem* debe ser considerado como un “precedente”. En un muy diligente análisis, se señaló¹¹⁴ que “hasta donde los precedentes han analizado, la decisión *Saipem* ha probado ser una decisión controvertida”¹¹⁵ (traducción nuestra). En concreto P. Nair explica cómo los tribunales, posteriores a la decisión *Saipem*, se han decantado, muy cuidadosamente, por no ser considerados como órganos que deciden sobre cuestiones ya decididas por jueces y tribunales nacionales y por no constituirse como un órgano de apelación supranacional, “en muchos aspectos, la aproximación de *Saipem* ha llegado a ser considerablemente menos aplicada”¹¹⁶¹¹⁷ (traducción nuestra).

Las innumerables debilidades e incertidumbres que se suceden sobre la muy conocida doctrina de “precedente” en las cuestiones de

¹¹³ R. Teitelbaum, “Case Report on *Saipem v. Bangladesh*”, *Arb. Int'l*, vol.26, n° 2, 2010, p. 313.

¹¹⁴ V.o. en inglés: “[a]s far as precedent goes, the *Saipem* decision has proved to be controversial”.

¹¹⁵ P. Nair, “State responsibility for non–enforcement of arbitral awards: revisiting *Saipem* two years”, *Kluwer Arbitration Blog* (25 August 2011).

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ V.o. en inglés: “in many respects, the *Saipem* approach has come to be considerably diluted”.

arbitraje inversor–Estado, conlleva a la pregunta de si doctrinalmente las cuestiones que el laudo *Saipem* ha desarrollado deben de ser materia de consideración y debate dentro de los parámetros de la ley de “precedente”. Si transparencia y certeza deben de ser considerados seriamente, el presente artículo debe de ser tomado en cuenta desde una diferente construcción doctrinal. Es aquí donde el principio de cosa juzgada se convierte en determinante. En resumen, el más reciente laudo de CIADI al día de hoy que toma en cuenta lo señalado en *Saipem* y que basa sus argumentos en análogas afirmaciones –*GEA Group*– al menos desde una perspectiva procedimental y de acuerdo a las afirmaciones del solicitante, se encuentra muy lejos de desestimar, *conceptualmente*, lo señalado en *Saipem*.

2. Una estricta desarticulación de lo resuelto en *GEA Group*

Tal como se señaló en *Saipem*, el solicitante en el asunto *GEA Group* mantuvo una relación contractual con una compañía propiedad de un Estado (en este caso *Ucrania*), a la cual *GEA Group*¹¹⁸ proveería a la empresa *Oriana* con 200.000 toneladas del combustible *Naphta*¹¹⁹. Posteriores acuerdos con *Oriana* relacionados a la entrega de los productos del “*Conversion Contract*” fueron ejecutados (se incluía un “Acuerdo de Deuda” o en inglés “*Settlement Agreement*”, y un “Acuerdo de Pagos” o en inglés “*Repayment Agreement*”). Ante la imposibilidad de poder resolver las controversias relacionadas a la deuda resultante de la diferencia entre aquellos productos que debieron haberse entregado y / o aquellos otros que ya hayan sido entregados o se encuentren listos para entregarse, dio lugar a que se interponga una solicitud de arbitraje ante la CCI en contra de *Oriana*¹²⁰. El tribunal arbitral dictó un laudo a favor de *GEA Group*, ordenando la suma de US\$ 30.381.661,44 por compensación de daños (*compensa-*

¹¹⁸ Su predecesor con interés en este asunto fue la empresa *Klöckner & Co. Aktiengesellschaft* (denominada como “*New Klöckner*” a lo largo del laudo). Una recopilación de los cambios de nombres y de los procedimientos de fusión de las empresas que antecedieron a *GEA Group* se encuentran detalladas cuidadosamente en el laudo, tanto así que se incluye un gráfico que ilustra las sociedades, subsidiarias y las relaciones que existían entre todas sus empresas predecesoras. Laudo *GEA* n^{os} 32– 43.

¹¹⁹ *Vid.* Laudo *GEA* n^o 44. Durante dos años de la relación contractual (entre 1996 y 1998) el contrato operativo para la provisión de combustible *Naphta* (“*Contrato de Conversión*” o en inglés “*Conversion Contract*”) fue objeto de importantes modificaciones (147 de un total de 144 modificaciones que se hizo al contrato).

¹²⁰ *Id.* en n^{os} 56–57.

tory damages), además de intereses, costos del arbitraje, y honorarios de abogados¹²¹.

La petición de GEA ante los Tribunales Judiciales de Apelaciones de la Región Ivano–Frankivsk fue desestimada, bajo el argumento de que, según la normativa Ucraniana, Oriana no se encontraba debidamente autorizada para realizar pagos por los productos recibidos¹²².

En consonancia con el asunto *Saipem*, GEA Group interpuso una solicitud de arbitraje contra Ucrania, con base en el acuerdo de protección de inversiones (BIT, por sus siglas en inglés) que estaba en vigor entre la República Federal de Alemania y Ucrania¹²³. De manera sorpresiva, el tribunal arbitral falló en primera instancia a favor de Ucrania y en contra de GEA Group, en virtud de 4 principales argumentos que siguieron un análisis clásico, pero nunca tomaron en consideración, la aclamada “*dicta*” teoría de la preclusión.

Inicialmente, el tribunal analizó el laudo de la CCI como una tercera categoría de afirmaciones sobre inversiones que se incluían en las argumentaciones del solicitante para obtener una medida cautelar restitutoria (*relief*)¹²⁴. Concentrándose en el tenor del art. 1 del BIT o en el art. 25 de la Convención de CIADI, el tribunal señaló que “el Laudo ICC—*en sí mismo*— no puede constituir una inversión ... analizado apropiadamente, es un instrumento legal que determina derechos y obligaciones que resultan del Settlement Agreement o del Repayment Agreement, *ninguno de los cuales es por sí mismo una inversión*”¹²⁵¹²⁶ (traducción nuestra).

¹²¹ *Id.* n° 62.

¹²² El Tribunal de Apelaciones señaló: “Teniendo en cuenta el caso, el tribunal precisó que el [Repayment Agreement] fue suscrito en contravención de la legislación Ucraniana por parte de los representantes de la OJSC “Oriana”, quienes no contaban con los suficientes poderes y autorizaciones”. Tras una serie de apelaciones, la Corte Suprema de Ucrania rechazó el recurso de casación presentado por GEA. Similares esfuerzos apelatorios realizados por GEA ante la Máximo Tribunal Comercial de Ucrania y ante el Tribunal Comercial de Ivano–Frankivsk fueron rechazados”.

¹²³ Acuerdo entre la República Federal de Alemania y Ucrania para la Promoción y Protección Mutua de Inversiones, de fecha 15 de febrero de 1993.

¹²⁴ El Tribunal observó que “[t]he Claimant argues that the ICC Award, in and of itself, falls under Art. 1(1) of the BIT because it liquidated the amount due under the Settlement Agreement and Repayment Agreement as of 2002”, *Id.* n° 159.

¹²⁵ *Id.* (citaciones internas omitidas) (énfasis añadido).

¹²⁶ V.o. en inglés: “the ICC Award – in and of itself – cannot constitute an investment... [p]roperly analysed, it is a legal instrument which provides for disposition of rights and obligations arising out of the Settlement Agreement and Repayment Agreement neither of which was itself an investment.”

De hecho, la estructura gramatical establece que el tribunal decidió que el “laudo –en sí mismo– no puede constituir una inversión”, solo porque el mismo subyace en instrumentos que por sí mismos no son considerados inversiones. Mientras el tribunal, resaltando el hecho de que el cliente se confiara en *Saipem*, establece que el tribunal en ese caso configuró proposiciones que son “difíciles de conciliar”, tal como que “el arbitraje ante la CCI es parte de una inversión (bajo el título ‘¿ha hecho Saipem una inversión según el art. 25 de la Convención CIADI?’); que el Laudo CCI no es parte de una inversión (bajo el título, ‘¿la controversia surge directamente fuera de una Inversión?’); y que no es necesario decidir si el Laudo CCI es parte de una inversión (bajo el título, ‘Objeciones jurisdiccionales al BIT’)”¹²⁷, nunca consideró a la teoría o doctrina de efecto preclusivo¹²⁸.

Al referirse a la controversia existente entre las partes como “expropiación”, el tribunal se vio involucrado en un análisis contractual y notablemente se abstiene de, ya sea, (i) estar en un categórico desacuerdo con el laudo dado en *Saipem*, en base a argumentaciones conceptuales (por ejemplo, bajo ningún análisis razonable debería considerarse a un laudo otorgado en un arbitraje comercial como una inversión, y tampoco a una ineficaz ejecución como una confiscación) o (ii) de realizar una interpretación doctrinaria de la preclusión. En vez de ello, procede a distinguir *Saipem* en un simple análisis “basado en el Derecho común”.

Tras estar en desacuerdo con el análisis efectuado por el tribunal arbitral del caso *Saipem*¹²⁹, se identifica un estándar de “ley discrimi-

¹²⁷ V.o. en inglés: “the ICC arbitration is part of the investment (under the heading: ‘Has Saipem made an investment under Art. 25 of the ICSID Convention?’); that the ICC Award is not part of the investment (under the heading: ‘Does the dispute arise directly out of the Investment?’); and that it is unnecessary to decide whether the ICC Award is part of the investment (under the heading ‘Jurisdictional objection to the BIT’)”.

¹²⁸ *Ibid.*, en n^{os} 163 y 164.

¹²⁹ El Tribunal del caso *GEA Group*, resumió el análisis efectuado en *Saipem*, tal como se señala a continuación: En *Saipem*, los Tribunales judiciales de Bangladesh anularon el Laudo de ICC que resolvía a favor de *Saipem*. En el n^o 133 del Laudo, el Tribunal Arbitral señaló que la anulación de un laudo arbitral, en sí y por sí misma, no puede constituir una expropiación: “[T]he Tribunal agrees with the parties that the substantial deprivation of *Saipem*’s ability to enjoy the benefits of the ICC Award is not sufficient to conclude that the Bangladeshi courts’ intervention is tantamount to an expropriation. If this were true, any setting aside of an award could then found a claim for expropriation, even if the setting aside was ordered by the competent state court upon legitimate grounds”. El Tribunal concluyó que, basado en la circunstancias del caso, la falta de ejecución de un Laudo de ICC significaba una expropiación debido a la particular naturaleza grave de los actos de los Jueces y Tribunales de Bangladesh: “The Claimant attempts in this case [*GEA Group*] to deploy

natoria” y se encuentra que “contrario a lo establecido en *Saipem*, el Tribunal no ha tenido acceso a evidencia o prueba alguna que determinen que las acciones tomadas por los jueces y tribunales Ucranianos hayan sido ‘perjudiciales’ en sentido alguno, y que las mismas significaban cualquier cosa menos que involucraran la aplicación de la ley Ucraniana, o que las mismas fueron de algún modo utilizadas deliberadamente para impedir a GEA recuperar los montos señalados en el Laudo CCI”^{130 131}.

En tercer lugar, como una violación al principio de trato justo e igualitario, nuevamente, tras volver a señalar que el Laudo de CCI no constituye por sí mismo una “inversión”, el tribunal, aplicando el test consagrado en el precedente *Mondev International Ltd. v. United States of America*, que fue adoptado por acuerdo de las partes¹³², afirmó que “no tiene ningún ‘objeción justificada sobre la titularidad judicial en relación con el resultado’ por parte de las decisiones de los Jueces y tribunales ucranianos, en virtud de los ‘estándares generalmente aceptados de administración de justicia’. De acuerdo con ello, el tribunal concluye que no existe ningún elemento que sea ‘claramente impropio o desacreditable’ con respecto a tales decisiones, con el resultado de que las peticiones del Demandante en relación a si el Laudo CCI podría haber sido considerado como una inversión, o que dicha inversión no haya sido objeto de un tratamiento justo y adecuado, deben de ser desestimadas”¹³³¹³⁴.

this standard, contending that Ukraine committed ‘a travesty of justice in applying a discriminatory law to avoid enforcement of GEA’s Award’, *ibid.* en nºs 233–235.

¹³⁰ *Id.* nº 236.

¹³¹ V.o. en inglés: “*contrary to Saipem, the Tribunal has been presented with no evidence that the actions taken by the Ukrainian courts were ‘egregious’ in any way; that they amounted to anything other than the application of Ukrainian law; or that they were somehow deliberately taken to thwart GEA’s ability to recover on the ICC Award*”.

¹³² En el nº 312, el Tribunal señala: “*The test is not whether a particular result is surprising, but whether the shock or surprise occasioned to an impartial tribunal leads, on reflection, to justified concerns as to the judicial propriety of the outcome, bearing in mind on the one hand that international tribunals are not courts of appeal, and, on the other hand that Chapter 11 of NAFTA, like other treaties for the protection of investments is intended to provide a real measure of protection. In the end the question is whether, at an international level and having regard to generally accepted standards of administration of justice, a tribunal can conclude in the light of all the available facts that the impugned decision was clearly improper and discreditable, with the result that the investment has been subjected to unfair and inequitable treatment. This is admittedly a somewhat open-ended standard, but it may be that in practice no more precise formula can be offered to cover the range of possibilities*”, *ibid.* nº 312.

¹³³ *Id.* at nº 319.

En cuarto lugar y finalmente, la consideración del tribunal sobre el estándar de trato nacional y nación más favorecida es igualmente decepcionante por su restrictiva metodología. Únicamente busca distinguir, desde una perspectiva de los hechos, el hecho de que GEA Group se base en las reclamaciones que hizo Seychelles Company y que fueron resueltas en el caso *Regent Company v. Ukraine*¹³⁵. Aquí, el énfasis puesto en distinguir solamente el caso no puede resultar más evidente. El laudo en el caso *GEA Group*, en ciertas partes relevantes señala:

Con respecto al supuesto tratamiento injusto entre el demandante y el caso de Seychelles Co., el tribunal *no estaba convencido de que la situación de Seychelles Company sea comparable a la situación de GEA*. Desde el punto de vista del tribunal, el simple hecho de que la reclamación de Seychelles Co. no se encontrara prescrita, en sí misma, no significa nada en particular, teniendo en cuenta las diferencias en las cuestiones procedimentales que existen entre tal caso y el caso materia de análisis¹³⁶¹³⁷.

Siguiendo dicha línea de pensamiento, el tribunal encontró respaldo analítico al establecer una distinción entre pre-inversión y post-inversión, según lo señalado por el art. 6 de la *Law on Foreign Economic Activities*. Posteriormente observó que mientras dicha ley imponía en realidad grandes obstáculos a los extranjeros, para que realicen inversiones, a diferencia de sus contrapartes nacionales, el régimen post-inversión aplicaba igualitariamente y en la misma forma tanto para nacionales como para extranjeros; una distinción que por sí misma resalta en la forma más que en el fondo. Ambos argumentos tomados indistintamente, distinguen al inversor inmediato de aquel reclamante bajo el manto de Seychelles Company y concilian las asimetrías en cuanto al art. 6 de la Ley para Actividades Económicas

¹³⁴ V.o. en inglés: “investment”, the Tribunal, applying the *Mondev International Ltd. v. United States of America* test agreed to by the parties, enunciated that it “does not have any justified concerns as to the judicial propriety of the outcome” of the decisions of the Ukrainian courts in view of “generally accepted standards of the administration of justice.” Accordingly, the Tribunal concludes that there is nothing “clearly improper and discreditable” with respect to those decisions, with the result that the Claimant’s claim that, if the ICC Award would have been considered an investment, its investment has not been subject to fair and equitable treatment is rejected”.

¹³⁵ Aplicación No. 773/03, EUR Ct. H.R. (2008)

¹³⁶ *Id.* n° 342.

¹³⁷ V.o. en inglés: “With respect to the purported unequal treatment between Claimant and the Seychelles Co., the Tribunal is not convinced that the situation of the Seychelles Company is comparable to that of GEA. In the Tribunal’s view, the simple fact that the claim of the Seychelles Co. was not time-barred does not, in and of itself, mean anything in particular taking into account the differences in the procedural posture between that case and the one at hand”.

Extranjeras, facilitando la desestimación de las alegaciones de GEA Group que estribaban en la discriminación de la que eran objeto en violación del art. 3 del BIT¹³⁸.

Sería algo equivocado y aún más erróneo concluir que el tribunal del asunto GEA Group resolvió “correctamente pero con base en razones equivocadas”. En el análisis final, el tribunal llegó a la conclusión, encontrando tímidamente que “el Laudo de la CCI –*en sí y por sí mismo*– no puede considerarse como una inversión”^{139 140} (traducción nuestra). Dicho argumento, sin embargo, no puede ser objeto de separación de su sintaxis. El mismo finalmente es resultado de calificar la proposición a través de conectar conceptualmente la premisa que subyace a los hechos del caso, esto es, que el laudo “se decanta por la disposición de derechos y obligaciones que surgen del *Settlement Agreement* y del *Repayment Agreement* (ninguno de los cuales era por sí mismo una inversión)”¹⁴¹¹⁴². El análisis en el caso *GEA Group* es decepcionante en la medida en que no fue más allá, y no se atrevió a hacerlo aunque sea en parte, a sustentar sus argumentos y fallos sobre la base de la inevitable y necesaria consecuencia de desnaturalizar las bases del arbitraje comercial internacional y transformar al mismo en una controversia del tipo inversor–Estado, mientras que consideraba los arbitrajes basados en tratados como un foro para interpelar la conducta de los jueces y tribunales nacionales y la aplicación que los mismos dan a la Convención de Nueva York: una huella que por tanto afecta no solo al arbitraje comercial internacional, sino también al arbitraje inversor–Estado.

El corolario lógico para el análisis limitado de inversión que realizó el tribunal, estribaría en el hecho de que “un Laudo de la CCI cuando es confrontado con el criterio del artículo aplicable del correspondiente BIT o con el art. 25 de la Convención de CIADI, debe de resultar – en sí y por sí mismo– una inversión” siempre y cuando sea analizado apropiadamente, y que el laudo establece la disposición de derechos y obligaciones que surjan de instrumentos legales que en sí y por sí mismos constituyen apropiadamente “inversiones” bajo el estándar del BIT en vigor o el art. 5 de la Convención.

¹³⁸ *Id.* n^{os} 344–345.

¹³⁹ *Id.* n^o 161 (citas internas omitidas) (énfasis añadido).

¹⁴⁰ V.o. en inglés: “*the ICC Award – in and of itself – cannot constitute an investment*”.

¹⁴¹ *Id.* (citas internas omitidas).

¹⁴² V.o. en inglés: “*provides for the disposition of rights and obligations arising out of the Settlement Agreement and Repayment Agreement (neither of which was itself investment)*”.

En gran medida, tanto el caso *Saipem* (que dio lugar a un resultado erróneo, pero basado en un análisis contradictorio, que en términos generales reconoce la carencia de que un laudo otorgado en un arbitraje comercial constituya una inversión bajo el marco legal de un BIT) como el asunto *GEA Group* (en el que se llega a un resultado adecuado pero con base en un análisis débil que conceptualmente, sujeto a la circunstancia del hecho principal, deja abierta la posibilidad para que se reconozca como un principio del Derecho internacional el hecho de que un laudo otorgado en un arbitraje comercial internacional pueda constituir una inversión de acuerdo a lo establecido en un BIT y dentro del ámbito de aplicación del art. 25 de la Convención), son decisiones muy poco estructuradas que dejan mucho que desear. El énfasis excesivo en la especificidad no es del todo útil para otros tribunales, que continuaran enfrentándose a la misma aberrante configuración procedimental. En tal sentido ambos laudos contribuyen a su manera a la posibilidad, o en realidad a la probabilidad, de que exista una duplicación de procedimientos arbitrales, procedimientos más lentos, incertidumbre, una visión más limitada de los jueces y tribunales nacionales en relación a la Convención de Nueva York, y mayores costos e ineficiencias en el arbitraje internacional. Los principios fundamentales que han perdurado en el tiempo de autonomía de las partes, predictibilidad, uniformidad, transparencia y eficiencia, no fueron tomados en cuenta de la mejor manera por ninguno de los laudos, a pesar de que el resultado en el laudo del caso *GEA Group* fue el correcto.

Ambos laudos resaltan y subrayan la necesidad de una aplicación del principio de cosa juzgada a los arbitrajes inversor-Estado. El estado de incertidumbre que subyace sobre el papel de los precedentes en el arbitraje internacional, general y adicionalmente respalda la necesidad de la aplicación del principio de cosa juzgada.

Con toda seguridad, la aplicación del principio de cosa juzgada, particularmente en el contexto de arbitrajes inversor-Estado, ciertamente no se encuentra libre de impugnaciones. Sobre todo, en un determinado caso (por ejemplo, el arbitraje inversor-Estado que sucede tras un arbitraje comercial internacional, en el cual las solicitudes de reconocimiento y ejecución fueron desestimadas) casi por necesidad no se cumplirá el requisito de "mismas partes" del test de "triple identidad". Una consideración expansiva de la doctrina, basada en un estándar sustantivo / transaccional, podría dar respuesta a dicho específico obstáculo. El principio de cosa juzgada podría obviar la pérdida de tiempo, y las ineficiencias, que inclusive un análisis su-

pericial de ambas decisiones –*Saipem* y *GEA Group*– revela en el sentido de que ninguno de dichos procedimientos justificaría una audiencia para analizar el fondo del asunto. Por tanto, mientras sea productivo para los árbitros y para los abogados, la inaplicación de la doctrina ha sido perjudicial para las partes como para el arbitraje en general. El hecho concreto es que el principio de cosa juzgada, a pesar de las diferentes variaciones o especies que el principio pueda tener, es un principio universalmente aceptado y codificado para que sea aplicable al arbitraje comercial internacional, debería ser aplicable también en controversias inversor–Estado. Sin embargo, sólo una versión del principio de cosa juzgada que sea sustantiva / transaccional de tipo expansivo, parecida al principio aquí analizado, sujeto a los paradigmas del derecho anglosajón americano (*U.S. common law*) podría significativamente establecer las cuestiones singulares y endémicas del arbitraje inversor–Estado.

IV. Conclusión

La globalización económica conlleva a una homologación jurídica en el campo de la resolución de controversias internacionales. El arbitraje internacional es necesario y continuará siéndolo para dicha función hasta la fecha en que se creen tribunales transnacionales de procedimientos civiles. La naturaleza incierta y la aplicación de la doctrina del precedente judicial –*stare decisis*– en los arbitrajes internacionales pone de manifiesto la inmediata necesidad de (i) una aplicación transnacional de la doctrina de cosa juzgada, y (ii) una *uniformidad* en los elementos y en la aplicación de la doctrina. Lamentablemente, a pesar de que es universalmente aceptada, la doctrina en su actual estado se encuentra fragmentada porque su configuración es eminentemente territorial y, por tanto, está mal establecida para que sea utilizada en un escenario de globalización económica. Un escenario que aspira a ser monolítico, al menos con respecto al ámbito del mercado económico y que no tiene precedente. Inclusive entre jurisdicciones del *civil law* se tiene que los elementos básicos del test de “triple identidad” varían significativamente. La naturaleza y característica del régimen fragmentado de las jurisdicciones del *civil law*, se ve empeorada por las disparidades que existen entre éstas y la configuración de la cosa juzgada en las jurisdicciones del *common law*, particularmente en el Derecho estadounidense. Tales cuestiones básicas, esenciales para la aplicación uniforme de la doctrina de cosa juzgada, son por ejemplo aquellas referidas al ámbito de extensión que el

principio de cosa juzgada debe de tener como cuestión de orden público y que podría ser considerado de oficio (*sua sponte*) por el encargado de tomar una decisión, si la doctrina de cosa juzgada aplica solamente al fallo o a la parte resolutive (*dispositif*) y no a los fundamentos o consideraciones sobre los cuáles basa su decisión, así como también si, de qué manera y para quién aplica la doctrina de cosa juzgada en el contexto de terceros interesados (*non-parties*). En relación con estas irregularidades, debe tenerse en cuenta que son igualmente fundamentales las disparidades que existen entre naciones y entre el lenguaje utilizado para codificar la doctrina, así como la práctica actual de la misma y su aplicación, sin dejar de mencionar la prácticamente inacabable cantidad de permutaciones de cada uno de los elementos del test de “triple identidad”.

La versión del Derecho anglosajón americano del principio de cosa juzgada y de impedimento colateral (*collateral estoppel*) pueden servir como un bastión conceptual material, en virtud del cual tanto los preceptos de cosa juzgada del *civil law* como del *common law* puedan unirse y configurar una doctrina uniforme que sea de aplicación expansiva, de base sustantiva / transaccional en cuanto a sus criterios, y que sea poco formalista en su aplicación, para así evitar afectar a la doctrina en base a la utilización de ficciones legales. Esta versión expansiva de la doctrina será particularmente adecuada para identificar las complejidades inherentes de la aplicación de la cosa juzgada en un contexto de arbitraje inversor-Estado. Tal como se ha demostrado en las líneas conflictivas de los laudos de los casos *Saipem* y en *GEA Group*, conjuntamente con la escasez de desarrollo conceptual que ambos tribunales experimentaron, al resultar ejemplos burdos de duplicación de procedimientos arbitrales que jamás debieron haber sucedido y que únicamente sirvieron para alimentar las llamas de controversia que siempre estuvieron ardiendo. La inaplicación de la doctrina de cosa juzgada a los arbitrajes inversor-Estado, entre otras cuestiones, desnaturalizó (i) el arbitraje comercial internacional, (ii) los arbitrajes basados en tratados, y (iii) la regla de los jueces y tribunales locales y sus responsabilidades bajo la Convención de Nueva York. El tribunal a cargo del asunto *GEA Group*, mientras llegaba al resultado correcto, escasamente podía ser considerado como un tribunal que ayudó a identificar los problemas que la ausencia de la doctrina de cosa juzgada en los arbitrajes inversor-Estado usualmente plantea.

Si el arbitraje internacional tiene que preservar su relación muy íntima con los principios de autonomía de la voluntad de las partes,

uniformidad, predictibilidad, transparencia y eficiencia, principios todos estos que son aún más críticos por la omnipresencia de la globalización económica, debe de estar abierto al cambio, de manera que su aplicación pueda ser la misma. La necesidad de una uniforme aplicación y doctrina de la cosa juzgada está aún en periodo de desarrollo. Un cambio en la mentalidad doctrinal es actualmente requerido, con el fin de evitar que el arbitraje internacional despierte una mañana y, como sucedió con el personaje de la obra de Franz Kafka –Gregorio Samsa–, se descubra que el mismo se ha convertido en algo que en realidad no era.

RESUMEN: *Adán, ¿No te apetece dar un segundo mordisco a la manzana?: Revisando la necesidad de uniformizar la aplicación del principio de cosa juzgada (res judicata) en el arbitraje comercial y de inversiones*

Los tribunales arbitrales no se encuentran obligados a aplicar el principio de cosa juzgada en la misma extensión en que lo hacen los tribunales judiciales. Por consiguiente el ámbito de aplicación de este principio sobre los laudos arbitrales puede ser separado completamente de la configuración (y aplicación) que realizan los jueces y tribunales judiciales estatales cuando pronuncian una sentencia y ello sin dejar de considerar la singular característica del arbitraje internacional que reposa en autonomía privada de las partes. El presente estudio persigue un doble objetivo. En primer lugar, tras identificar la normativa hegemónica que regula la cuestión de cosa juzgada tanto en las jurisdicciones que aplican el *common law* como en las que aplican el *civil law*, pretende la realización de una aproximación expansiva y “sustantiva /transaccional”, con la finalidad de identificar las dificultades resultantes de una aplicación mecánica y formalista de la doctrina de cosa juzgada; que desafían los más relevantes preceptos de orden público que subyacen a esta doctrina, así como a otros aspectos del principio de cosa juzgada (*collateral estoppel*, aplicación de la doctrina por terceras partes, y causa de acción del *estoppel* [*doctrina de no actuar contra los actos de preclusión*]). Como parte del presente análisis, consideramos que la división en los pronunciamientos que existe entre los varios Circuitos Judiciales de Apelaciones de los EE UU (*Circuit Courts of Appeals*) en relación al estándar que debe ser aplicado cuando surja una cuestión de cosa juzgada como parte de una excepción o defensa procesal, debe de ser objeto de un análisis profundo. En segundo lugar, se analiza si la cosa juzgada debe de aplicarse a los arbitrajes inversor-Estado, en función a lo señalado en *Saipem S.p.A. v. The People’s Republic of Bangladesh* (“*Saipem*”) y en *GEA Group Aktiengesellschaft v. The Republic of Ukraine* (“*GEA Group*”).

PALABRAS CLAVE: DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL – PRINCIPIO DE COSA JUZGADA – *COMMON LAW* – *CIVIL LAW* – ARBITRAJE COMERCIAL – ARBITRAJE DE INVERSIONES – EFECTO DE COSA SOBRE FUTUROS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES.

ABSTRAC: How About a Second Bite at the Apple?. Revisiting the Need For Uniformity in the Application of Res Judicata to International Commercial and Treaty-based Arbitration.

Arbitral courts are not bound to apply the principle of res judicata to the same extent as jurisdictional courts do. Therefore the scope of this principle on arbitration awards can be separated completely from the configuration (and application) that judges and state courts do when they make a judgment, notwithstanding the unique feature of international arbitration, which is that it rests on the parties' private autonomy. This study has a twofold objective. First, after identifying the hegemonic rules governing the issue of res judicata both in common law and civil law jurisdictions, it aims at carrying out an expansive approach and "substantive/transactional" with the purpose of identifying the difficulties resulting from a mechanical and formalistic application of the doctrine of res judicata, that challenge the most important precepts of public policy behind this doctrine, as well as other aspects of the principle of res judicata (collateral estoppel, application of this doctrine by third parties, and cause of action estoppel [doctrine of inaction against acts of estoppel]). As part of this analysis, a thorough analysis must be done concerning the division of pronouncements between the various Judicial Circuit of Appeals in the U.S. (Circuit Courts of Appeals) in relation to the standard to be applied when a question of res judicata arises as part of an exception or procedural defense. Second, it must also be analyzed whether res judicata should apply to investor-State arbitrations, according to the doctrine settled in Saipem SpA v. The People's Republic of Bangladesh ("Saipem") and in GEA Group Aktiengesellschaft v. The Republic of Ukraine ("GEA Group").

KEY WORDS: INTERNATIONAL CIVIL PROCEDURAL LAW – RES JUDICATA – COMMON LAW – CIVIL LAW – COMMERCIAL ABITRATION – INVESTMENT ARBITRATION – RES JUDICATA AND FUTURE ARBITRAL PROCEEDINGS.